

DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO ED IMPRESA” - XXIX CICLO

**INTERESSI BANCARI
E FORME DI USURA SURRETTIZIA.**

IL COSTO EFFETTIVO DELL'ACCESSO AL CREDITO D'IMPRESA

TUTOR:

CHIAR.MO PROF.

SILVIO MARTUCELLI

TESI DI:

DOTT.SSA

FEDERICA GRASELLI

*Alla mia famiglia,
per l'amore e il sostegno di sempre.*

INDICE

INTRODUZIONE	8
CAPITOLO I.....	12
INQUADRAMENTO NORMATIVO E PRINCIPALI PROBLEMATICHE IN TEMA DI USURA	12
1. Introduzione.....	12
2. L'art. 644 c.p.: normativa originaria e norma <i>post</i> riforma ad opera della L. n.108 del 1996.....	14
2.1 Dall'approfittamento dello "stato di bisogno" della vittima al superamento del tasso soglia.	14
2.2 La struttura del reato di usura e il regime prescrizioneale.	17
3. Le implicazioni civilistiche del reato di usura.....	21
4. L'usura originaria e l'usura sopravvenuta.....	23
5. L'usura oggettiva e l'usura soggettiva (o concreta).....	28
6. Le nuove soglie usuarie ad opera del d.l. n. 70 del 2011.	34
7. Quali voci rientrano nella verifica del rispetto del Tasso soglia (TSU): interessi di mora e interessi corrispettivi (<i>rinvio</i>) e la Commissione di massimo scoperto (c.d. CMS).	37
8. Presunta disomogeneità tra la c.d. formula di Banca d'Italia e la formula della Cassazione nella rilevazione del TEG.....	45
9. La clausola di salvaguardia degli interessi di mora.....	50
10. Elemento soggettivo del reato di usura e l'aggravante <i>ex art.</i> 644 c.p. co. 5, n. 4.....	52
11. Conclusioni.....	53
CAPITOLO II.....	56
ANATOCISMO BANCARIO: STORIA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO.....	56
1. Introduzione.....	56
2. Anatocismo bancario: la normativa di riferimento.....	59
3. La svolta della Cassazione nel 1999.	62
4. Il problema della prescrizione.....	68
5. Trasferimento contabile dei saldi debitori e creditori da un numero di conto ad un altro.....	72

6. Le sorti del tasso di interesse contrattualmente pattuito in caso di dichiarazione di nullità della clausola anatocistica.....	76
7. La pronuncia delle Sezioni Unite e i primi problemi applicativi: rinvio.	81
8. Cenni all'incostituzionalità del c.d. "milleproroghe".....	82
CAPITOLO III	87
LE SEZIONI UNITE N. 28418 DEL 2010: LA NATURA DELLE RIMESSE IN CONTO CORRENTE	87
1. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 24418/2010 e i primi problemi applicativi.....	87
2. Le Sezioni Unite del 2010 e la distinzione tra rimesse "solutorie" e "ripristinatorie": il concetto di "pagamento".....	89
2.1 La distinzione tra rimesse "solutorie" e "ripristinatorie": versamenti entro il fido ed <i>extra fido</i> e il c.d. "fido di fatto".....	92
3. Conto corrente con affidamenti plurimi: il c.d. "fido di cassa", il castelletto di sconto, il fido "s.b.f." e operazioni "auto - liquidanti".....	98
4. La corretta determinazione del saldo contabile.....	103
5. Il problema dei saldi attivi.....	108
6. I c.d. "conti accessori".....	110
CAPITOLO IV	113
ANATOCISMO: IL PROBLEMA DELL'ONERE DELLA PROVA	113
1. Premessa.....	113
2. Il problema degli oneri probatori: l'onere della prova a carico della banca.....	114
2.1 L'onere della prova a carico del correntista e il principio di "vicinanza alla prova".....	117
3. Ulteriori considerazioni sul principio di vicinanza alla prova e la sentenza della Corte di Cassazione n. 4518 del 2014.....	126
4. L'estensione degli strumenti probatori in favore del cliente e il ruolo di prova privilegiata attribuito alla Centrale dei rischi.	133
5. Oneri probatori e l'ordine di esibizione ex. art. 210 c.p.c.	137
6. La pronuncia della Suprema Corte n. 9201 del 2015 e considerazioni sul "saldo zero".....	139
CAPITOLO V	143

L'ANATOCISMO BANCARIO QUALE FORMA DI USURA SURRETTIZIA	143
1. Rapporto anatocismo e usura.....	143
2. Anatocismo e capitalizzazione: due fenomeni a confronto.....	150
3. Anatocismo, capitalizzazione composta e tassi di interesse.	153
4. Analisi applicativa: "Anatocismo e usura nelle aperture di credito in conto corrente"	163
5. Conclusioni.....	176
CAPITOLO VI	177
IL "NUOVO" ANATOCISMO BANCARIO: LA RIFORMA DELL'ART. 120 T.U.B. co. II	177
1. I recenti arresti legislativi che hanno interessato l'art. 120 del t.u.b. 177	
2. La Delibera CICR del 3 agosto 2016.	187
2.1 Il nuovo co. II dell'art. 120 del t.u.b.	191
3. Le prime considerazioni e aspetti critici.	195
4. Conclusioni.....	199
CAPITOLO VII.....	203
MUTUO E USURA: ASPETTI DI PARTICOLARE RILIEVO.....	203
1. Premessa.....	203
2. Interessi di mora e interessi corrispettivi: presunta disomogeneità dei tassi e soglie antiusura.....	204
2.1 Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi contraria.	204
2.2 Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi favorevole.....	207
3. Divieto di sommatoria dei tassi corrispettivi e dei tassi di mora....	219
4. Analisi applicativa: "Verifica del rispetto del tasso soglia usurario relativamente ad un contratto di mutuo"	221
CAPITOLO VIII	243
DEFINIZIONE E FUNZIONE DI CONTRATTO DERIVATO.....	243
1. Introduzione.....	243
2. Contratti derivati e cenni storici.	244

3.	Definizione di contratto derivato: lo “strumento finanziario” e il “prodotto finanziario”.....	245
3.1	Definizione di “contratto derivato”. Il duplice significato.....	251
3.2	Definizione di “contratto derivato”. Le caratteristiche contrattuali.	253
4.	La funzione protettiva e speculativa del contratto derivato. La componente previsionale.	260
5.	Funzioni del derivato: duplicità, inscindibilità, irrilevanza.....	264
6.	La causa del derivato: il problema dell’astrazione pura.	267
6.1	Causa speculativa, tesi della scommessa e la teoria della “causa concreta”.....	269
7.	Limite alla classificazione dei contratti derivati.....	273
7.1	Gli archetipi principali: il <i>future</i> , l’ <i>option</i> e lo <i>swap</i>	275
7.2	Derivati uniformi e derivati <i>o.t.c.</i>	283
	CAPITOLO IX.....	286
	DERIVATI E USURA: <i>UP FRONT</i> QUALE FORMA DI FINANZIAMENTO E I COSTI OCCULTI	286
1.	Premessa.....	286
2.	Le perdite generate dal meccanismo della rinegoziazione nei rapporti tra banche e imprese.....	288
3.	Natura e funzione della commissione anomala chiamata <i>up front</i> . 293	
4.	Profili di illiceità della rimodulazione.....	299
5.	L’ <i>up front</i> come forma di finanziamento.	304
5.1	L’evoluzione del concetto di “finanziamento”.....	304
5.2	L’ <i>up front</i> quale forma di finanziamento “implicito”.....	314
6.	<i>Up front</i> e usura.	324
7.	Ulteriori profili di illegittimità.	327
8.	La ricostruzione dell’operatività in derivati con l’ausilio di analisi applicative. Analisi applicativa n. 1: “Derivati e plurime rimodulazioni.” 330	
9.	Un’ulteriore ipotesi: il finanziamento in un derivato unico non “rinegoziato”. Le implicazioni relativamente all’usura.....	351
10.	Analisi applicativa n. 2: “Derivato unico - il caso del <i>Collar</i> ”.	356

11. Conclusioni.....	367
CAPITOLO X	369
IL LEASING QUALE FORMA DI FINANZIAMENTO E I C.D. “DERIVATI IMPLICITI”	369
1. Premessa.....	369
2. Il <i>leasing</i> : disciplina e meccanismi operativi.....	370
3. Il <i>leasing</i> quale contratto di finanziamento.....	374
3.1 Il <i>leasing</i> quale contratto con causa di finanziamento: ulteriori considerazioni a sostegno.....	380
4. La presenza di derivati c.d. “impliciti”.	387
4.1 Il tasso di <i>leasing</i> indicizzato.	387
5. La mancata autorizzazione ad operare in derivati e la non corretta formazione della volontà negoziale.....	391
6. Il contratto di <i>leasing</i> e il collegamento negoziale con i derivati: il costo effettivo del <i>leasing</i> quale elemento determinante del consenso. 394	
7. Il tasso corrispettivo.....	398
8. Analisi applicativa: “La presenza di un derivato implicito in un contratto di <i>leasing</i> e superamento delle soglie di usura”	400
9. Conclusioni.....	418
CAPITOLO XI	420
IL MERITO CREDITIZIO E L’INCIDENZA SUL RATING.....	420
1. Premessa.....	420
2. Il concetto di “ <i>rating</i> ” e di “merito creditizio”	421
3. La Centrale dei rischi e principali tipologie di segnalazioni pregiudizievoli.....	427
4. I criteri per l’attribuzione del <i>rating</i> e le Istruzioni di Vigilanza per le Banche.	434
5. Segnalazioni in Centrale rischi e peggioramento del <i>rating</i> creditizio quali potenziali forme di abuso del diritto.	443
6. Analisi applicativa: “Valutazione del merito creditizio di un’impresa”. 452	
7. Conclusioni.....	468
CONCLUSIONI	470

BIBLIOGRAFIA	489
ULTERIORI MATERIALI E PRINCIPALE NORMATIVA DI RIFERIMENTO	504

INTRODUZIONE

Mai come nel nostro tempo, probabilmente, l'evoluzione degli istituti e degli strumenti che ricorrono quotidianamente nell'economia e nel mondo bancario e finanziario hanno subito, e subiscono quotidianamente, un'evoluzione così rapida.

Il mondo giuridico, inteso come l'attività di produzione legislativa e l'attività giurisdizionale, faticano ad adeguarsi tempestivamente a tali mutate necessità e a dare risposte puntuali e concrete alle esigenze e alle problematiche dell'economia e dei traffici commerciali.

In tale contesto l'attività degli interpreti e operatori del diritto svolge un ruolo centrale.

Lo studio capillare della normativa, primaria e di settore, unitamente all'analisi dei principi generali che governano il nostro ordinamento, consentono talvolta di comprendere che non vi sarebbe sempre necessità di nuova produzione legislativa per fornire adeguata risposta all'evoluzione dei rapporti. Ciò in quanto la normativa vigente, se correttamente interpretata, sarebbe già di per sé sufficiente.

La disciplina sull'usura, di cui all'art. 644 c.p., potrebbe costituire un valido esempio di disposizione legislativa delineata con sufficiente ampiezza semantica da poter ricomprendere al proprio interno anche le più innovative e sofisticate forme di concessione di credito. Il riferimento è a quelle figure giuridiche più o meno recenti, spesso sprovviste di definizioni puntuali e di una disciplina normativa organica, idonee a svolgere, direttamente o indirettamente, la funzione di finanziamento, che risulta essere nevralgica nel sistema economico e imprenditoriale moderno.

Momento fondamentale dell'opera dell'interprete è la rilettura delle norme del nostro ordinamento, con la finalità di comprendere se

taluni istituti contrattuali, spesso di nuovo conio, possano o meno essere considerate, al pari degli strumenti “classici”, forme di “finanziamento”, con le conseguenti implicazioni che possono sorgere in tema di usura e di rispetto delle soglie stabilite *ex lege*.

Del resto, i fenomeni usurari da sempre si nascondono nelle maglie delle attività di finanziamento, spesso imprescindibili per lo svolgimento dell’attività di impresa. Quest’ultima, infatti, frequentemente presuppone a monte la concessione di credito, esercitata da una banca o da un intermediario finanziario.

Nel corso della trattazione, si è cercato di analizzare gli aspetti tecnici di alcune delle figure giuridiche che apparivano più attuali e interessanti, idonee a rappresentare, almeno potenzialmente, forme di “usura surrettizia”, a causa dell’applicazione di una molteplicità di costi, spesso “occulti” per il cliente, o quantomeno non palesati all’atto di sottoscrizione del negozio o dello strumento finanziario.

Uno degli istituti giuridici che ha posto maggiori problemi in merito alla compatibilità del medesimo con le soglie usurarie è l’anatocismo bancario, da sempre controverso in dottrina e giurisprudenza.

Analoghe criticità sono emerse in relazione agli strumenti finanziari derivati e ai contratti di *leasing*, talvolta idonei a ingenerare una spirale di costi e commissioni spesso incontrollabili per il cliente, per le ragioni che verranno analizzate più dettagliatamente nei vari capitoli.

I fenomeni di usura surrettizia possono rappresentare una vera e propria minaccia per l’imprenditoria, in quanto, oltre ai profili di illiceità, possono determinare una ingiustificata lievitazione del costo di accesso al credito. La crescita esponenziale degli oneri finanziari a carico dell’impresa, se non comporta un vero e proprio *default* della stessa, come purtroppo si è frequentemente verificato soprattutto negli

ultimi anni di congiuntura economico – finanziaria negativa, determina quantomeno un peggioramento del c.d. “merito creditizio”. Quest’ultimo rappresenta la valutazione effettuata dagli intermediari, sia in sede di istruttoria di fido che nel prosieguo del rapporto, sulla solvibilità e affidabilità dell’impresa richiedente credito, che influisce sensibilmente sul *rating* attribuito dalle banche alla propria clientela. Quest’ultimo è da intendersi come l’indice sintetico di valutazione della solvibilità aziendale, che riflette il giudizio sul merito creditizio effettuato a monte. Un *rating* negativo comporta un sensibile peggioramento delle condizioni economiche applicate al finanziamento già erogato, se non una negazione del medesimo.

L’assenza di concessione di credito o la presenza di una politica economica di erogazione del credito non rispettosa dei parametri di mercato, può comportare conseguenze negative che si riflettono su vasta scala e sull’intero sistema economico. Si può ingenerare, infatti, una contrazione della produttività e degli scambi commerciali, con un inevitabile rallentamento dell’innovazione e del progresso, che conduce immancabilmente ad una riduzione della ricerca della qualità e competitività nei prodotti.

A conferma delle tesi giuridiche esposte nel corso dell’elaborato e per cercare di dare concretezza a concetti altamente complessi, nei capitoli V, VII, IX, X e XI, sono stati inseriti alcuni stralci di analisi applicative relative a casi concreti. A tal proposito, si ringraziano le Società di consulenza indipendente “*Zucchinali & Partners S.r.l.*”¹ e

¹ La Società “*Zucchinali & Partners S.r.l.*” (giuseppe.zucchinali@sos-derivati.it) ha svolto le analisi tecniche dei capitoli V, VII, IX, X, in tema di anatocismo, mutui, derivati e *leasing*.

“*Selecta S.r.l.*”², per il prezioso contributo fornito³.

² La Società “*Selecta S.r.l.*” (www.selectaimpresa.com) ha redatto l’analisi applicativa riportata nel capitolo XI, in tema di merito creditizio e valutazione del *rating* attribuibile a un’impresa.

³ Le analisi applicative sono state concesse dalle rispettive Società di consulenza a soli fini accademici, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della privacy dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO NORMATIVO E PRINCIPALI PROBLEMATICHE IN TEMA DI USURA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'art. 644 c.p.: normativa originaria e norma *post* riforma ad opera della L. n. 108 del 1996. - 2.1. Dall'approfittamento dello "stato di bisogno" della vittima al superamento del tasso soglia. - 2.2. La struttura del reato di usura e il regime prescrizioneale. - 3. Le implicazioni civilistiche del reato di usura. - 4. L'usura originaria e l'usura sopravvenuta. - 5. L'usura oggettiva e l'usura soggettiva (o concreta). - 6. Le nuove soglie usurarie ad opera del d.l. n. 70 del 2011. - 7. Quali voci rientrano nella verifica del rispetto del Tasso soglia (TSU): interessi di mora e interessi corrispettivi (*rinvio*) e la Commissione di massimo scoperto (c.d. CMS). - 8. Presunta disomogeneità tra la c.d. formula di Banca d'Italia e la formula della Cassazione nella rilevazione del TEG. - 9. La clausola di salvaguardia degli interessi di mora. - 10. Elemento soggettivo del reato di usura e l'aggravante *ex art.* 644 c.p. co. 5. - 11. Conclusioni.

1. Introduzione.

In questo capitolo verranno analizzati alcuni degli aspetti di maggiore interesse, nonché alcuni degli arresti normativi e giurisprudenziali di maggiore rilevanza in tema di usura. I predetti interventi hanno contribuito a delineare il reato di usura di cui all'art. 644 c.p.⁴, e la fattispecie dell'usura civilistica, frutto del combinato disposto degli artt. 1815 c.c. e 644 c.p.

⁴ Art. 644 c.p. «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643 si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000.

Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di

Si cercherà in questa sede di dare atto, oltre che degli aspetti più salienti delle due fattispecie, civile e penale, anche dello spirito della riforma che ha interessato l'art. 644 c.p. ad opera della legge n. 108 del 1996. Appare infatti corretto affermare il Legislatore sia stato animato dal desiderio e dalla necessità, di delineare una disciplina in grado di fornire una risposta maggiormente efficace al problema dell'usura, riducendo il margine di discrezionalità che allora era consentito al Giudice, ponendo una presunzione *iuris et de iure*, secondo la quale se il tasso di interesse eccede quello massimo stabilito dalla legge, è automaticamente usurario.

A fronte della suddetta riforma, il superamento del tasso soglia comporta l'automatica integrazione dell'elemento materiale del reato di usura, costituendo un chiaro indice della sproporzione sussistente in *re ipsa* tra le prestazioni. Non vincolare il debitore ad un tasso di interesse sproporzionato è applicazione del principio costituzionale di solidarietà sociale, che ritrova un addentellato normativo nella clausola di buona

denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.

Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà:

- 1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare;
- 2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari;
- 3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno;
- 4) se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale;
- 5) se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.

Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

fedele. Se scopo del divieto di usura è mantenere una proporzione tra la posizione debitoria e creditoria, nel rispetto del principio di buona fede, che presuppone implicitamente una posizione di simmetria tra le parti, al contrario, il realizzarsi di una sproporzione tra le posizioni genera una ingiustificata disparità di trattamento. Tale sproporzione determina un guadagno inadeguato in favore della parte creditrice e a danno del debitore, spesso bisognoso di liquidità, che si ritrova in una posizione di debolezza economico – contrattuale nei confronti della controparte.

Ratio del divieto di usura, pertanto, e delle relative sanzioni civilistiche e penalistiche, è quello di sanzionare tale sproporzione, al fine di garantire l'equilibrio contrattuale tra le parti e la stabilità dei traffici economici.

2. L'art. 644 c.p.: normativa originaria e norma *post* riforma ad opera della L. n.108 del 1996.

2.1 Dall'approfittamento dello "stato di bisogno" della vittima al superamento del tasso soglia.

Nella formulazione originaria l'art. 644 c.p. prevedeva quale elemento costitutivo del reato l'approfittamento dello stato di bisogno in cui versava la vittima. Si trattava di un requisito foriero di molte incertezze interpretative, non essendo prevista una soglia specifica affinché si potesse configurare il reato di usura, oltre che di difficile prova in sede processuale. Tale formulazione della norma rendeva alquanto difficile dimostrare l'avvenuta configurazione del reato di usura.

Con l'avvento della L. 7 marzo 1996, n. 108, il legislatore ha novellato il reato di usura delineando una disciplina in chiave tendenzialmente oggettiva, fondata sul rapporto di sproporzione fra le prestazioni evincibile dal superamento del c.d. "tasso soglia" degli

interessi, a sua volta predeterminato attraverso la procedura amministrativa descritta dall'art. 2 comma 4 della legge n. 108 del 1996⁵, indipendentemente dalla condizione della persona offesa, salvo che non si verifichi comunque un abuso delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria della vittima. In tale ultimo caso, l'abuso della situazione di difficoltà economico finanziaria costituisce un'aggravante⁶ e non più elemento costitutivo del reato.

Diversamente, ove non venga in considerazione l'abuso della situazione di bisogno, l'elemento oggettivo del reato di usura è integrato dall'obiettivo superamento del tasso-soglia degli interessi.

Il superamento del tasso soglia (cfr. art. 644 co. 3 c.p.), determinato secondo la procedura amministrativa prevista dalla legge, comporta una presunzione legale di usurarietà degli interessi.

La scelta del Legislatore del 1996 è stata animata da una duplice esigenza. Da un lato rendere più facilmente dimostrabile il reato di usura, nell'ottica di maggior tutela delle vittime, troppo spesso pregiudicate dalle difficoltà processuali incontrate nel dimostrare sia lo stato di bisogno, sia la sproporzione economica delle prestazioni. Dall'altro, in forza dell'interesse collettivo ad un corretto funzionamento del mercato del credito ritenuto, nell'ottica legislativa, un'esigenza di natura primaria, anche superiore all'interesse individuale.

⁵ A norma della L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4: «il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3 oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà» (testo normativo *ante* riforma avvenuta ad opera del d.l. n. 70 del 2011).

⁶ Art. 644, co. 3, c.p.: «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria

Tale preminente interesse collettivo al corretto funzionamento dei rapporti di credito - debito è stato chiaramente espresso dalla Cassazione secondo la quale dalla scelta legislativa del 1996 traspare l'evidente intento di delineare la disciplina dell'usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, secondo parametri obiettivi predefiniti, che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito ritenuto, per così dire, "soggettivistico" dell'abuso e la speculare sostituzione con il requisito prettamente economico della sproporzione tra le prestazioni, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, poiché accanto alla protezione del singolo vengono senz'altro in gioco, forse in misura anche prevalente, gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. La Corte ha posto l'attenzione sul fatto che l'iniziativa economica, in base allo stesso precetto costituzionale, non soltanto non può porsi in contrasto con l'utilità sociale, ma deve essere indirizzata e coordinata a realizzare fini sociali. Tale affermazione evoca, quale ulteriore parametro di riferimento, anche la protezione offerta all'attività di esercizio del credito di cui all'art. 47 della Costituzione, che tra gli obiettivi da perseguire contempla la tutela del risparmio, la disciplina e controllo dell'esercizio del credito, implicitamente richiamati dall'art. 644 c.p., e che deve essere tesa ad una sana e prudente gestione (art. 14 t.u.b.)⁷.

⁷ Cfr. Cass. Pen, Sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148, in *www.ilcaso.it*.

A dimostrazione di tale intento legislativo l'art. 644, comma 5 punto 1 c.p., contempla espressamente la fattispecie di "usura bancaria" prevedendo un aumento della pena da un terzo alla metà se il colpevole ha agito nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare⁸.

2.2 La struttura del reato di usura e il regime prescrizione.

La riforma del 1996 ha profondamente inciso anche sul regime prescrizione del reato di usura, tradizionalmente considerato un reato istantaneo, che si realizzava anche con la semplice promessa o pattuizione di interessi ed altri vantaggi usurari, incidendo profondamente anche in relazione al momento consumativo del reato.

L'attuale art. 644 *ter* dispone infatti che «la prescrizione del reato d'usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale». E' stata in tal modo superata la teoria del delitto istantaneo, lasciando spazio a molteplici letture in relazione alla struttura del reato, ipotizzando si trattasse di una condotta c.d. 'frazionata' o 'a condotta prolungata'. In tal modo la riscossione di interessi usurari rientra nel fatto lesivo penalmente rilevante, indipendentemente che sia stata preceduta o meno da una promessa o pattuizione di interessi usurari⁹. Come affermato in giurisprudenza il reato di usura appartiene al novero dei reati a condotta frazionata o a

⁸ Art. 644, co. 5 c.p., «Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà: 1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare»

⁹ Cfr. la legge di interpretazione autentica della l. 108/96, Legge 28 febbraio 2001, n. 24, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 dicembre 2000, n. 394, concernente interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura", (pubblicata nella G. U. n. 49 del 28 febbraio 2001). All'art. 1, comma 1° stabilisce che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

consumazione prolungata, poiché i pagamenti effettuati dalla persona offesa in esecuzione del patto usurario compongono il fatto lesivo penalmente rilevante, di cui segnano il momento consumativo sostanziale, e non sono qualificabili come “*post factum*” non punibile della illecita pattuizione¹⁰.

Secondo altra impostazione il delitto di usura è reato a schema duplice, costituito da due fattispecie – destinate strutturalmente l’una ad assorbire l’altra con l’esecuzione della pattuizione usuraria – aventi in comune l’induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi o vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile. Una delle fattispecie sarebbe caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l’altra dalla sola accettazione del sinallagma a esso preordinato. Nella prima fattispecie l’illecito si consumerebbe con il pagamento del debito. Nella seconda fattispecie, invece, il reato si perfeziona con la sola accettazione dell’obbligazione rimasta inadempita¹¹

A prescindere dalla impostazione adottata, l’effetto consiste nell’allungamento della prescrizione e la *ratio* sottesa a tale scelta legislativa è l’evidente ragione di politica criminale di rendere più efficace la lotta all’usura, facendo decorrere la prescrizione del reato solo nel momento in cui siano scomparsi interamente i vincoli di soggezione economica tra l’usurato e l’usurario. Tra questi soggetti, infatti, la relazione usuraria si svolge generalmente per un lungo periodo, talvolta senza fine, e si esaurisce solo quando la vittima della condotta usuraria trova il coraggio di denunciare o testimoniare contro

¹⁰ Cass. Pen., Sez. II, 12 giugno 2007, n. 26553 in *Mass. Uff.*, n. 237169; Cass. Pen., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 34910, in *Mass. Uff.*, n. 241818.

¹¹ Cass. Pen. Sez. II, 7 dicembre 2006, n. 41595, in *www.ilcaso.it.*, *conf.*, Cass. Pen., Sez. II, dell’8 settembre 2011, n. 33331, in *Delitto e usura* e in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it/>.

colui che ha praticato usura a suo danno. Per fare ciò è talvolta necessario attendere che il soggetto abbia effettuato tutti i pagamenti richiesti, estinguendo il proprio debito, riducendo in tal modo la propria posizione di debolezza.

Con tale norma, peraltro, il legislatore ha voluto anche superare il problema dell'asserita liceità penale della riscossione delle somme, con le quali il cliente estingue il debito usurario nella sua fase finale – che si eccepiva fossero imputabili alla restituzione (lecita) del capitale prestato e non al pagamento (illecito) degli interessi corrispettivi usurari¹².

La Corte di Cassazione ha confermato che il reato di usura si configura come reato a schema duplice e si perfeziona o con la sola accettazione della promessa degli interessi o degli altri vantaggi usurari, non seguita dalla effettiva dazione degli interessi, ovvero, quando questa segua, con l'integrale adempimento dell'obbligazione usuraria.¹³ Trattandosi di reato a schema duplice, pertanto, ne consegue che, nella prima, il verificarsi dell'evento lesivo del patrimonio altrui si atteggia non già ad effetto del reato, più o meno esteso nel tempo in relazione all'eventuale rateizzazione del debito, bensì ad elemento costitutivo dell'illecito il quale, nel caso dell'integrale adempimento dell'obbligazione usuraria, si consuma con il pagamento del debito. Nella seconda, al contrario, che si verifica quando la promessa del corrispettivo, in tutto o in parte, non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione dell'obbligazione rimasta inadempita¹⁴. Da tale assunto ne discende non solo che il termine di prescrizione decorre dalla data in cui si è verificato l'ultimo pagamento

¹² V. F. CUSANI, intervento al Convegno “Anatocismo, Ius variandi e Usura nei rapporti bancari”, ASSOCTU, Centro Congressi dell'Università “Sapienza”, 24 febbraio 2012.

¹³ Cass. Pen., Sez. V, del 19 agosto 2010, n. 32362, in *www.altalex.it*

¹⁴ Cass. Pen., Sez. II, 8 settembre 2011, n. 33331, *cit.*

degli interessi usurari, ma anche nel caso in cui tra le stesse persone si realizzino dazioni di denaro successive alla scadenza delle precedenti, queste non costituiscono l'esecuzione della iniziale promessa. Rappresentano invece il frutto del rinnovo del patto usurario con la rideterminazione del capitale in diverso importo e dei conseguenti interessi, trattandosi della conclusione di patti successivi, anche se occasionalmente promananti dalla scadenza dei precedenti. Anche in questo caso si sarebbe in presenza di un reato continuato di usura¹⁵.

L'interpretazione più corretta dovrebbe essere in armonia con il sistema normativo in materia di mutuo e di usura, nonché con l'art. 644 *ter* c.p. sulla decorrenza del termine di prescrizione del reato e con la natura di reato a condotta frazionata (o a consumazione prolungata).

In altre parole, ai fini dell'applicabilità della sanzione e della non debenza degli interessi prescritta dall'art. 1815 c.c.¹⁶ e della consumazione del reato di usura di cui all'art. 644 c.p., è sufficiente che l'agente si faccia promettere interessi che superano la soglia usuraria vigente in quel momento, indipendentemente dal fatto che in quello stesso momento o in un momento successivo avvenga anche il pagamento degli interessi usurari. Sarebbe poi paradossalmente contrastante con la struttura della fattispecie incriminatrice un'interpretazione secondo cui la dazione degli interessi usurari convenuti costituisca un *post factum* non punibile. Ciò in quanto, oltretutto, la condotta della riscossione degli interessi usurari costituisce fatto penalmente rilevante indipendentemente dal fatto che sia stata

¹⁵ Cfr. ancora tra le altre Cass. Pen., Sez. II, 8 settembre 2011, n. 33331, *cit.*

¹⁶ Art. 1815 c.c.: «Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'articolo 1284. Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

preceduta o meno dalla promessa o pattuizione usuraria o che sia stata posta in essere da un soggetto terzo o dal medesimo soggetto.

3. Le implicazioni civilistiche del reato di usura.

Quando si pensa al fenomeno dell'usura in molti casi sorge spontaneo pensare alla fattispecie delittuosa e alle relative conseguenze di natura strettamente penalistica.

Tuttavia, come è noto, il fenomeno dell'usura presenta importanti ripercussioni anche sul piano civilistico. L'art. 1815 c.c. sancisce la disciplina civilistica in caso di applicazione di interessi in misura ultralegale nel contratto di mutuo, ed è stato a sua volta inciso dalla riforma del 1996. Come ricordato, il legislatore con la legge 108/96 oltre ad aver coniato una fattispecie di delitto in chiave oggettivistica, fondata sul superamento del tasso soglia, ha modificato il comma 2° dell'art. 1815¹⁷, sancendo che in caso di pattuizione di interessi in misura usuraria, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi¹⁸.

L'attuale formulazione normativa riflette la scelta di politica criminale di rafforzare il meccanismo repressivo dei fenomeni usurari, prevedendo anche sul piano civilistico una sanzione maggiormente incisiva secondo cui non sono dovuti interessi. Si noti che la nullità della clausola non si estende all'intero contratto di mutuo, bensì alla sola pattuizione di interessi, al fine di non pregiudicare la posizione del mutuatario, il quale non trarrebbe alcun vantaggio dalla dichiarazione di nullità dell'intero contratto di mutuo. Sono sorte diverse teorie,

¹⁷ Cfr. art. 4 della legge n. 108 del 1996, *cit.*

¹⁸ Prima della citata riforma n. 108 del 1996, l'eventuale pattuizione di interessi in misura usuraria era sanzionata con la sola riduzione del saggio di interesse al tasso legale. Il testo precedente dell'art. 1815 c.c. così disponeva: «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti solo nella misura legale».

soprattutto di matrice dottrinale, su quale fosse la corretta qualificazione giuridica delle conseguenze di detta operatività. Tra queste¹⁹, la teoria che pare essere maggiormente esplicativa della scelta legislativa è la tesi della “nullità parziale del contratto”, elaborata dalla dottrina proprio per evitare conseguenze gravemente pregiudizievoli per il mutuatario, garantendo priorità alla conservazione del contratto, prevedendo per l'appunto, l'esclusione dell'operatività dell'art. 1419 comma 1 c.c., evitando l'immediata ripetizione di quanto ricevuto dal mutuatario. È lo stesso legislatore, a parere di alcuni, che stabilisce la sola nullità della clausola usuraia e garantisce la piena validità del contratto, impedendo l'operatività dell'art. 1419 comma 1 c.c.²⁰ Se così non fosse, si trascurerebbe quell'ormai consolidata tendenza legislativa diretta alla conservazione dei contratti in forza dell'esigenza di tutela del contraente debole. Basti pensare alla legge n. 1 del 1991 sull'attività d'intermediazione o al decreto Legislativo n. 385 del 1993 in materia bancaria, ma anche alle direttive comunitarie in tema di contrattazione ineguale, tutte finalizzate a proteggere il soggetto debole e a punire chi pone in essere condotte pregiudizievoli per quest'ultimo.

Tale reazione prevista dall'ordinamento a fronte dell'applicazione di tassi usurari è una sanzione in senso stretto, con cui l'ordinamento punisce il creditore per il fatto di aver imposto un saggio di interesse sproporzionato, facendo perdere a quest'ultimo non solo il diritto al pagamento dell'interesse usurario pattuito, ma si priva il creditore dell'intera prestazione di interesse. Il creditore viene privato

¹⁹ Si è passati dalle tesi della nullità dell'intero contratto (ritenuta la meno sostenibile dopo la riforma n. 108 del 1996), la nullità parziale, la tesi della nullità protettiva, la tesi della conversione legale del mutuo oneroso in mutuo a titolo gratuito, la tesi dell'inqualificabilità della clausola, la tesi della pena privata e delle sanzioni civili.

²⁰ Art. 1419, comma 1 c.c. – Nullità parziale – «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpa della sua nullità».

anche di quell'elemento che caratterizza la prestazione monetaria, ovvero la naturale fecondità del denaro, perdendo tutta la prestazione di interessi, anche quelli corrispettivi. Pertanto, pare trattarsi di una sanzione rappresentata dalla nullità per violazione della buona fede precontrattuale.

4. L'usura originaria e l'usura sopravvenuta.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 108/1996²¹ sono sorti significativi dubbi interpretativi riguardo i profili cronologici e intertemporali dell'applicazione della norma così come formulata dopo la riforma. In particolare, sono sorte incertezze interpretative in relazione alla corretta lettura dell'art. 1815 c.c. poiché la norma, si è detto, sembrerebbe circoscrivere la nullità della pattuizione usuraria di interessi solo al momento genetico del contratto, senza quindi considerare la fase funzionale ed esecutiva dell'accordo negoziale. Secondo questa interpretazione, la norma sembrerebbe sanzionare attraverso la nullità solo l'usura pecuniaria originaria, quindi già esistente all'atto di stipulazione del contratto. Ponendosi il problema di definire il caso in cui il contratto, nel momento in cui è stato stipulato, prevede un interesse che non supera la soglia massima fissata dalla legge, diventando usurario successivamente in virtù della modificazione del tasso soglia di riferimento.

Ipotesi, questa, peraltro frequente dato che, per esempio, il contratto di mutuo è contratto di durata e il tasso soglia viene determinato trimestralmente.

²¹ Nel caso in cui il contratto sia stato stipulato in data anteriore all'entrata in vigore della Legge 108/1996, non si può effettuare la verifica sull'usura originaria ma l'unico controllo possibile riguarda il livello del tasso di interesse applicato ad ogni singola rata.

La legge, infatti, per l'ipotesi d'usura c.d. "presunta" ha eliminato ogni discrezionalità del giudice sulla determinazione del concetto di tasso usurario riferito agli interessi, vantaggi o altre utilità, sostituendolo con un valore numerico prefissato ma, per sua stessa natura, variabile nel tempo, fondato su rilevazioni statistiche di carattere finanziario. Pertanto, così come potrebbe verificarsi una modificazione in aumento del tasso effettivo globale medio, potrebbe realizzarsi una riduzione del tasso soglia determinato da un abbassamento del tasso effettivo globale medio e, pertanto, una forma di usura sopravvenuta, in forza dei mutamenti che, nel corso del rapporto, possono modificare il tasso soglia.

Il profilo problematico è, in sostanza, quale valore vada attribuito al mutare di un elemento costitutivo della fattispecie come l'usurarietà del tasso di interesse.

La questione parrebbe essere stata risolta con l'art. 1 del decreto legge 394 del 2000, convertito nella legge 24/2001, ovvero con norma definitiva di "interpretazione autentica" della legge 7 marzo 1996, n. 108, secondo cui l'art. 644 c.p. e l'art. 1815 c.c. stabiliscono che sono usurari gli interessi che superano il limite di legge nel momento in cui gli interessi sono "promessi o convenuti", a prescindere quindi dal momento in cui sono pagati²². Trattandosi di norma di interpretazione autentica, ha chiarito che ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., si deve limitare alla sole ipotesi di usura originaria²³.

²² Con la ridefinizione del reato di usura avvenuta con l'introduzione della Legge 108/1996 si potrebbero quindi distinguere due diversi momenti in cui è necessario procedere alla verifica del tasso di interesse del finanziamento. In un primo momento, infatti, è necessario verificare se le clausole contrattuali inserite nel contratto stabiliscano interessi usurari nel momento della loro pattuizione (c.d. usura originaria); secondariamente occorre verificare se nel corso del rapporto di finanziamento le singole rate siano soggette all'applicazione di interessi usurari a causa di una modificazione al ribasso dei Tassi Soglia (c.d. usura sopravvenuta).

²³ L'Art. 1 della legge citata, recitava come segue: «Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815 secondo comma del codice

Tuttavia, non è mancata, e tutt'ora persiste, qualche voce contraria a questa impostazione, che riterrebbe legittimo ipotizzare che l'elemento oggettivo del reato di usura si configuri ogniqualvolta vi sia il superamento del tasso soglia a prescindere dall'originaria pattuizione e, pertanto, anche laddove sia determinato da eventi quali l'abbassamento del tasso globale medio.

Del resto, l'articolo 644 c.p. recita come segue «chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643 si fa *dare* o *promettere*, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari», senza fare espresso e tassativo riferimento al momento della “pattuizione originaria”, ricorrendo al contrario, ad una formulazione ampia della norma, che consente di ricomprendere al proprio interno molteplici fattispecie. Probabilmente, tale scelta normativa riflette ancora una volta la *ratio* legislativa di rafforzare la lotta all'usura, consentendo di ricomprendere sotto l'ombrello della norma penale una pluralità di fattispecie delittuose, che non sarebbe possibile (e probabilmente neanche opportuno) tipizzare a monte.

Per quanto concerne il contesto bancario, in particolare, potrebbe poi ipotizzarsi una considerazione ulteriore, secondo cui l'usura, oltre che al momento della stipula del contratto, possa consumarsi anche in un secondo momento a causa della modifica unilaterale delle condizioni normativamente prevista dall'art. 118 TUB, in quanto si verifica, in sostanza, una nuova pattuizione, se pur per determinazione unilaterale della controparte del cliente. In tal caso non ci si può esimere dal rilevare che il configurarsi del superamento del tasso soglia avvenga per effetto di una modifica unilaterale del tasso di

civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

interesse applicato e che tale modifica unilaterale del tasso ad opera della controparte - banca sia una prassi molto diffusa nel l'operatività bancaria.

Inoltre, sembra opportuno evidenziare che gli intermediari abilitati (banche e intermediari finanziari) hanno (e hanno sempre avuto), per espressa disposizione del t.u.b. e dell'Organo di Vigilanza²⁴ l'obbligo di dotarsi di presidi organizzativi minimi, successivi all'entrata in vigore della legge 108/96, per evitare il superamento delle soglie usuarie sia all'origine del rapporto sia nel corso del tempo.

Peraltro le banche sono notoriamente e trimestralmente poste a conoscenza dei decreti ministeriali con i quali vengono fissati i tassi soglia vigenti per il trimestre successivo. A rigor di logica parrebbe essere onere delle stesse controllare che non si verifichi un superamento delle soglie usuarie, mediante la predisposizione e il costante utilizzo di idonei presidi organizzativi.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte, senza dimenticare il citato orientamento della Suprema Corte²⁵, secondo cui in caso di usura c.d. "sopravvenuta" la sanzione civilistica si concretizzerebbe nel riportare i tassi applicati ai "tassi soglia" con i conseguenti obblighi di ricalcolo e/o restitutori, ci si permette di rilevare che tale detto orientamento della Corte di Cassazione possa perlomeno consentire un margine di revisione, alla luce di una approfondita analisi delle norme speciali predette. Valutando l'ipotesi secondo cui l'elemento oggettivo del reato di usura si potrebbe configurare ogniqualvolta vi sia il superamento del tasso soglia, a prescindere dal fatto che ciò avvenga in

²⁴ Istruzioni di Vigilanza della banca d'Italia, in *www.bancaditalia.it*.

²⁵ Cfr. ad es. Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 602 in *www.neldiritto.it* che, seppure genericamente motivata, ha affermato che in ipotesi di superamento del tasso-soglia dell'usura in un rapporto bancario (in caso di tasso-soglia superato in contratto concluso successivamente all'emanazione della legge sull'usura) il tasso che la banca deve applicare, in sostituzione automatica al tasso convenzionale illegittimo, è quello previsto dal tasso soglia relativo al periodo di riferimento.

concomitanza della originaria pattuizione e, dunque, anche laddove sia determinato da eventi quali l'abbassamento del tasso effettivo globale medio (TEGM).

Ciò in modo particolare nel settore bancario, in cui la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali è normativamente consentito in favore delle banche e non della clientela (art. 118 t.u.b.). In questo senso, la posizione contrattuale e negoziale tra banca – cliente in un certo qual modo sbilanciata, con maggiore evidenza rispetto ad altri settori dell'ordinamento, consentendo di disporre variazioni unilaterali dei rapporti in essere²⁶.

Pertanto, così come le banche si sono dotate di strumenti adeguati per non incorrere in violazioni del tasso soglia all'atto della pattuizione, potrebbero altresì adottare presidi idonei ad evidenziare anche le variazioni dei tassi nel corso del rapporto, onde evitare di

²⁶ V. Tribunale di Padova, 30 luglio 2014, n. 2600, dott. Santinello, *in* www.ilcaso.it. Il tribunale ha affermato che nel caso in cui il tasso applicato venga a superare il tasso soglia in seguito a modificazioni unilaterali effettuate della banca, o anche a pattuizioni concluse successivamente all'entrata in vigore della legge n. 108/1996 (e quindi in piena conoscibilità da parte della banca della norma violata), la sanzione potrebbe essere comunque quella prevista dal comma 2 dell'art. 1815 c.c., anche nell'ipotesi di usura sopravvenuta, con la conseguenza che nessun tasso di interesse sarebbe dovuto alla banca. Ciò in quanto le modifiche unilaterali si considerano approvate in mancanza di recesso da parte del cliente nel termine di legge e tra la banca e il cliente interviene sostanzialmente una nuova pattuizione, idonea a determinare da sola, o assieme ad altre clausole il superamento del tasso soglia. Secondo il tribunale, diversamente opinando, non solo la norma si presterebbe a facili elusioni, pattuendo un tasso non usurario e successivamente, anche soltanto nel giorno successivo, modificandolo *in peius*, ma si finirebbe per premiare e trattare diversamente modifiche unilaterali ugualmente contrastanti con il dettato normativo. Questo in quanto, in tal caso, gli interessi usurari sarebbero conseguenza o di un negozio giuridico unilaterale posto in essere dalla banca, rispetto al quale pertanto la volontà del cliente sarebbe ininfluyente, o di una convenzione sorta a seguito dell'accettazione di una "proposta di modifica unilaterale del contratto" formulata dalla banca e tacitamente accettata dal correntista ex art. 118, comma 2, TUB. Del resto, scrive il giudice, l'art. 1 del d.l. n. 394 del 2000 (convertito nella legge n. 24/2001), quale legge di interpretazione autentica della legge n. 108 del 1996, stabilisce che "si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge" non solo nel momento in cui essi sono "promessi" ma anche in quello in cui sono "comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

applicare tassi di interesse non più rispettosi delle soglie stabilite *ex lege*, determinando fenomeni usurari, ancorché sopravvenuti.

Va considerato inoltre, il ruolo rivestito dalle banche deputate non solo a svolgere attività di raccolta del risparmio, concessione di credito e attività di investimento, bensì anche tutelare il risparmio in tutte le sue forme.

Quanto in questa sede affermato sembra avvalorato anche dalla lettura della norma di riferimento (art. 644 c.p.), la cui finalità, come più volte ricordato, è anche quella di impedire che si possa “surrettiziamente” realizzare una “usura solo apparentemente lecita”. Pare opportuno ricordare nuovamente che la legge 108/96 ha modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche in cui si esplicita il fenomeno, anche forme di usura che potrebbero perseguire, attraverso l’esercizio legale del credito, interessi diversi ed opposti al progresso dell’economia nazionale²⁷.

5. L’usura oggettiva e l’usura soggettiva (o concreta).

Un’ulteriore spunto di riflessione, riguarda la distinzione tra la citata “usura oggettiva” (o presunta) introdotta ad opera della legge n. 108/1996 e la diversa nozione di “usura soggettiva” (o concreta). La prima, come già ricordato, si basa sul semplice superamento del tasso soglia, anche in assenza della prova che il soggetto attivo abbia approfittato di uno stato di difficoltà della vittima.

Al contrario invece, l’usura soggettiva richiede una valutazione caso per caso della situazione di debito - credito sussistente tra le parti,

²⁷ «...giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz’altro in gioco anche - e forse soprattutto - gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare gestione dei mercati finanziari», v. Cass. Pen., Sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148, *cit.*

del tasso effettivamente applicato, dell'ammontare del debito, della complessiva situazione economico - finanziaria del debitore, per valutare se possano o meno ritenersi integrate forme di abuso della situazione di difficoltà della vittima, realizzando un lucro indebito attraverso la sproporzione tra le prestazioni.

La giurisprudenza si è interessata principalmente alla fattispecie dell'usura oggettiva e, in modo particolare, di individuare quali costi, oneri e spese connessi all'erogazione del credito possano (e/o debbano) essere inseriti nel calcolo per valutare il rispetto delle soglie usuarie. Aspetto centrale quanto incerto, soprattutto in forza delle contraddizioni emerse sul punto attraverso l'intervento della Banca d'Italia e delle Istruzioni di Vigilanza per le banche (*v. infra*).

Recentemente, tuttavia, la Cassazione in sede penale²⁸ è intervenuta per la prima volta sulla c.d. "usura concreta" di cui all'art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p., sancendo alcuni principi di grande interesse. Recita la norma «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

In primo luogo la Corte ha ricordato che ai fini dell'integrazione dell'elemento materiale della c.d. usura in concreto occorre che il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria e che gli interessi, ancorché debbano essere inferiori al

²⁸ Cass. Pen., II sez., 7 maggio 2014, n. 18778, reperibile sulla *Riv. Dir. Pen. Contemporaneo*, 15 aprile 2015, con nota di I. GITTARDI.

tasso-soglia usurario stabilito *ex lege* al co. 1 (rispetto al quale l'usura in concreto si pone in rapporto di sussidiarietà), ed i vantaggi e i compensi pattuiti, risultino, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione fornita.

Secondariamente la Corte ha sancito che la “condizione di difficoltà economica” in cui deve versare la vittima affinché si possa integrare la fattispecie delittuosa, consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base (nel complesso) sana. La “condizione di difficoltà finanziaria” investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni.

La sentenza ha poi sottolineato che il concetto di “condizioni di difficoltà economica o finanziaria” della vittima (che integrano la materialità del reato) si distinguono dallo “stato di bisogno” (che integra la circostanza aggravante di cui all'art. 644 c.p., comma 5, n. 3), perché le prime consistono in una situazione meno grave, tale da privare la vittima di una piena libertà contrattuale, ma in astratto reversibile. Per “stato di bisogno” al contrario, si intende una condizione di necessità tendenzialmente irreversibile, non tale da eliminare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che comunque sia tale da compromettere fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli.

Pertanto, lo “stato di bisogno” delinea ipotesi nelle quali risultano pregiudicate le più elementari esigenze di vita, necessarie al mantenimento della propria situazione patrimoniale, mentre la “difficoltà economica o finanziaria” denota una situazione di criticità che tuttavia non è tale da compromettere, in maniera irreversibile, tali

esigenze, determinando quell'assillo e indifferibile necessità che sembra costituire il tratto caratteristico dello stato di bisogno²⁹.

La Corte ha poi chiarito che valutazione della situazione di difficoltà non debba essere fatta in senso meramente "soggettivo", ossia sulla base delle valutazioni personali della vittima, opinabili e di difficile accertamento a posteriori, bensì in senso "oggettivo", valorizzando "parametri desunti dal mercato". Conclusione obbligata, questa, secondo la Cassazione, stante la necessità per l'interprete di ridurre gli ampi margini di indeterminatezza che caratterizzano la fattispecie in esame. La sentenza, peraltro, non indica quali siano questi parametri, né fornisce indicazione alcuna per la loro individuazione, lasciando la questione "aperta" e, in un certo senso, ancora sospesa, delegando implicitamente all'opera degli interpreti il compito di riempire di significato tale affermazione.

Infine, la Corte ha affermato alcuni principi importanti anche in tema di elemento soggettivo del reato, poiché il dolo generico, richiesto ai fini della configurazione del reato di usura, richiede, oltre alla coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari, anche la "consapevolezza" della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e della sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto

²⁹ Il concetto di 'difficoltà economica o finanziaria' denota una condizione meno gravosa e meno compromessa, tale da non costituire per il soggetto passivo quell'impellente assillo che, per comune consenso, rappresentava il tratto distintivo dello "stato di bisogno", richiamato dall'originario art. 644 c.p. Il diverso valore semantico del termine impiegato (difficoltà in luogo di bisogno) attribuisce alla situazione tipica delineata dalla norma un senso meno pregnante che non quello che dottrina e giurisprudenza ritenevano espresso dall'omologo requisito stabilito dalla previgente fattispecie base dell'usura. La formula normativa sembra così alludere a tutte quelle ipotesi nelle quali il soggetto passivo, pur non versando in uno stato di estremo condizionamento sotto il profilo economico, è tuttavia gravato da impegni rilevanti, che in qualche misura ne limitano la libertà di agire, privandolo, ad esempio, della possibilità di fare ricorso ai normali canali di credito. cfr. F. MUCCIARELLI, *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108 – Disposizioni in materia di usura*, in *Legisl. pen.*, 1997, 537 ss.

alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione.

Come già ricordato, la sentenza ricordata è la prima, e pare essere anche l'unica al momento, in tema di usura concreta, affermando che tale figura delittuosa deve assumere una funzione che rimane sussidiaria rispetto all'usura presunta, essendo rivolta, come ribadisce la Cassazione, a “colmare possibili vuoti di tutela”. Di conseguenza, si deve necessariamente consegnare nelle mani del giudice il delicato ruolo di mediazione fra le giuste pretese dell'intermediario e il corretto supporto creditizio prestato al cliente³⁰. Come evidenziato in dottrina «Un'eccessiva tensione e attenzione alle difficoltà economiche e finanziarie della clientela, senza una parallela considerazione dei rischi di insolvenza che l'intermediario deve necessariamente coprire, può facilmente indurre un generale innalzamento dei tassi ed effetti indesiderati di razionamento del credito, con risvolti sistemici più nocivi di quelli che nelle finalità della legge si vuole temperare»³¹. Pertanto, nella determinazione dei tassi di interesse si dovrebbe avere riguardo anche alla situazione economico – finanziaria della banca – creditrice, e cercare di mantenere un equo bilanciamento tra le esigenze di entrambe le parti contraenti.

³⁰ La preoccupazione di incorrere nei rigori della sanzione penale nei casi come quello ipotizzato, nel quale il discrimine fra lecito e illecito passa esclusivamente per il delicato accertamento dell'elemento soggettivo del reato, potrebbe infatti indurre i funzionari incaricati degli accertamenti e delle valutazioni ad assumere giudizi particolarmente rigidi, tali da escludere dal finanziamento tutte le situazioni genericamente collocabili nella zona grigia vicino a quella (comunque non oggettivamente definibile) della 'difficoltà economica o finanziaria'. Con l'ulteriore, certo non desiderato, effetto di spingere verso il mercato clandestino e illegale del credito un'ulteriore fascia di utenti' (F. MUCCIARELLI, *Commento alla L. 7/3/1996 n. 108 - Disposizioni in materia di usura, cit.*).

³¹ R. MARCELLI, *Usura. Dopo l'usura presunta (oltre la soglia), un nuovo intervento della cassazione precisa i principi di accertamento dell'usura concreta (entro la soglia, art. 644 c.p., comma 3) – commento a Cassazione Sez. II Pen. n. 18778 del 7 maggio 2014, Roma, 1 settembre 2014, 5 e ss.*

Anche se l'usura concreta dovrebbe essere destinata a rappresentare un ruolo solo marginale e sussidiario rispetto all'usura oggettiva (o presunta), costituisce comunque una fattispecie delittuosa tipizzata nel nostro ordinamento e che, certamente, deve ricoprire un ruolo importante nella disciplina antiusura, soprattutto in momenti di criticità economico – finanziaria che da tempo interessa buona parte dell'economia nazionale. Sono difatti fin troppo frequenti i rapporti bancari di operatori che si trovano in una situazione di difficoltà finanziaria, o in cui la situazione economico-patrimoniale risulta già fortemente compromessa, e in tali circostanze la dominanza della controparte bancaria rischia di essere talvolta eccessiva. Come affermato dalla Cassazione, in tali situazioni presenta particolari criticità il processo di valutazione e di definizione delle condizioni contrattuali del credito, risultando centrale la fase di istruttoria di credito, in cui si chiede all'intermediario una particolare attenzione, trasparenza e coerenza³² nel definire il tasso di interesse da applicare e il più generale costo complessivo del credito.

Ciò significa che, da un lato, si chiede agli intermediari di dotarsi di procedure organizzative interne e di presidi adeguati per cercare di non incorrere in forme di usura concreta (il cui accertamento risulta certamente più complesso rispetto alla verifica dell'usura oggettiva) e, in un secondo momento, all'organo giudicante, nel momento in cui non risultasse integrato il reato di usura oggettiva, di valutare comunque l'eventuale sussistenza di elementi che possano far

³² «Momenti tipici di particolare criticità si ravvisano in sede di ristrutturazione del credito, negli scoperti senza affidamento che si protraggono nel tempo, in talune circostanze di scoperti in extra-fido e nelle penali di mora previste nelle situazioni di mancato pagamento alla scadenza. In tali circostanze si richiede all'intermediario un'attenzione particolare: per configurarsi l'usura non è necessario l'approffittamento dello stato del cliente, cioè un'azione pro-attiva volta a trarre profitto dallo stato di difficoltà del debitore, ma è sufficiente la mera consapevolezza dello stato in cui verte il cliente e la sproporzione dei compensi richiesti». R. MARCELLI, *Usura. Dopo l'usura presunta (oltre la soglia)*, cit., 5.

presagire la possibile integrazione di usura concreta, dato che, in assenza di parametri oggettivi di riferimento, il ruolo degli interpreti risulta essere ancora più centrale. La situazione di crisi economico – finanziaria, che ha interessato il nostro Paese negli ultimi anni, ha certamente indebolito la situazione e la forza contrattuale di numerose imprese, nonché di famiglie e risparmiatori, aumentando il rischio di comportamenti opportunistici da parte di chi eroga il credito.

6. Le nuove soglie usuarie ad opera del d.l. n. 70 del 2011.

Il legislatore attraverso il cosiddetto Decreto Sviluppo varato nel 2011 con Decreto Legge n. 70 del 2011³³, ha sensibilmente innalzato le “soglie” oltre le quali si configura il reato di usura, modificando l’art. 2, co. 4 della L. 108 del 1996.

Il previgente 4° comma dell’art. 2, legge 108 del 1996, prevedeva che «il limite previsto dal terzo comma dell’art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall’ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà». Dal 14 maggio 2011 il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è calcolato aumentando il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) di un quarto (25%), a cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali ($TSU=TEGM*1,25+4$)³⁴. La differenza tra il Tasso Soglia e il Tasso

³³ Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70, *Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in G.U. Serie Generale n.110 del 13-5-2011, Entrato in vigore il 14 maggio 2011 e convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, in G.U. 12 luglio 2011, n. 160.

³⁴ Art. 2, co. 4, Legge n. 108 del 1996, così modificato dal c.d. «Decreto Sviluppo», d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

Effettivo Globale Medio non può comunque mai essere superiore a otto punti percentuali³⁵.

La modalità di calcolo ha subito una variazione che il legislatore ha voluto introdurre per adeguare la rilevazione alle mutate condizioni di mercato, in quanto una costante discesa dei tassi medi applicati sul mercato, diminuiva lo *spread* tra Tasso Medio e Tasso Soglia Usura, incidendo così negativamente sui ricavi degli operatori finanziari. Attraverso l'applicazione del nuovo metodo di calcolo introdotto dal decreto sviluppo del 2011 la soglia d'usura risulta aumentata rispetto al metodo precedente applicato fino al 13 maggio 2011, in tal modo le banche e gli intermediari hanno potuto applicare tassi di interesse sensibilmente più elevati.

La nuova soglia usuraria ha posto *in primis* un problema di natura intertemporale, ovvero ci si è chiesti se tale soglia di usura potesse o meno applicarsi al pregresso. Avendo di fatto innalzato la soglia di punibilità è stata integrata, quindi, una modifica normativa favorevole per il soggetto attivo del reato (o potenziale soggetto attivo). Ci si chiedeva quindi se, in ossequio al principio del *favor rei*, tali nuove soglie di usura non dovessero trovare applicazione anche per il pregresso³⁶.

³⁵ Si applicherà cioè il valore minimo tra il tasso soglia calcolato con $(TEGM * 1.25) + 4$ e $TEGM + 8$. V. Comunicato del Dipartimento del Tesoro del 18 maggio 2011, in <http://www.dt.tesoro.it/>

³⁶ Art. 2, c.p. «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile (...).

A dirimere i dubbi interpretativi è intervenuta la Suprema Corte con sentenza n. 2683 del 23.11.2011,³⁷ che ha sgombrato il campo da ogni dubbio, statuendo con molta chiarezza che la modifica della normativa secondaria operata con d.l. n. 70 del 2011 non determinava l'automatica espansione della nuova legge, essendo il tasso soglia variabile anche in riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti, che hanno validità solo per il periodo successivo. Pertanto, la Corte ha chiaramente precisato che la modifica del tasso soglia non integra un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, con conseguente applicabilità della nuova norma più favorevole ai rapporti in essere. Al contrario, non ha inteso sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nelle vigenze della normativa precedente, e quindi l'illiceità penale della stessa, essendosi limitata a modificare, ma solo per il futuro, i presupposti per l'applicazione della norma penale incriminatrice³⁸.

³⁷ Cass. Pen., Sezione II, n. 2683 del 23 novembre 2011 (dep. 19 dicembre 2011) – Esposito, Presidente – Chindemi, Relatore, in (tra le altre fonti) *Arch. Penale*, 2012, che recita come segue «La norma di cui all'art. 644 c.p. configura una norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie incriminatrice giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole».

³⁸ La Suprema Corte, con la sentenza, n. 2683 del 23 novembre 2011, *cit.*, allineandosi a precedenti orientamenti di legittimità, ha affermato che l'istituto della successione delle leggi penali (art. 2 cod. pen.) riguarda la successione nel tempo delle norme incriminatrici tra le quali non rientrano "le vicende successive di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice né quelle di atti o fatti amministrativi che, pur influenzando sulla punibilità o meno di determinate condotte, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta, pertanto immutata e quindi in vigore". Ne consegue l'inapplicabilità del principio previsto dall'art. 2 c.p., in caso di successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale, che non incidano sulla struttura essenziale del reato ma comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto delineando la portata del comando. La Corte,

In altre parole, i tassi soglia sussistenti precedentemente al momento di emanazione della nuova norma devono intendersi in vigore nel periodo in cui si sono verificati i fatti. Quindi se al tempo della commissione del fatto era stato integrato il superamento del tasso soglia allora vigente, si configura il reato di usura, con tutte le conseguenti implicazioni, sia sul piano civilistico che penalistico.

7. Quali voci rientrano nella verifica del rispetto del Tasso soglia (TSU): interessi di mora e interessi corrispettivi (rinvio) e la Commissione di massimo scoperto (c.d. CMS).

Un primo quesito che gli interpreti hanno dovuto risolvere è se gli interessi di mora contemplati nei contratti di finanziamento in caso di ritardo nel pagamento, dovessero o meno essere inseriti nella verifica del rispetto delle soglie usuarie.

La questione ha visto dottrina e giurisprudenza a lungo divise e tutt'ora persistono alcune incertezze di fondo, soprattutto a fronte di quanto affermato nelle Istruzioni di Vigilanza redatte dalla Banca d'Italia³⁹. Sembra, tuttavia, opportuno affrontare più approfonditamente la problematica nel capitolo in tema di "mutuo" e relative implicazioni con l'usura, cui si rimanda⁴⁰.

Ulteriore voce di costo che ha destato un serie di perplessità, sia in merito alla natura giuridica della medesima⁴¹, sia, di riflesso,

quindi, conclude che la modifica della normativa secondaria, avvenuta con D.L. n. 70/2011, poi convertito in legge, non trova applicazione retroattiva ex art. 2, comma 2, c.p., non modificandosi la norma incriminatrice, essendo il tasso soglia variabile anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo.

³⁹ V. Istruzioni Banca d'Italia del 1996, e (successivi aggiornamenti) in www.bancaditalia.it e i Decreti Ministeriali, tra cui il primo decreto emesso in data dal 22 marzo 1997, in www.gazzettaufficiale.it.

⁴⁰ V. *infra*, § cap. VII.

⁴¹ Come ricordato da ultimo dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 12965 del 22 giugno 2016, in www.dirittobancario.it. In passato si è affermato che la CMS fosse

sull'idoneità della stessa ad essere ricompresa nel calcolo del tasso soglia, è la Commissione di massimo scoperto, anche conosciuta come CMS. L'incertezza trae origine dal fatto che tale voce di costo è stata frutto di una prassi bancaria, prima che vi fossero disposizioni legislative a sostegno. In tale contesto, l'apporto dottrinale e giurisprudenziale è stato essenziale.

In merito alla natura giuridica della commissione di massimo scoperto, la giurisprudenza aveva affermato che vi fossero due interpretazioni logicamente sostenibili, secondo le quali tale commissione poteva essere considerata come un accessorio da sommare agli interessi passivi; oppure doveva avere una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendente dal suo utilizzo. Tale ultima considerazione, a parere della Corte di Cassazione, era da ritenersi preferibile⁴².

una forma di remunerazione dovuta dalla banca per aver immobilizzato e tenuto a disposizione del cliente una determinata somma; corrispettivo per il rischio crescente assunto dalla banca in proporzione all'utilizzo dei fondi concessi in fido; onere accessorio da assimilare agli interessi passivi. In ordine poi alle conseguenze legate alla dubbia configurazione e legittimità di tale commissione, è stato detto che potrebbe comportare «nullità per mancanza di causa, perché calcolata con una modalità del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comportando un ulteriore aumento del costo effettivo del credito; assenza di causa se calcolata su importi entro il limite del fido oppure in relazione a conto corrente chiuso, dunque mancante, ovvero esaurito, l'impegno della banca a garantire la disponibilità del credito; nullità ex art. 1346 c.c. per il caso di rinvio ai cd. usi su piazza, in tema di contrattualistica precedente alla L. n. 154 del 1992 - la quale ebbe a sancire che i contratti, redatti in forma scritta, dovessero indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati e che le clausole contrattuali di rinvio agli usi fossero nulle -, con riferimento ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della normativa in materia di trasparenza bancaria, è stata sostenuta la nullità della CMS per indeterminatezza dell'oggetto, allorquando nel contratto non ne siano indicati sia il tasso sia le modalità di calcolo sia la periodicità, mentre per altre tesi non era sufficiente l'indicazione della CMS e dei suoi criteri di applicazione nei documenti informativi previsti dalla disciplina di trasparenza, divenendo conseguentemente nulla, ex art. 1346 c.c. e D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 117, comma 4 -Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), la pattuizione della commissione di massimo scoperto, pure indicata nel foglio allegato al contratto, nel caso di assenza dell'indicazione di tale onere nelle condizioni generali di contratto».

⁴² Cfr. ad es. Cass. Civ., 6 agosto 2002, n. 11722, in *www.ilcaso.it*.

Infatti, secondo l'opinione ormai più accreditata, la CMS deve essere considerata come la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma stessa, e come tale dovrebbe essere considerata legittima⁴³. In un successivo recente arresto, peraltro, la Cassazione ha ritenuto che "la natura e la funzione della commissione non si discosta da quella degli interessi anatocistici, essendo entrambi destinati a remunerare la banca dei finanziamenti erogati"⁴⁴.

Riguardo all'inserimento o meno di tale voce nel computo delle soglie usurarie, per diverso tempo la Banca d'Italia, nelle Istruzioni per la rilevazione del TEGM, ha affermato che la commissione di massimo scoperto non dovesse rientrare entro nel calcolo del TEGM, ritenendola non già un costo diretto per l'erogazione del credito, bensì un corrispettivo per una prestazione diversa, sia pure collegata alla prima⁴⁵. Nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio, adottate prima dell'entrata in vigore della legge n. 2 del 2009, l'Organo di Vigilanza ha scritto che «La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali. Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso - che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni -

⁴³ Cfr. Tra le altre Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006, in *www.altalex.it*, e Cass. Pen., Sez. II, n. 12028, del 19 febbraio 2010, in *Foro It.*, 2010, II, col. 382.

⁴⁴ Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 2014, n. 4518, in *www.dirittobancario.it*.

⁴⁵ *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, 1996 e ss., *cit.*, e Decreti Ministeriali del 1997, *cit.*

viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento».⁴⁶

Seppur da varie parti vi fosse la chiara intenzione di affermare la legittimità dell'istituto della CMS, vi erano numerosi dubbi sulla effettiva bontà della Commissione, soprattutto sotto il profilo della scarsa trasparenza della sua determinazione ed applicazione.

Nel novembre 2008 è stato poi emanato il del D.L. n. 185⁴⁷ convertito, con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, che, con l'art. 2-*bis* (inserito in sede di conversione) ha affermato importanti disposizioni che miravano a disciplinare in sede legislativa la CMS e a cercare di fare chiarezza su molti aspetti rimasti dubbi.

Grazie all'intervento del legislatore del 2009, sono stati affermati importanti principi che, ai fini che maggiormente interessano la presente trattazione, possono essere sintetizzati come segue. In primo luogo, la nuova normativa ha sancito la legittimità della commissione di massimo scoperto (nello specifico sia la commissione di massimo scoperto, sia di commissione di messa a disposizione dei fondi); sono tuttavia richieste una serie di limitazioni a tutela della clientela per entrambe le ipotesi (sussistenza di un saldo a debito - su un conto affidato - per un periodo continuativo pari o superiore a trenta giorni); sono nulle le sole clausole contrattuali stipulate in violazione delle suddette limitazioni. Inoltre, il legislatore ha affermato che la CMS (letteralmente delle "commissioni comunque denominate che prevedono una remunerazione per la banca dipendente dell'effettiva durata di utilizzazione dei fondi da parte del cliente") è rilevante, dalla

⁴⁶ Tale compenso - che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento."

⁴⁷ D.L. n. 185 del 28 novembre 2008, *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, convertito nella Legge n. 2 del 28 gennaio 2009, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 22 del 28 gennaio 2009 - Supplemento Ordinario n. 14.

data di entrata in vigore della legge di conversione, ai fini dell'applicazione tanto dell'art. 1815 cod. civ. che dell'art. 644 c.p.⁴⁸

I decreti ministeriali di rilevazione dei tassi d'interesse, fino al secondo semestre del 2009, hanno escluso la CMS dal calcolo del TEGM, recependo sul punto in modo diretto le istruzioni della Banca d'Italia. Dopo la novella legislativa del 2009 le nuove Istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi⁴⁹, hanno indicato tra gli oneri inclusi nel calcolo del TEGM (oltre agli oneri per la messa a disposizione dei fondi, nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato), "la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigente".

Tuttavia la legge n. 2 del 2009 ha fornito un chiaro regime di diritto intertemporale rivolto al periodo precedente alla sua entrata in vigore⁵⁰. Si era tal proposito anche affermato che tale legge potesse avere valore di interpretazione autentica, tesa a chiarire anche per il passato il corretto funzionamento della CMS⁵¹.

⁴⁸ Per completezza si ricorda che la disposizione ha subito importanti modifiche che hanno portato all'introduzione dell'attuale art. 117 – bis del tub.

⁴⁹ *Istruzioni di Vigilanza per le banche e per gli intermediari creditizi*, 2009 e successivi aggiornamenti, in www.bancaditalia.it.

⁵⁰ L'ultima parte del D.L. n. 185 del 2008, art. 2-bis, comma 2, invero, prevede che il limite oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione "fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizione". Il comma 3 della norma in esame, aggiungeva l'obbligo di adeguamento dei contratti in corso: "I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art. 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazione".

⁵¹ Si segnala, per completezza espositiva, che successivamente il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, art. 6-bis - *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, convertito con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, (inserito in sede di conversione), ha introdotto nel TUB l'art. 117-bis rubricato "*Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti*" e, poi, a distanza di poco tempo l'uno dall'altro, il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 27, comma 4 -

Momento centrale del dibattito sorto in relazione all'inserimento o meno della CMS ai fini dell'accertamento dell'usura del tasso di interesse, ai fini del calcolo del tasso-soglia, anche in relazione al passato, è stata la pronuncia resa dalla Suprema Corte di Cassazione Penale con la sentenza n. 12028 del 2010⁵². Con tale sentenza i Giudici di legittimità hanno affermato principi importanti in tema di Commissione di massimo scoperto.

Inoltre, si è anche sostenuto che quanto statuito dalla Corte in tale occasione abbia in realtà avuto rilievo di carattere generale, ad es. nel confermare la tesi secondo cui gli interessi di mora dovrebbero rientrare nella verifica del tasso soglia.

Ha infatti stabilito la Corte che le interpretazioni rese dalla Banca d'Italia, non devono essere considerate vincolanti. Ciò in quanto l'art. 644 c.p., nel pieno rispetto del principio di riserva di legge, ha demandato al Ministero del Tesoro e alla Banca d'Italia, solo il compito di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari, senza aver alcuna competenza nel definire le modalità di calcolo del tasso di usura e su quali elementi dovessero essere ricomprese nel conteggio. Tale attribuzione è conferita al solo legislatore, il quale, all'articolo 644 c.p., ha espressamente indicato che devono essere ricomprese tutte "...le commissioni, remunerazioni a

Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, ha abrogato il primo e il D.L. n. 185 del 2009, art. 2-bis, comma 3 e a seguire il D.L. 24 marzo 2012, n. 29, art. 1, comma 1 - *Disposizioni urgenti recanti integrazioni al D.L. 24 gennaio 2012, n. 1*, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, e al D.L. 1 settembre 1993, n. 385, nonché modifiche alla L. 31 luglio 1997, n. 249, convertito, con modificazioni, in L. 18 maggio 2012, n. 62, ha novellato il suddetto art. 117- bis TUB. Infine, in attuazione di quanto disposto dall'art. 117-bis, comma 4, TUB, è stato approvato il D.M. 30 giugno 2012, n. 644 - *Disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'art. 117-bis del Testo unico bancario*, entrato in vigore il successivo 1 luglio 2012.

⁵² Cass. Pen., Sez. II., 26 marzo 2010, n. 12028 del in www.ilcaso.it.

qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito..."⁵³.

La Cassazione con la sentenza n. 12028 del 2010 ha quindi affermato che il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p., comma 4 (secondo il quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il proprio utilizzo del credito. Tra questi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto. Si tratta, infatti, di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente. Ciò comporta che, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito dovrebbe correttamente tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata. Tale assunto è stato successivamente confermato da altri arresti giurisprudenziali, che si sono mostrati concordi nel ritenere che la CMS, al pari degli altri costi connessi all'erogazione del credito, dovesse essere contemplata nella verifica del

⁵³ E' stata poi la stessa Banca d'Italia ad affermare il ruolo centrale della magistratura nella determinazione di quali voci dovessero rientrare nel calcolo del tasso di usura, si legge infatti testualmente sul "Bollettino di vigilanza – numero 12 – dicembre 2005" della banca d'Italia "...ferma restando la competenza esclusiva della magistratura nella valutazione dei casi concreti e al fine di agevolare, per il futuro, le verifiche da parte delle banche e degli intermediari finanziari – si riporta, in allegato, uno schema operativo elaborato dalla Banca d'Italia per valutare l'impatto dell'applicazione della commissione di massimo scoperto, sulle condizioni complessivamente praticate...", in www.bancaditalia.it.

rispetto delle soglie usurarie, quale «fattore potenzialmente produttivo di usura»⁵⁴.

Tuttavia, per completezza occorre segnalare un recente arresto della Suprema Corte⁵⁵, che oltre ad aver sancito importanti principi in tema della c.d. clausola di salvaguardia (v. *infra*), ha disatteso l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione ha affermato, infatti, che «la commissione di massimo scoperto, applicata fino all'entrata in vigore dell'art. 2-*bis* d.l. n. 185 del 2008, deve ritenersi *in thesi* legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dato atto che ciò è avvenuto solo dal 1 gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM. Ne consegue che l'art. 2-*bis* del d.l. n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, non deve intendersi, a parere della Corte, norma di interpretazione autentica dell'art. 644, co. 3, cod. pen., integrando una disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare – per il futuro – la complessa disciplina anche regolamentare (richiamata dall'art. 644, co. 4, cod. pen.) tesa a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari, derivandone che per i rapporti bancari esauritisi prima del 1 gennaio 2010, allo scopo di valutare il

⁵⁴ Conf. Cass. pen., sez. II, 14 maggio 2010, n. 28743, in *www.dirittobancario.it*; e Cass. Pen., sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, *ivi*). In tali arresti, si affermava la rilevanza della CMS nel tasso di usura anche per il passato, proprio in forza dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari e, in particolare, dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2-*bis*, convertito con modificazioni, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, affermando che "La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4, in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri *ivi* indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme."

⁵⁵ Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, in *www.dirittobancario.it*.

superamento del tasso soglia nel periodo rilevante, non debba tenersi conto delle CMS applicate dalla banca ed invece essendo tenuto il giudice a procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, al fine di pervenire alla ricostruzione del tasso-soglia usurario».

La Corte ha pertanto sancito, in relazione ai rapporti fino al 31 dicembre 2009 e contrariamente al precedente orientamento, la non rilevanza della CMS nel calcolo del tasso soglia usurario, escludendo la natura di norma di interpretazione autentica dell'art. 2-*bis* del d.l. n. 185 del 2008, e affermando una presunta non omogeneità della CMS, rispetto alle altre voci di costo remunerative per la banca.

Tale impostazione ha destato una serie di perplessità, rimanendo, al momento, una voce isolata nel panorama giurisprudenziale. In ogni caso il principio di diritto affermato dalla Corte, anche a volerlo considerare condivisibile, è applicabile limitatamente ai rapporti bancari *ante* 1° gennaio 2010.

8. Presunta disomogeneità tra la c.d. formula di Banca d'Italia e la formula della Cassazione nella rilevazione del TEG.

Le banche sollevano spesso nei contenziosi giudiziali l'eccezione circa una presunta disomogeneità dei dati risultanti dalle soglie usuarie rilevate dalla Banca d'Italia nel tempo e quelli che deriverebbero inserendo nel calcolo del tasso effettivo globale (TEG) la CMS o il tasso di mora, come affermato in diverse occasioni dalla Suprema Corte di Cassazione. L'Autorità di vigilanza, difatti, suggerisce l'utilizzo di una formula, conosciuta anche come "formula

Banca d'Italia"⁵⁶, che non contempla al proprio interno il conteggio di voci quali la CMS e gli interessi di mora, e che corrisponde a:

$$TEG = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{Numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri su base annua} \times 100}{\text{Accordato}}$$

Tuttavia, tali problematiche connesse ad una presunta disomogeneità dei dati è stata notoriamente chiarita, oltre che dalle già citate sentenze della Suprema Corte di Cassazione⁵⁷, anche da un'illuminante sentenza del Tribunale di Pordenone⁵⁸, che ha affermato principi che appaiono applicabili non solo alla fattispecie della CMS, ma anche in merito al tasso di mora.

Il Tribunale, in primo luogo, ha ribadito che il chiaro tenore dell'art. 644 c.p. impone di inserire nella determinazione del tasso di interesse usurario ogni costo, commissione, onere connesso all'erogazione del credito. Secondo tale impostazione, l'ammontare della CMS, è una commissione applicata dall'intermediario tutte le volte in cui il cliente utilizza lo scoperto di conto. Pertanto la commissione funge da corrispettivo per l'onere cui l'intermediario si sottopone, di procurarsi la necessaria liquidità e di mantenere a disposizione del cliente le somme richieste, che – prima del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (art. 2 bis, comma 1) convertito nella legge 28.1.2009 n. 2 - non trovava spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali. Avrebbe invece dovuto necessariamente essere ricompresa

⁵⁶ Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, luglio 2016, in www.bancaditalia.it.

⁵⁷ Cass. Pen. 12028 del 2010, *cit.*, Cass. Pen. 28743 del 2010, *cit.* e Cass. Pen. 46669 del 2011, *cit.*

⁵⁸ Tribunale di Pordenone, 7 marzo 2012 – Dott. Francesco Petrucco Toffolo – in www.ilcaso.it. In tale occasione il Tribunale ha affermato che l'ordinamento non può consentire la pretesa di interessi usurari, nemmeno se tale pretesa fosse cristallizzata in un decreto ingiuntivo divenuto definitivo.

nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla Banca d'Italia. Ciò in quanto rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% (allora stabilito dalla legge). Appare, pertanto, conseguente e coerente, ha affermato il Tribunale, che nella rilevazione operata dalla Banca d'Italia, la CMS non fosse ricompresa nel calcolo del TEGM e che, al contrario, la suddetta commissione dovesse invece essere ricompresa nello specifico calcolo del TEG, da porre a confronto con la soglia d'usura.

Sul punto pare opportuno ricordare che la discrasia tra i due indici TEG e TEGM è frutto dell'intrinseca diversità funzionale dei due indici, l'uno esprime il costo medio del credito in un dato momento storico, fornendo un dato statistico e replicabile *erga omnes*, l'altro, il TEG, rileva il costo effettivo della singola operazione materialmente impiegata e, per tale ragione, deve necessariamente comprendere tutti i costi concretamente applicati nel caso specifico.

Pertanto, il punto non è se vi sia o meno disomogeneità tra i due tassi, bensì quale sia la corretta formula da applicare per rilevare il costo effettivo del credito e il rapporto con le soglie usuarie nel caso di specie⁵⁹.

Sulla medesima sentenza si leggono ulteriori importanti statuizioni in tema di presunta disomogeneità delle risultanze, confermatrice delle tesi che, a parere di chi scrive, meritano di essere adeguatamente evidenziate di seguito evidenziate. Si legge infatti testualmente: «...Si deve tuttavia in primo luogo osservare che la mancanza del parametro “omogeneo” (TEGM calcolato con inclusione

⁵⁹ Per approfondimenti, *infra*, cap. § VII.

della CMS) per gli anni che vengono in rilievo, se indubbiamente crea una difficoltà operativa (e di giudizio) assai grave non può giustificare la semplice negazione di giustizia che si avrebbe applicando, nonostante tutto, l'erronea metodologia recepita nei decreti ministeriali: si ribadisce, la l. 108/96 prevede (e ha sempre previsto) la rilevazione del TEGM con riferimento ad ogni onere correlato all'operazione di finanziamento, e non vi è dubbio che la c.m.s. sia un onere posto in relazione con lo scoperto di conto corrente che trova giustificazione quale parziale ristoro per minore redditività che la controparte subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide.

A ben vedere, tuttavia, la difficoltà operativa può ben essere risolta in radice: (...) l'affermazione secondo cui, non essendo la c.m.s. compresa nella determinazione del TEGM, non potrebbe neanche essere compresa nel calcolo del TEG per la verifica dell'usura, costituisce – come osservato da recente autorevole dottrina – una forzatura logica, una petizione di principio.

In realtà, la Banca d'Italia ha approntato una metodologia di rilevazione volta a cogliere il costo fisiologico medio di mercato del finanziamento, così determinando il TEGM: l'aggregato dei costi da inserire nel calcolo del TEG deve invece ricomprendere ogni onere in concreto sopportato per l'erogazione del credito, fisiologico e non, patologico e non»⁶⁰.

⁶⁰ Ancora: «L'ammontare della c.m.s., che non trova(va) spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali, deve (doveva)necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla BANCA D'ITALIA: rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge» così, Trib. di Pordenone, 7 marzo 2012, *cit.*

Il Tribunale ha poi affermato di essere consapevole dell'orientamento⁶¹ che non riconosce al d.l. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 *bis*, co. 1, convertito in legge 28.1.2009 n. 2 il valore di norma di interpretazione autentica e, pertanto non dotata di effetto retroattivo. Tuttavia, a parere del Tribunale di Pordenone il punto non è la retroattività o meno della suddetta disposizione, bensì, che la lettera dell'art. 644 c.p. nel sancire la rilevanza di tutti i costi connessi all'erogazione del credito, aveva già autonomamente decretato la rilevanza della CMS nel calcolo del tasso di usura. In tal senso, la Commissione di massimo scoperto avrebbe dovuto essere inserita da tempo nella formula matematica tesa a verificare il rispetto delle soglie usurarie.

Continua il Tribunale, «è evidente che tale ipotesi, “creata” dalla Banca d'Italia senza alcun supporto normativo, abbia, come acutamente osservato in dottrina, l'effetto di edulcorare i vincoli di rispetto delle soglie d'usura, introducendo una soglia per la c.m.s. distinta da quella degli interessi, non prevista nel precetto penale, con indebiti travasi di margini di flessibilità dove la presenza o meno dell'usura non verrebbe a dipendere esclusivamente dall'entità di quanto richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo – interessi o c.m.s. – dell'addebito operato: uno stesso importo riconosciuto per il credito erogato potrebbe risultare usurario, se riconosciuto interamente a titolo di interesse e, al contrario, regolare, entro la soglia, se riconosciuto in parte come interessi e in parte come

⁶¹ Il Tribunale di Pordenone ha richiamato anche quanto affermato dalla Corte di App. di Trieste n. 746, pub. il 23 novembre 2011, affermando altresì che esempio classico della differenza che s'intende sottolineare e quella della mora, che rientra nella verifica d'usura (v. Cass., sent. n. 5286/00, e Corte Cost., sent. n. 29/02) ma non è ricompresa nella rilevazione del valore medio di mercato. Se poi si considera – nella forma e modalità impiegate dalla pressoché totalità del sistema bancario, prima che la legge 2/09 ne riformasse l'utilizzo – la CMS.

c.m.s., così restando però tradita la logica voluta dal legislatore del 1996 al fine dell'individuazione e della sanzione delle condotte usurarie».

In conclusione, ha affermato il Tribunale, la metodologia di calcolo seguita che deve essere applicata dal c.t.u., in quanto elaborata considerando anche la c.m.s. a fini del calcolo del TEG, è la seguente formula matematica⁶²:

$$(TEG \text{ c.m.s.}) = (INTERESSI + ONERI + C.M.S.) X 36.500$$

NUMERI DEBITORI

9. La clausola di salvaguardia degli interessi di mora.

In alcuni contratti di finanziamento è presente una particolare clausola degli interessi di mora che stabilisce un tasso di mora pari al tasso soglia diminuito di qualche centesimo di punto percentuale, oppure inserisce il tasso soglia come limite superiore al tasso di mora diversamente calcolato⁶³.

Tale clausola è comunemente detta "clausola di salvaguardia" ed è talvolta inserita nei contratti di finanziamento in modo da garantire all'intermediario un tasso di interesse elevato, senza tuttavia incorrere in violazioni della normativa antiusura. La presenza di tale clausola in determinati contratti potrebbe essere una conferma del fatto che il sistema bancario non ha sottovalutato la rilevanza del problema della verifica dell'usura anche sugli interessi di mora.

⁶² Si segnala, per completezza, che la recente sentenza della Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, *cit.* ha affermato che la CMS non dovrebbe essere presa in considerazione per determinare il tasso di Tasso soglia usurario, fino alla al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009.

⁶³ Cfr. ad es. Tribunale di Napoli, 04 giugno 2014, in www.dirittobancario.it, che esclude l'usurarietà degli interessi dovuti nel contratto di mutuo ove vi sia una clausola di salvaguardia.

La legittimità della clausola di salvaguardia è stata fortemente discussa, in quanto questa forma di “indicizzazione” alle soglie usuarie è stata tacciata di essere una forma di elusione della normativa antiusura, idonea ad integrare una forma di contratto in frode alla legge. Ovvero, l’utilizzo di una tipologia contrattuale (sia essa tipica o atipica) formalmente lecita, ma in realtà è posta in essere per realizzare una diversa finalità non consentita dall’ordinamento⁶⁴.

Tale assunto è stato di recente confermato dalla Suprema Corte con la sentenza n. 12965 del 2016⁶⁵ con la quale la Corte ha espressamente affermato che «La clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l’applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del c.d. tasso soglia usurario, ma solo mediante l’astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla *ex art. 1344 c.c.*, perché tesa a eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall’art. 1815, co. 2 cod. civ. per il mutuo, regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro remunerazione».

Inoltre, appare legittimo affermare che la clausola di salvaguardia assume una connotazione elusiva della norma in quanto il limite agli interessi di mora rischia di essere soltanto apparentemente rispettoso delle soglie di usura, ma il meccanismo di calcolo è tale da porre automaticamente il tasso di mora globale (calcolato in rapporto alla effettiva quota capitale della rata) oltre le soglie di usura.

⁶⁴ L’articolo 1344 c.c. rubricato “contratto in frode alla legge”, stabilisce che «La causa si reputa altresì illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa». Cfr. in tema di contratto in frode alla legge, V. ROPPO, *Il Contratto*, Napoli, 2001, 409 e ss.

⁶⁵ Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, *cit.*

10. Elemento soggettivo del reato di usura e l'aggravante ex art. 644 c.p. co. 5, n. 4.

L'introduzione della fattispecie di usura oggettiva (legge n.108 del 1996) ha semplificato anche l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, non essendo più richiesta la prova della conoscenza dello stato di bisogno della vittima⁶⁶. Per quanto concerne l'elemento soggettivo del reato di usura, è richiesto il dolo generico, ovvero la coscienza e volontà di concludere un contratto con interessi o vantaggi usurari.

Accanto al dolo generico, tuttavia, viene ad assumere sempre più spazio ed attenzione il dolo eventuale, nella misura in cui l'agente si rappresenta la possibilità che l'evento si possa verificare e accetta comunque il rischio che tale fatto si realizzi.

Nello specifico, di recente la Cassazione⁶⁷ ha affermato che il dolo eventuale in capo agli amministratori di una banca possa ritenersi ravvisabile, nella misura in cui gli stessi abbiano accettato il rischio del verificarsi dell'evento. Gli amministratori, nelle loro qualità di organi apicali delle banche e di titolari di una posizione di garanzia, devono essere adeguatamente informati delle questioni di maggiore rilevanza attinenti all'attività d'impresa. Tra queste, certamente vi rientra l'attività relativa alla remunerazione del denaro oggetto delle operazioni in cui si concretizza l'esercizio del credito, non potendo il titolare di una posizione di garanzia declinare gli obblighi di controllo e di vigilanza che la legge pone a suo carico.⁶⁸

⁶⁶ Prima della riforma del 1996, vi era una parte della giurisprudenza che in caso di ricorso al credito privato rispetto a quello bancario, e in presenza di tassi di interesse di una certa misura, tendeva a riconoscere la sussistenza dell'elemento soggettivo *in re ipsa*, ravvisando in presenza di tali elementi la consapevolezza dello stato di bisogno della vittima.

⁶⁷ Cass. Pen., sez. II, n. 46669 del 19 dicembre 2011, *cit.*

⁶⁸ Cfr. A. CRISTIANI, *Guida alle nuove norme sull'usura*, Torino, 1996; R. DI NAPOLI, *L'usura nel contenzioso bancario*, Bologna, 2014, 20 e ss.

In caso di usura concreta, occorre la dimostrazione della consapevolezza in capo all'agente della difficoltà economica o finanziaria in cui versa la vittima.

Ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 644, co. 5°, n. 4 c.p., come ribadito da una pronuncia della Suprema Corte⁶⁹, l'unico elemento da prendere in considerazione è il fatto che la parte lesa, nel momento in cui subisce la condotta usuraria, svolga un'attività imprenditoriale. A nulla rileva che il finanziamento non sia direttamente impiegato nell'attività economica, poiché la "ratio" dell'aggravante è quella di evitare che l'usura condizioni chi svolga l'attività d'impresa. Ciò in quanto la norma mira a tutelare in maniera particolare i soggetti che ricorrono con maggiore frequenza al credito, e a limitare gli spazi di azione alla criminalità usuraria. Trattasi, quindi, di tutela privilegiata verso le categorie che esercitano un'attività imprenditoriale, professionale o artigianale. Altrimenti, come, conclude la Corte di legittimità, si rischierebbe di svalutare le esigenze sottese alla norma delle categorie maggiormente esposte al rischio d'usura⁷⁰.

11. Conclusioni.

Certamente, il delitto di usura è una delle fattispecie criminose maggiormente discusse e controverse del nostro sistema penale, in cui il dibattito tra organo giudicante, dottrina e Autorità di Vigilanza del settore è sempre stato acceso.

Ciò che sembra emergere dall'analisi degli interventi normativi

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. II, 24.06.2011, n. 25328, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Nella citata pronuncia la Corte ha ritenuto sussistente l'aggravante in esame nel caso di finanziamento erogato a condizioni usurarie da un imprenditore per l'acquisto di un immobile non direttamente impiegato nell'attività di impresa.

⁷⁰ Si ricorda l'aggravante di cui all'art. 644, co. 5, n. 1, secondo cui «Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà:

1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare»

e degli arresti giurisprudenziali che si sono succeduti negli ultimi anni, parrebbe essere una volontà legislativa di rendere più facilmente perseguibile il reato di usura. A cominciare dalla configurazione, ad opera della legge n. 108 del 1996, dell'usura oggettiva, integrata, dal punto di vista materiale, dal mero superamento del tasso soglia. Con la conseguente riduzione di quel margine interpretativo e di incertezza relativo al concetto di "approfittamento" dello stato di bisogno della vittima attorno al quale era delineata la condotta attiva del reato *ante* riforma del '96. Ancora, la formulazione dell'art. 644 c.p., oggi particolarmente estesa, al fine di ricomprendere nella verifica dell'usurarietà degli interessi applicati, ogni voce di costo "connessa all'erogazione del credito", pare essere in linea con tale scelta legislativa. Infatti, la formulazione ampia della norma, talvolta tacciata di essere fin troppo generica, non è frutto di una svista del legislatore. Si tratta di una scelta consapevole, finalizzata a non tipizzare normativamente le voci di costo, in modo da poter far rientrare nelle maglie dell'art. 644 c.p. ogni spesa, commissione, onere, che risulti essere connessa al costo del credito. La *ratio* è proprio quella di evitare forme elusive della legge antiusura. Ovvero che l'evolversi della prassi bancaria e dell'ingegneria finanziaria possano coniare nel tempo nuove e più sofisticate forme di finanziamento, che, non essendo contemplate espressamente dalla lettera della norma, possano restare in tal modo escluse dal campo di azione della legge.

Tale scelta legislativa sembrerebbe essere stata recepita da parte di quella giurisprudenza e di quella dottrina che hanno sostenuto la fondatezza dell'inserimento nel calcolo del tasso di usura anche quelle voci di costo come la Commissione di massimo scoperto e degli interessi moratori.

Nel corso della presente trattazione si cercherà quindi di dare anche conto di alcune figure negoziali e/o di strumenti finanziari di più

“recente conio”, che hanno dato origine a vari dubbi interpretativi, sia in merito alla propria natura giuridica, sia in relazione alla loro compatibilità con le soglie usuarie.

Se la lettera dell’art. 644 c.p. non fosse stata strutturata in chiave così ampia, molti degli istituti che si cercherà di analizzare in questa sede, probabilmente avrebbero avuto difficoltà ancora maggiori rispetto a quelle che si incontrano oggi, nell’essere assoggettati alla disciplina antiusura. Si sarebbe corso il rischio di tollerare, forme elusive di una disciplina fondamentale del nostro ordinamento che nasce per essere posta a tutela della parte più debole del rapporto contrattuale.

CAPITOLO II

ANATOCISMO BANCARIO: STORIA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Anatocismo bancario: la normativa di riferimento. - 3. La svolta della Cassazione nel 1999. - 4. Il problema della prescrizione. - 5. Trasferimento contabile dei saldi debitori e creditori da un numero di conto ad un altro - 6. Le sorti del tasso di interesse contrattualmente pattuito in caso di dichiarazione di nullità della clausola anatocistica. - 7. La pronuncia delle Sezioni Unite e i primi problemi applicativi: *rinvio*. - 8. Cenni all'incostituzionalità del c.d. "milleproroghe".

1. Introduzione.

Trattando delle forme più recenti di usura, sembra opportuno dedicare alcuni capitoli ad uno degli istituti più controversi del diritto civile, che da sempre ha fatto parlare di sé. Il contenzioso giudiziale in tema di anatocismo bancario, infatti, ha raggiunto portate numeriche particolarmente elevate, soprattutto negli ultimi quindici anni.

Una delle ragioni che da sempre fanno discutere in tema di anatocismo bancario, risiede nel fatto che fin da tempo immemore è stato considerato come una possibile forma di usura surrettizia. Lo stesso significato etimologico, è stato detto, «segnala funesti pericoli», ricordando che "ana" significa "ancora" e "tokismòs" vuol dire "usura"⁷¹.

L'istituto in questione era già osteggiato in tempi molto remoti. Infatti, attraverso il fenomeno anatocistico, la posizione debitoria del soggetto viene esponenzialmente aumentata poiché ad ogni scadenza il rateo di interessi corrispettivi, apparentemente sempre uguale, in realtà

⁷¹ Come evidenziato da E. SACCHETTINI, *Cancellata l'interpretazione autentica della norma in assenza di incertezze sul suo reale significato*, in *Guida al diritto*, n. 20, maggio 2012, 41.

aumenta periodicamente in quanto al capitale originario si sommano gli interessi scaduti. In tal modo, il capitale su cui viene calcolato il successivo rateo di interessi risulta sempre maggiorato di volta in volta, determinando una crescita continua della posizione debitoria.⁷²

Per tali ragioni, l'istituto è stato oggetto di un percorso travagliato fin dall'epoca del diritto romano, che lo limitava fortemente, mentre il diritto giustiniano lo vietava integralmente⁷³ e così avvenne anche durante il periodo medioevale. Tuttavia, in epoca antica si possono riscontrare periodi nei quali il prestito usurario era ammesso e diffuso, a fronte della rarità del denaro circolante e la scarsa garanzia e affidabilità dei debitori. Per tali ragioni potevano essere fissati tassi di interesse annuo addirittura del cento per cento.

In piena epoca cristiana, al contrario, il prestito a interesse verrà visto con maggiore sfavore⁷⁴.

Si dovrà attendere il codice napoleonico per assistere alla reintegrazione della capitalizzazione degli interessi, che verrà successivamente accolta nel codice del 1865 (art. 1232) e nell'attuale codice civile del 1942 c.c., all'art. 1283 c.c.

Oltre al più classico e diffuso problema della capitalizzazione degli interessi scaduti sui conti correnti, la moderna attività bancaria ha

⁷² Sul punto cfr. G. M. CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2011, 10, 2335 e ss.: «la posizione del debitore di una somma di denaro può essere messa in pericolo, non solo in caso di imposizione di un tasso di interesse (corrispettivo) usurario; ma anche, e soprattutto, ogniqualvolta a costui venga imposto che, dato un rateo fissato (anche in misura ben) al di sotto del tasso usurario, l'interesse scada periodicamente per essere "capitalizzato" (cioè sommato al capitale), con conseguente calcolo del successivo rateo su una somma di base maggiore (ad esempio, capitale + sei mesi di interessi scaduti)».

⁷³ Sin dal tempo delle XII Tavole furono emanate disposizioni limitative del tasso di interesse, tese anche a contenere il «prestito oneroso» al tempo diffuso e praticato.

⁷⁴ In epoca imperiale il rateo si aggirava attorno al 12 per cento annuo, per scendere poi anche sotto il 6 per cento nel IV secolo. Cfr. sul punto V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli 2002, 303 ss., cfr. anche G. M. CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*; in *Foro it.*, 2011, nota n. 3.

mostrato una progressiva evoluzione delle modalità con cui la capitalizzazione degli interessi può estrinsecarsi, creando forme sempre più evolute, e pericolose, di anatocismo, astrattamente idonee ad integrare potenziali forme di usura surrettizia. Basti in questa fase citare, in ambito bancario, i contratti di mutuo e le linee di credito nelle più svariate e complesse forme tecniche, cui i privati e le imprese devono fare ricorso per far fronte alle esigenze di vita, nonché imprenditoriali.

Come verrà meglio analizzato nel corso dei prossimi capitoli, dimostrare l'avvenuta capitalizzazione di interessi scaduti non ci si può esimere dal ricorrere all'ausilio di complesse analisi tecniche, rendendo spesso indispensabile il ruolo del consulente tecnico di parte.

Una delle norme di riferimento in tema di anatocismo bancario è l'art. 120 del Testo Unico Bancario (c.d. t.u.b.)⁷⁵, che ha subito negli ultimi anni importanti modifiche, apparentemente tese ad eliminare l'istituto dell'anatocismo bancario e impedire il protrarsi del meccanismo della capitalizzazione degli interessi scaduti⁷⁶. Tuttavia, a prescindere dal fatto che le ultime riforme abbiamo o meno debellato l'anatocismo bancario dal mondo giuridico ed economico, gli interpreti e gli operatori del diritto dovranno gestire l'ingente contenzioso giurisdizionale pregresso, che ad oggi pare essere ancora particolarmente rilevante.

⁷⁵ *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, in www.bancaditalia.it.

⁷⁶ Cfr. Legge di stabilità 2014, Legge 27 dicembre 2013, n. 147, Pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 2013 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2014, che attraverso il comma 629 era tesa a modificare sensibilmente la disciplina dell'anatocismo bancario. Infine, come noto, in sede di conversione in legge del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18 è stato presentato il un emendamento che propone una nuova versione dell'art. 120, comma 2, del t.u.b., V. art. 17-bis: (Modifiche all'articolo 120 del decreto legislativo 1o settembre 1993, n. 385, relativo alla decorrenza delle valute e al calcolo degli interessi). V. *infra* § cap. VI

2. Anatocismo bancario: la normativa di riferimento.

Analizzando l'istituto dell'anatocismo bancario, non si può prescindere dal ripercorrere le tappe maggiormente significative, che hanno contraddistinto l'evoluzione di tale istituto, disciplinato dall'art. 1283 del c.c. e dall'art. 120 del t.u.b., il quale, come anticipato, negli ultimi anni ha subito importanti modifiche legislative.

L'anatocismo bancario, regolato a livello codicistico dall'art. 1283 c.c., nel corso degli anni è stato oggetto di importanti arresti legislativi e giurisprudenziali, sia da parte della Consulta, sia da parte della Corte di legittimità, a cominciare dalla storica pronuncia del 1999⁷⁷, fino ad arrivare alla sentenza delle Sezioni Unite del 2010⁷⁸ e

⁷⁷ Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1301, 1585. Tra le note a sentenza S.V. G. GIACALONE, *Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti*, in *Giust. civ.* 1999, I, 1301; M. COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1585; D. MOSCUZZA, *L'anatocismo nel contratto di conto corrente ordinario e nel contratto di conto corrente bancario*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1588. Cfr., inoltre: G. CABRAS, *Conto corrente bancario ed anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Dir. banc.*, 1999, I, 257; V. CARBONE, *Anatocismo ed usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, 562; G. COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1221; G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: un revirement della Cassazione?*, in *Contratti*, 1999, 437; F. FERRO-LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 167; M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 6, 650 ss.

⁷⁸ Cass. Civ. SU, 2 dicembre 2010 n. 24418, in (tra le varie fonti) *Giust. civ. mass.* 2010, 12, 1553; *Banca borsa tit. cred.* 2011, II, 257; in *Giust. civ.* 2011, 9, I, 2066; in *Resp. civ. e prev.* 201, 4, 804, nota di F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le Sezioni Unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche*; in *Giust. civ.* 2011, 10, 2335, nota di G. M. CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*; in *Foro it.* 2011, 2, I, 428, con nota di A. PALMIERI; in *Guida dir.* 2011, I, 74 con nota di MASTROMARINO; *Dir. e giustizia* 2010 con nota di G. MILIZIA, *Anatocismo: l'azione di ripetizione, soggetta alla prescrizione ordinaria della chiusura del conto corrente, si estende a tutte le operazioni effettuate ed è esclusa la capitalizzazione degli interessi ultralegali a debito del risparmiatore*; in *Contratti*, 2011, 221 e ss., con nota di C. M. NANNA, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*.

alla di poco successiva decisione della Corte Costituzionale⁷⁹ relativa al cosiddetto decreto “milleproroghe”⁸⁰.

La disciplina codicistica attualmente vigente in materia, consente la capitalizzazione di interessi solo in presenza di talune specifiche garanzie a favore del debitore. L’art. 1283 c.c.⁸¹, infatti, stabilisce che il pagamento di interessi sugli interessi scaduti sia ammissibile soltanto ove sussistano una serie di presupposti tesi, essenzialmente, alla duplice esigenza di prevenire il pericolo di fenomeni usurari, da un lato, e dall’altro di proteggere il cliente della banca dal rischio di un incontrollato aumento dell’indebitamento oltre l’originaria pattuizione⁸². Come requisito indefettibile è necessario che siano dovuti interessi per almeno sei mesi; in secondo luogo e, in via alternativa, è necessario che la richiesta venga avanzata dal creditore per effetto di un'apposita domanda giudiziale, ovvero che la capitalizzazione sia frutto di un accordo raggiunto tra creditore e debitore successivamente alla scadenza degli interessi stessi.⁸³

⁷⁹ Corte Cost. 5.04.2012, n. 78, tra le varie fonti in *Contratti*, 2012, n. 6, 445 ss.

⁸⁰ D.lgs. 29.12.2010, n. 225, convertito in legge n. 10 del 26 febbraio 2011, in *G.U.* 26 febbraio 2011.

⁸¹ Art. 1283 c.c. «In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza [c.c. 1282], e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi».

⁸² Cfr. A. De SIMONE, *La gestione delle cause di anatocismo e usura: ripartizione dell'onere della prova, ammissibilità degli ordini di esibizione, prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato e impostazione della C.T.U.*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2012, 2.

⁸³ La legge richiede che l'accordo avvenga successivamente proprio per consentire al debitore di valutare in anticipo, cioè prima di accettare e firmare l'accordo, quanto dovrà pagare ai sensi dell'art. 1283 c.c. Inoltre, secondo l'opinione di alcuni (cfr. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 95 ss.), tale accordo deve avere forma scritta *ad substantiam* in ogni caso; secondo altri (cfr. QUADRI E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino 1984, 568), la forma scritta è richiesta, in combinato disposto con l'art. 1284, ult. co. c.c., solo quando il rateo degli interessi anatocistici sia superiore a quello legale.

La descritta disciplina, peraltro, opera salvo vi siano “usi contrari” ed è proprio tale locuzione ad aver dato origine ai problemi interpretativo-applicativi dell’art. 1283 c.c.

Come sottolineato in dottrina: «è proprio a questo particolare *incipit* che si dovrà il successivo intervento dell'Associazione bancaria italiana (ABI) e tutte le sue nefaste conseguenze. Va infatti detto che il legislatore del 1942 era ben conscio della circostanza che all'epoca esistevano vari settori nel commercio in cui si praticava la capitalizzazione degli interessi sicché, con la specificazione in parola, suo intendimento era quello di salvare tali pratiche, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice».⁸⁴

A partire dal 1° gennaio 1952, invero, l’ABI introdusse all’art. 7 delle proprie norme bancarie uniformi (c.d. n.b.u.), la clausola che prevedeva la capitalizzazione degli interessi secondo il cosiddetto «doppio binario»: ossia, per i conti correnti non a debito, *in bonis*, la capitalizzazione degli interessi in favore del cliente avveniva annualmente. Al contrario, per i conti “in rosso”, la capitalizzazione di interessi si computava ogni tre mesi. Pertanto, a fronte di conti corrente anche solo saltuariamente a debito, il cliente vedeva aumentare il rateo di interessi dovuti per effetto della capitalizzazione. Tale modalità operativa risultava essere certamente sbilanciata a favore delle banche, le quali giustificavano tale *modus operandi* in quanto ritenuto frutto di un “uso normativo”.

Come noto, si può parlare di “usi normativi”, ossia di fonti del diritto di cui agli artt. 1 e 8 delle preleggi al codice civile, idonei a derogare alla legge primaria ove dalla stessa richiamati, quando vi sia l’elemento materiale della ripetizione costante e immutata nel tempo di un dato comportamento, aspetto che avvicina gli usi normativi alla

⁸⁴ G. M. CELARDI, *op. cit.*, 2337.

consuetudine. Tuttavia, essi divergono da quest'ultima in quanto ai fini della configurazione di tali usi è richiesta anche la sussistenza dell'elemento psicologico, ossia la cosiddetta *opinio iuris ac necessitatis*, ovvero la convinzione da parte dei consociati di porre in essere un comportamento doveroso, che abbia valenza di legge, ancorché non espressamente imposto dall'ordinamento giuridico⁸⁵. Ove sussistano tali requisiti, l'uso normativo è idoneo a derogare anche la legge primaria, integrando un "uso contrario" come indicato dall'art. 1283 c.c.

Per diverso tempo la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto la correttezza di tale interpretazione⁸⁶, seppur non mancavano pronunce di merito di segno opposto⁸⁷, fino ad arrivare all'allora rivoluzionaria pronuncia della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999 n. 2374⁸⁸.

3. La svolta della Cassazione nel 1999.

La pronuncia della Cassazione del 1999, ha determinato una svolta fondamentale in tema di anatocismo bancario, in quanto per la prima volta la Suprema Corte ha sancito in modo chiaro ed espresso che la clausola di cui all'art. 7 delle Norme bancarie uniformi (n.b.u.) non poteva configurare un uso normativo.

In primis, la Cassazione ha evidenziato che tale clausola è stata redatta e ha prodotto i propri effetti a partire dal 1° gennaio 1952 e,

⁸⁵ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 35 e ss.

⁸⁶ Cfr. Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Giust. civ.* 1982, I, 380, con nota di A. AMATO, *Anatocismo e prassi bancaria*; in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 89, con nota di MARINI. Nello stesso senso, successivamente: Cass. 30 maggio 1989 n. 2644; Cass. 20 giugno 1992 n. 757; Cass. 1° settembre 1995, n. 9227; Cass. 17 aprile 1997, n. 3296; Cass. 18 dicembre 1998, n. 12675.

⁸⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Vercelli, 21 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 408, con nota di B. INZITARI; Pret. Roma, 11 novembre 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 183; Trib. Monza, 23 febbraio 1999, in *Banca borsa*, 1999, II, 390, con nota di A. A. DOLMETTA.

⁸⁸ Cass. Civ., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, *cit.*

pertanto, in epoca successiva all'entrata in vigore del Codice Civile, non essendo quindi idonea a derogare al disposto dell'art. 1283 c.c.

In secondo luogo, la Suprema Corte ha negato che l'anatocismo bancario potesse integrare un uso normativo ai sensi dell'art. 8 delle preleggi, in quanto, non poteva ritenersi configurata la c.d. "*opinio iuris ac necessitatis*". La Corte ha affermato che secondo quanto emerso dalla comune esperienza, era evidente che l'inserimento di tali clausole fosse acconsentito da parte dei clienti non in quanto ritenute conformi a norme di diritto oggettivo già esistenti, o che sarebbe stato auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, bensì in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari.⁸⁹

Come si evince da tale passaggio della suddetta sentenza, la Cassazione ha contraddetto in radice l'orientamento precedente, affermando che i clienti sottoscrivevano la clausola, già ricompresa nella modulistica, in quanto versavano in una condizione di "soggezione" nei confronti della banca, senza avere alcuna capacità negoziale in deroga. Non accettare la clausola in oggetto, avrebbe impedito la possibilità stessa di aprire un conto corrente⁹⁰, in quanto il cliente non si trovava nelle condizioni di poter instaurare una trattativa con la banca⁹¹.

⁸⁹ Così Cass. Civ., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, *cit.*

⁹⁰ Sul diverso concetto di conto corrente ordinario v. R. CARLEO, *Il conto corrente ordinario e la cessione dei beni ai creditori*, in AA.VV., *Trattato dei singoli contratti*, IV, Opere e servizi, a cura di V. Roppo, Milano, 2014, 689-722.

⁹¹ Inoltre, ha evidenziato la Corte nella sentenza n. 2374 del 1999, dagli accertamenti svolti sulle raccolte di usi locali da parte di alcune camere di commercio provinciali, compiuti ai sensi del combinato disposto degli art. 34 ss. r.d. 20 settembre 1934 n. 2011 e dell'art. 2 d. lgs. lt. 21 settembre 1944 n. 315, deve rilevarsi che l'individuazione dell'esistenza della pratica anatocistica, è avvenuta con riferimento a periodi sempre successivi al 1952, con la conseguenza che è da escludere, anche a

Tutto quanto predetto, ha indotto la Corte di legittimità ad affermare che la clausola che imponeva l'anatocismo nei contratti bancari, non corrispondeva «ad uso normativo», bensì poteva essere qualificata come mero «uso negoziale», ai sensi dell'art. 1340 c.c.⁹²

Sulla base di tali argomentazioni, i giudici di legittimità hanno concluso per la nullità della clausola anatocistica in quanto integrante un mero uso negoziale, inidoneo a derogare la disposizione di cui all'art. 1283 c.c., il quale espressamente richiede che la convenzione tra le parti sia posteriore di almeno sei mesi alla scadenza degli interessi.

A distanza di poche settimane sono intervenute altre due pronunce di contenuto analogo⁹³, respingendo le eccezioni difensive avanzate dalle banche⁹⁴.

Come evidenziato in dottrina⁹⁵, tale nuova corrente di pensiero sorta in sede di legittimità, rispecchiava il mutamento della realtà socio-economica, sempre più sensibile alle istanze rivolte alla tutela del “contraente debole”, come mostrato, tra l'altro, anche dall'introduzione degli art. 1469-*bis* e seguenti del codice civile ad opera del d.lgs. 6

livello di «uso piazza», che si conoscesse prima del 1° gennaio 1952 un uso normativo di tale tipo.

⁹² Per rafforzare tale conclusione, la Suprema Corte ha ricordato che «nella raccolta di usi bancari curata dalla camera di commercio di Firenze, edizione 1960, l'uso relativo alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente è espressamente definito come uso negoziale». Cfr. sul punto Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374 *cit.*

⁹³ Cass., Civ., sez. III., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 6, 650, con nota di M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della cassazione in materia di anatocismo*, *cit.*, e in *Foro it.* 1999, I, 1153; cfr. anche Cass., Civ. I sez., 11 novembre 1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, 451, con nota di A. PALMIERI, e in *Giust. civ.* 2000, I, 2045, con nota DI PIETROPAOLO.

⁹⁴ In relazione al nuovo orientamento della cassazione, le banche avevano affermato che l'art. 1283 c.c. si dovesse applicare solo alle operazioni di conto corrente ordinario e non ai contratti di conto corrente bancario. Ancora, si sostenne che per quanto l'art. 7 n.b.u. non integrasse un uso normativo, la prassi reiterata nel tempo tra banca e cliente doveva far ritenere caduto in desuetudine l'art. 1283 c.c. Cfr. sul punto G. M. CELARDI, *op. cit.*, nota n. 14.

⁹⁵ G. M. CELARDI, *op. cit.*, 2239.

febbraio 1996, n. 52, poste ad espressa tutela del consumatore rispetto alla figura del professionista.

Inutile dire che tale nuovo orientamento aveva destato grande preoccupazione nel settore bancario, nonché a livello governativo, in quanto la Cassazione, con le ultime sentenze ricordate, aveva legittimato i clienti ad agire in giudizio per ottenere la restituzione di quanto pagato a titolo di interessi anatocistici, con il rischio di dare l'avvio un pericoloso contenzioso che avrebbe causato forti ripercussioni anche in dal punto di vista economico.

Per tali ragioni il Governo, in forza della legge delega conferita l'anno precedente per l'integrazione e la correzione del Testo Unico Bancario, ha emanato il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342. Tale disposizione normativa era animata da un duplice scopo. Da un lato quello di demandare al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (c.d. CICR) il compito di definire una disciplina *ad hoc* in tema di anatocismo bancario, che operasse per l'avvenire, stabilendo modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi già scaduti. Dall'altro, l'art 25, co. 3 del predetto d.lgs. 342/1999, avrebbe modificato l'art 120 del Testo Unico Bancario⁹⁶, disponendo una disciplina transitoria che avrebbe "salvato" le sorti dei contratti stipulati fino a quel momento, evitando l'instaurarsi di molteplici contenziosi tesi a far accertare la nullità delle clausole anatocistiche stipulate e la conseguente azione di restituzione.

Fra gli obblighi da rispettare stabiliti dal CICR nella formulazione della suddetta disciplina, vi era quello di istituire una reciprocità tra banca-cliente nel pagamento degli interessi anatocistici. Ossia, il criterio di calcolo applicato per calcolare tali interessi e la

⁹⁶ *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, *cit.*

periodicità di addebito degli stessi, dovevano essere identici sia per i saldi periodici debitori sia per quelli creditori⁹⁷, non essendo più tollerabile uno sbilanciamento in forza del quale la banca percepiva interessi ogni tre mesi sui conti “in rosso”, mentre per quelli *in bonis* era tenuta a pagarli con cadenza solo annuale.⁹⁸

Tuttavia, le disposizioni normative così come erano formulate, hanno lasciato spazio a censure di incostituzionalità, soprattutto in relazione alla modifica dell’art. 120 del t.u.b. e alla portata retroattiva del medesimo. Infatti, con sentenza n. 425 del 17 ottobre 2000⁹⁹, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 25, co. 3¹⁰⁰ del d. lgs. 342/99 per contrasto con gli artt. 3, 76 e 77 della Costituzione.

A fronte di tale dichiarazione di incostituzionalità, rimaneva irrisolto il quesito su quali dovessero essere le sorti dei contratti stipulati prima del 1999.¹⁰¹

Le risposte dei diversi tribunali sono state alquanto contraddittorie: secondo alcune Corti la soluzione doveva essere la nullità in toto dell’intero contratto *ex art.* 1419, co. 1 c.c.; secondo altri si doveva ricondurre al co. 2 del medesimo articolo, ossia la nullità parziale del contratto, secondo il principio “*vitiatur sed non vitiat*”.

⁹⁷ Il CICR emanò una circolare in data 2 febbraio 2000, destinata ad entrare in vigore due mesi dopo, con cui si eliminava il precedente sistema del doppio binario, ossia il diverso computo di interessi anatocistici tra banca e cliente.

⁹⁸ Sul punto S.V. G. MILIZIA, *op. cit.*, 545 e ss.

⁹⁹ Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425 in www.giurcost.org.

¹⁰⁰ Tale disposizione costituiva il comma 3 dell’art. 120 t.u.b. disponeva come segue: «*Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera*» del CICR, «*di cui al comma 2, sono validi 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*»

¹⁰¹ Cfr. P. SCHLESINGER, *Ma l’intervento del legislatore non arginerà le controversie*, in *Il Sole-24Ore*, 6 ottobre 1999; E. SACCHETTINI, *La disciplina transitoria sull’anatocismo lascia la strada aperta al contenzioso*, in *Guida al diritto*, 1999, n. 41, 51.

Le banche, dal canto loro, hanno tentato di ricorrere allo strumento della conversione dei contratti *ex art. 1424 c.c.*, in modo da ricalcolare gli interessi trimestrali percepiti dai clienti su base annuale, come avveniva per i clienti *in bonis*, con la speranza di essere chiamati a restituire ai correntisti solo la differenza ed evitando di essere chiamate ad una reintegrazione complessiva degli interessi percepiti nel tempo.

Ulteriore problematica, riguardava il decorrere dell'azione di ripetizione dei pagamenti indebitamente effettuati. Ciò in quanto se da un lato l'azione per far accertare la nullità è imprescrittibile, lo stesso non può dirsi per l'azione di ripetizione soggetta alla ordinaria prescrizione decennale.

Problema fondamentale è stato anche quello di definire il momento dal quale far decorre tale prescrizione, ovvero, dal singolo pagamento degli interessi o dalla chiusura del conto.

Innanzitutto, l'individuazione del termine di prescrizione in uno dei due momenti indicati, risultava avere risvolti pratici di fondamentale importanza.

Proprio per la delicatezza della tematica, in giurisprudenza si sono riscontrate pronunce differenti e tra loro contrastanti. Nemmeno la pronuncia delle Sezioni Unite avvenuta nel 2004¹⁰² è risultata essere risolutiva in tale senso.

La Suprema Corte, difatti, con tale arresto ha ribadito la natura di mero uso negoziale delle clausole anatocistiche applicate negli anni dalle banche, affermando che le clausole di capitalizzazione trimestrale

¹⁰² Cfr. Cass. Sez. Un. civ., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Corr. giur.*, 2005, 3. Per la giurisprudenza precedente contraria v., tra le altre, Trib. Napoli, 5 novembre 2001, in *Banca borsa tit.cred.*, II, 2002, 580 ss., secondo cui «è legittima la capitalizzazione degli interessi passivi maturati nei rapporti bancari, in virtù di un uso normativo vigente in materia e riconosciuto dall'art. 1283»; Trib. Firenze, 11 luglio 2001, in *Gius.*, 2002, 440 ss.; Trib. Catanzaro, 12 luglio 2001, in *Iusletter*, 2001, 9, 22, Trib. Roma, 24 gennaio 2001, in *Dir. banca merc. fin.*, 2001, 303 ss.

degli interessi configuravano violazione del dettato normativo di cui all'art. 1283 c.c., non rinvenendosi l'esistenza di usi normativi idonei a derogare al divieto imposto dalla suddetta norma. Quanto sancito dalla Corte doveva riferirsi anche ai periodi anteriori al mutamento giurisprudenziale avvenuto nel 1999, poiché la contraria interpretazione giurisprudenziale seguita fino ad allora, non era idonea a conferire normatività a una prassi negoziale che si era dimostrata essere *contra legem*.

Tuttavia, come verrà analizzato nel corso della trattazione, tale arresto delle Sezioni Unite, non ha risolto definitivamente il problema della prescrizione.

4. Il problema della prescrizione.

Prima della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione avvenuta nel dicembre del 2010, era possibile individuare due principali correnti di pensiero relativamente all'individuazione del momento dal quale potesse ritenersi legittimo iniziare a far decorrere la prescrizione per l'esercizio dell'azione di ripetizione.

Un primo filone giurisprudenziale¹⁰³, aveva ripetutamente sostenuto che il termine di prescrizione dovesse iniziare a decorrere dalla chiusura contabile del conto corrente, trattandosi di rapporto unitario, e i pagamenti effettuati nel tempo erano da considerarsi come meri atti esecutivi del medesimo rapporto giuridico. Pertanto, i versamenti, prelievi e accreditamenti non avrebbero dato origine a singoli rapporti, costitutivi o estintivi, bensì, avrebbero determinato solo variazioni quantitative, giuridicamente irrilevanti, dell'unico originario contratto tra banca e cliente e solo alla chiusura effettiva del

¹⁰³ Tra le prime pronunce in tale senso si ricorda sempre Cass. Civ., sez. I, 9 aprile 1984, n. 2262, in *Giust. civ. Mass.* 1984, 3-4. e Cass. Civ., Sez. Un. Civ., 14 maggio 2005, n. 10127 in *Riv. dir. comm.* 2005, II, 163, nota di COLOMBO.

conto corrente sarebbe stato possibile ricostruire l'effettivo "dare e avere" tra banca e correntista.

Diversamente, un secondo orientamento¹⁰⁴ riteneva che ogni singolo pagamento di interessi avesse una propria autonomia, e fosse di per sé idoneo a far decorrere la prescrizione dall'esecuzione di ogni singolo addebito e non dalla chiusura finale del conto¹⁰⁵. Ovviamente, tale seconda impostazione sortiva l'effetto di anticipare notevolmente il decorso della prescrizione per l'esercizio della *condicio indebiti*, avvantaggiando innegabilmente la posizione processuale delle banche.

In tale quadro giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza numero 24418¹⁰⁶ del 2010, le quali sono state chiamate a pronunciarsi su due questioni di diritto. Con il primo quesito,

¹⁰⁴ In dottrina S.V. N. SALANITRO, *Gli interessi bancari anatocistici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004., supplemento al n. 3, 4, 14 ss.; D. MAFFEIS, *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione*, *ivi*, 2005, II, 141 ss.; V. PANDOLFINI, *Anatocismo bancario: le questioni ancora aperte*, in *Contr.*, 2005, 714 ss. Cfr. altresì App. Brescia, 16 gennaio 2008, nel sito www.ilcaso.it; nello stesso senso Trib. Teramo, 18 gennaio 2010, nel sito *De Jure*.

¹⁰⁵ Cfr. N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, 131; G. FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 667; F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 127. Vi è chi parla di «collegamento legale»: M.R. MORELLI, *Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 139; N. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1988, I, 412.

¹⁰⁶ Cass. Sez. Un. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, in (tra le varie fonti) *Giust. civ. mass.* 2010, 12, 1553; *Banca borsa tit. cred.* 2011, II, 257; in *Giust. civ.* 2011, 9, I, 2066; in *Resp. civ. e prev.* 2011, 4, 804, nota di F. GRECO. La controversia era sorta tra la Banca popolare pugliese e un suo cliente che, per effetto di una serie di rapporti di conto corrente intrattenuti tra il 1995 e il 1998, aveva pagato per l'intera durata di tali rapporti, interessi capitalizzati ogni tre mesi. A seguito della chiusura dei conti, il cliente aveva così citato, nel 2001, la banca per ottenere declaratoria di nullità della clausola anatocistica e la ripetizione integrale delle somme pagate. Tali conclusioni erano state accolte in primo grado e sostanzialmente confermate in sede di gravame: la Corte di appello dichiarava infatti la nullità della clausola anatocistica perché contraria all'art. 1283 c.c., e confermava che le somme indebitamente pagate fossero ripetibili. Avverso tale pronuncia, ricorreva per Cassazione la banca articolando le seguenti questioni di diritto: a) se l'azione di ripetizione dell'indebito, proposta dal cliente, si prescriveva a partire dalla data di chiusura del conto ovvero da quando fosse stato effettuato ciascun singolo pagamento; b) se, dichiarata la nullità della clausola, per tale effetto si avesse la conversione della stessa, con conseguente capitalizzazione annuale degli interessi attivi, oppure, non vi fosse capitalizzazione alcuna.

si chiedeva alla Corte se l'azione di ripetizione dell'indebito, proposta dal cliente di una banca a fronte della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi maturati su un'apertura di credito in conto corrente, dovesse decorrere dalla data di chiusura del conto, oppure dall'annotazione in conto di ciascun addebito per interessi. Secondariamente, si chiedeva alla Corte se, una volta accertata la nullità della predetta clausola di capitalizzazione trimestrale, gli interessi dovessero essere computati con capitalizzazione annuale o senza capitalizzazione alcuna.

Le Sezioni Unite, dopo aver ribadito quanto già affermato dai precedenti arresti giurisprudenziali segnalati¹⁰⁷, ossia, l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare l'art. 1283 c.c., e la conseguente nullità della clausola in questione, sono giunte ad una decisione in tema di prescrizione che è stata definita "intermedia".¹⁰⁸

La Suprema Corte, infatti, dopo aver ribadito la natura unitaria del contratto di conto corrente bancario, tale da rappresentare un unico rapporto giuridico, hanno affermato altresì che «l'unitarietà del rapporto giuridico derivante dal contratto di conto corrente bancario non è, di per sé solo, elemento decisivo al fine d'individuare nella chiusura del conto il momento da cui debba decorrere il termine di prescrizione del diritto alla ripetizione d'indebito che, in caso di poste non legittimamente iscritte nel conto medesimo, eventualmente spetti al correntista nei confronti della banca. Ogni qual volta un rapporto di durata implichi prestazioni in denaro ripetute e scaglionate nel tempo (...) l'unitarietà del rapporto contrattuale ed il fatto che esso sia destinato a protrarsi

¹⁰⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. Civ., 4 novembre 2004, n. 21095, *cit.*

¹⁰⁸ Cfr. U. SALANITRO, *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 tit. cred.*, 2011, 3, 402, ove si legge «le sezioni Unite (...) nella sentenza in commento, hanno adottato una prospettiva che non appare corrispondente né all'orientamento maggioritario, né a quello minoritario»

ancora per il futuro non impedisce di qualificare indebito ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo; c.d. è sempre da quel momento che sorge dunque il diritto del *solvens* alla ripetizione e che la relativa prescrizione inizia a decorrere». ¹⁰⁹

La Corte, per le ragioni suesposte, ha quindi ammesso la possibilità che la prescrizione potesse decorrere da un momento diverso e antecedente alla chiusura contabile del conto, purché via fosse un effettivo “pagamento indebitamente eseguito e che tale pagamento esista e sia ben individuabile”. ¹¹⁰

Pertanto, le Sezioni Unite hanno richiesto la sussistenza di un atto giuridico definibile come “pagamento effettivo”, che il *solvens* ritenga essere indebito, in quanto prima di tale momento non sorge alcun diritto alla ripetizione ¹¹¹.

Tutto quanto predetto, introduce un'ulteriore questione fondamentale, ossia, “quando” si possa affermare che vi sia un

¹⁰⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

¹¹⁰ Così si legge in sentenza: «Occorre considerare che, con tutta ovvietà, perché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito, tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. Senza indulgere in inutili disquisizioni sulla nozione di pagamento nel linguaggio giuridico e sulla sua assimilazione o distinzione dalla più generale nozione di adempimento, appare indubbio che il pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutori a di chi assume di averlo indebitamente effettuato, debba essersi tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il *solvens*), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (*l'accipiens*); e lo si può dire indebito - e perciò ne consegue il diritto di ripeterlo, a norma dell'art. 2033 c.c. - quando difetti di una idonea causa giustificativa».

¹¹¹ Continua la Corte sul punto: «Né tale conclusione muta nel caso in cui il pagamento debba dirsi indebito in conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione al quale è stato effettuato, altra essendo la domanda volta a far dichiarare la nullità di un atto, che non si prescrive affatto, altra quella volta ad ottenere la condanna alla restituzione di una prestazione eseguita: sicché questa corte ha già in passato chiarito che, con riferimento a quest'ultima domanda, il termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella de pagamento stesso (Cass. 13 aprile 2005, n. 7651)».

“pagamento effettivo” idoneo a far decorrere la prescrizione (v. infra cap. successivo).

5. Trasferimento contabile dei saldi debitori e creditori da un numero di conto ad un altro.

Altro aspetto che certamente merita di essere affrontato con riferimento al decorso della prescrizione, è il problema della “continuità dei conti correnti”, o forse, più correttamente, delle linee di credito “appoggiate” sui conti correnti.

E’ frequente, infatti, che nei rapporti fra banca e clienti i saldi creditori o debitori imputati ad un dato numero di conto corrente vengano poi trasferiti contabilmente su altro numero di conto.

E’ importante precisare che ciò avviene spesso per esigenze organizzativo-contabili della banca a fronte di necessità date, ad esempio, dal trasferimento di rapporti da una filiale ad un’altra della banca; accorpamento di filiali; operazioni di aggregazione societaria fra banche, come l’ipotesi di fusioni per incorporazione; modificazioni nel sistema informativo; innovazioni tecnologiche nell’operatività bancaria.

E’ evidente che tali fenomeni di pura contabilizzazione che determinano solo il mero trasferimento del saldo debitore o creditore da un numero di conto all’altro senza costituire cessazione del rapporto ai sensi della pronuncia delle Sezioni Unite n. 24418 del 2010, non devono essere confuse con l’estinzione effettiva.¹¹²

Non potrà quindi ritenersi in alcun modo sussistente un’estinzione ed un’eventuale prescrizione dei diritti della società/cliente, anche relativamente ai rapporti per i quali il “trasferimento” del saldo è avvenuto oltre il decennio.

¹¹² Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, cit.

Sulla base dei principi stabiliti dalla Suprema Corte con la pronuncia n. 24418 del 2010¹¹³, integra estinzione effettiva del rapporto in essere solo quando si sia verificato un “effettivo spostamento patrimoniale in favore della banca”, certamente non realizzatosi nelle ipotesi esaminate.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare che in casi come quelli solo brevemente ricordati, a titolo meramente esemplificativo, non sussiste estinzione perché non si rileva alcuno spostamento patrimoniale reale in favore di uno dei contraenti. Il dato contabile contrasta con il concetto di estinzione effettiva e non sussiste soluzione di continuità, ovvero non si rileva un’interruzione effettiva del rapporto, poiché il numero di conto non è un da intendersi quale elemento essenziale del rapporto.¹¹⁴

Il fatto che sia stato modificato unilateralmente il numero di conto per esigenze tecniche della banca non può equivalere ad una estinzione del conto stesso, che peraltro sarebbe avvenuto in modo unilaterale ad opera di una sola delle due parti. A maggior ragione non si potrebbe ritenere integrato un consenso implicito del cliente a detta estinzione, il quale in queste situazioni si limita a subire la formale modifica contabile, senza poter in alcun modo intervenire per opporsi.

Per tali ragioni, e per espressa dichiarazione della banca¹¹⁵, non sussiste quindi novazione permanendo la continuità del rapporto originario. Difatti, a ben vedere, osservando l’operatività effettiva, si

¹¹³ Cfr. Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

¹¹⁴ S.V. ad esempio il caso dell’assegno tratto sul proprio conto utilizzando il *carnet* d’assegni di un altro soggetto: è pacifico che debba essere pagato, in quanto il numero di conto corrente non è elemento essenziale del rapporto.

¹¹⁵ Si noti che sugli estratti conto di poco precedenti o successivi al cambiamento del numero di conto la banca spesso appone frasi del tipo: «verrà cambiato il numero di conto per esigenze tecniche (ad. es. connesse a fusioni o incorporazioni o accorpamento di filiali o cambio di filiale o ad aggregazioni dei sistemi informativi od a qualsiasi altra esigenza tecnica/organizzativa/operativa) con esclusione di qualsiasi effetto novativo».

può constatare che il rapporto prosegue com'era prima. A titolo esemplificativo, si ricorda che i fidi già concessi in conto corrente continuano con il “nuovo” numero di conto; i pagamenti delle utenze continuano come prima; il calcolo degli interessi maturati prima della modifica viene riportato integralmente sul “nuovo” numero di conto; la convenzione di assegni continua allo stesso modo e il cliente può emettere assegni sul “nuovo” numero di conto senza necessità di altre pattuizioni ed utilizzando il precedente *carnet* di assegni. Nello specifico, il fatto che in taluni casi venga eventualmente fatto firmare un nuovo contratto costituisce una mera esigenza organizzativa e di aggiornamento. Le eventuali fideiussioni prestate, ad esempio, rimangono valide senza effetti novativi e tale aspetto spesso viene riportato anche sulla modulistica contrattuale della banca.

Si ricorda, infatti, che la novazione contrattuale implica una modifica degli elementi costitutivi del rapporto obbligatorio, quali la variazione dei soggetti, la modifica dell'oggetto o del titolo o dell'*animus novandi*.¹¹⁶

E' stato in proposito precisato in giurisprudenza¹¹⁷ che la novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ai sensi dell'art. 1230 c.c., e deve essere connotata non solo dall'*aliquid novi*, ma anche dall'*animus novandi*, inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo, e dalla *causa novandi*, intesa come interesse comune delle parti all'effetto novativo. Elementi assolutamente insussistenti nelle ipotesi ricordate.

¹¹⁶ In tema di novazione S.V. ad es. G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

¹¹⁷ Cass. Civ., 9 marzo 2010, n. 5665, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, III, 340 e Cass. Civ., sez. lav., 11 ottobre 2012, n. 17328, in www.iusexplorer.it.

Quanto fin qui affermato ha trovato conferma in una recente sentenza di merito¹¹⁸, che ha autorevolmente confermato la predetta tesi della continuità dei conti. Ha affermato il Tribunale che «va innanzitutto premesso che il termine di prescrizione del diritto a conseguire la ripetizione delle somme versate per anatocismo, è quello decennale ordinario *ex art. 2946 c.c.*, non applicandosi né l'*art. 2947 c.c.*, che si riferisce al solo risarcimento del danno, mentre qui si tratta di obbligazione nascente dalla legge e non *ex delicto*, né l'*art. 2948 n. 4*, che riguarda la domanda di conseguire gli interessi maturati, non già la loro restituzione per indebito pagamento (Cass. Sez. Un. n. 24418/2010); e tale termine decorre dalla chiusura del conto ed allorquando si stabiliscono definitivamente i rapporti di credito e debito tra le parti (...) si osserva che il conto numero (...) è stato estinto solo formalmente e non sostanzialmente, atteso che il correntista non ha mai ritirato le somme di denaro, in quanto contestualmente ed immediatamente girate su un diverso conto corrente della stessa banca e della stessa filiale e proseguendo con le linee di credito già concesse, ciò che comporta non già una vera e propria estinzione del conto, ma piuttosto un mero mutamento del numero identificativo di un medesimo rapporto contrattuale che prosegue».

La tesi sopra riportata, oltre ad aver trovato puntuali conferme in sede giurisprudenziale¹¹⁹, parrebbe essere quindi assolutamente condivisibile e potrebbe contribuire a fornire una corretta impostazione delle consulenze tecniche che in questo periodo storico spesso risultano imprescindibili nello svolgimento dei contenziosi fra banca e cliente.

¹¹⁸ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. II, Dott. G. Morlini, 23 aprile 2014, n. 650, in *www.dirittobancario.it*.

¹¹⁹ Ord. Trib. di Torino, 25 giugno 2014, Dott. E. Astuni, in *www.dirittobancario.it*.

Chiarito l'aspetto della continuità dei "rapporti bancari", le problematiche più strettamente connesse al tema della prescrizione verranno riprese nei prossimi capitoli.

6. Le sorti del tasso di interesse contrattualmente pattuito in caso di dichiarazione di nullità della clausola anatocistica.

Appare a questo punto utile trattare un aspetto strettamente connesso al tema della nullità della capitalizzazione trimestrale degli interessi.

La Suprema Corte, con l'arresto del 2010, ha chiarito, si spera definitivamente, che a fronte della dichiarazione di nullità della pattuizione anatocistica non possa derivare alcuna capitalizzazione in favore della banca. Tuttavia, problematica strettamente connessa dovrebbe essere quella relativa alle sorti del tasso di interesse pattuito. Ovvero, una volta che venga dichiarata la nullità della clausola che sanciva la capitalizzazione trimestrale, il quesito da porsi è se rimanga o meno valida la pattuizione relativa al tasso di interesse convenzionale.

La questione, di notevole rilevanza applicativa, non consta essere ancora stata trattata in modo esaustivo dalla giurisprudenza, ma i vari contenziosi tra correntisti e banche hanno dimostrato che frequentemente quest'ultime tendono a sostenere la validità della pattuizione "ultralegale" anche successivamente alla dichiarazione di nullità della clausola anatocistica, considerando la pattuizione anatocistica e la determinazione del tasso, elementi distinti.

Di non poco conto, pertanto, risulta essere il definire se tale tesi abbia effettivo pregio giuridico o se, al contrario, debba ritenersi infondata in quanto la dichiarazione di nullità della clausola anatocistica determini anche la nullità della pattuizione del tasso di interesse.

Le argomentazioni a sostegno della perdurante validità del tasso di interesse, si potrebbero ipotizzare nel ritenere, come anticipato, che

la clausola di capitalizzazione anatocistica e la definizione del tasso di interesse da applicare, siano oggetto di due pattuizioni tra loro distinte, e che la dichiarazione di nullità dell'una non sia collegata all'altra. Sennonché tale impostazione lascia oggettivamente perplessi, in quanto “capitalizzazione” e “tasso di interesse” sono di norma oggetto della medesima pattuizione contrattuale. Si potrebbe forse affermare che è proprio la pattuizione relativa alla capitalizzazione che determina la quantificazione del tasso di interesse.

Ancora, si potrebbe richiamare l'art. 1419, 1° co., e il meccanismo civilistico della nullità parziale, ai sensi del quale la nullità di singole clausole comporta la nullità dell'intero contratto ove risulti che i contraenti non lo avrebbero sottoscritto senza quella parte del contenuto contrattuale che è colpita da nullità. Applicando tale principio al caso di specie, si dovrebbe ritenere che la pattuizione del tasso di interesse non venga travolta dalla pronuncia di nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale, poiché quest'ultima non sarebbe essenziale ai fini della determinazione del tasso di interesse. In parole più semplici: il tasso di interesse sarebbe stato lo stesso anche se in origine non fosse stata pattuita la capitalizzazione anatocistica.

A parere di chi scrive, tuttavia, anche tale impostazione risulta opinabile sotto molteplici punti di vista. In effetti appare difficilmente condivisibile la tesi secondo cui il tasso di interesse pattuito non sia elemento strettamente connesso alla previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Sembra improbabile, infatti, che al momento della definizione dell'ammontare del tasso di interesse non si tenga in debito conto la periodicità con cui tale tasso verrà applicato e contabilizzato. A maggior ragione, la previsione di un tasso ultralegale, la cui definizione è rimessa all'autonomia delle parti, non può non essere fortemente condizionato dalla cadenza con cui lo stesso verrà applicato.

Certamente, prevedere la capitalizzazione trimestrale degli interessi applicando un tasso più elevato di quello legale, determina un indiscusso vantaggio per la parte beneficiaria del pagamento.

Venuta meno la clausola poiché invalida, dovrebbe venir meno anche la *ratio* posta a fondamento della previsione del tasso di interesse. A fronte di tutto quanto esposto, parrebbe di poter affermare che la clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale sia essenziale rispetto alla previsione del tasso di interesse, al punto che quest'ultimo debba necessariamente seguirne le sorti, ossia la pronuncia di invalidità. Le due clausole sembrano essere strettamente connesse l'una all'altra, attraverso il meccanismo del collegamento negoziale, ossia quel collegamento "funzionale-teleologico", a fronte del quale una data previsione contrattuale risulta essere la causa giustificativa dell'altra, ossia la ragione posta a fondamento della stessa, al punto che le vicende giuridiche dell'una influiscono inevitabilmente sulle sorti dell'altra¹²⁰. Tale meccanismo, così come può sussistere tra contratti formalmente distinti ma in sostanza connessi da una specifica causa concreta che li accomuna, a maggior ragione può esistere tra clausole oggetto della medesima fattispecie contrattuale, come di regola avviene per la previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi in conto corrente e la determinazione del relativo tasso.

Come affermato più volte in giurisprudenza¹²¹, attraverso il collegamento negoziale i contraenti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti o una pluralità coordinata di clausole. Risultato economico unitario che,

¹²⁰ V. ROPPO, *Il contratto – Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, 387 e ss.

¹²¹ S.V., ad es., Cass. Civ., sez. III, 17 maggio 2010, n. 11974, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 5, 761.

verosimilmente, è stato lo scopo principale che ha animato i contraenti nel momento in cui è stato definito il tasso di interesse convenzionale da applicare in caso di capitalizzazione trimestrale degli interessi

A fronte di quanto appena suesposto, sembrerebbe più logico interpretare la questione attraverso una diversa chiave di lettura, ossia “non si sarebbe applicato lo stesso tasso di interesse senza la previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi”. Pertanto, l’invalidità della clausola relativa alla capitalizzazione, non può non determinare anche l’invalidità della pattuizione di interessi.

Allo stesso tempo non pare si possa fare ricorso al meccanismo di cui agli artt. 1339 c.c. e 1419, 2° co. c.c. in quanto, da un lato, in caso di nullità di clausole anatocistiche non sono previsti espressamente dal legislatore meccanismi sostitutivi come invece avviene, a titolo esemplificativo, per le casistiche di cui all’art. 117 t.u.b. Dall’altro, l’invalidità *ab origine* della clausola anatocistica ha lo scopo specifico di sanzionare un comportamento che costituisce espressa violazione di norme imperative di cui agli artt. 1283-1284 c.c., con conseguenti obblighi restitutori in favore del correntista *ex art.* 2033 c.c. Non sembra, pertanto, possibile ipotizzare un fenomeno di sostituzione automatica di clausole in quanto l’art. 1419, co. 2 c.c., prevede che la sostituzione avvenga in forza di norme imperative e non di pattuizioni convenzionali tra le parti. Oltretutto, a ben riflettere, per effetto della clausola anatocistica il correntista al momento della sottoscrizione della stessa non aveva possibilità di prefigurarsi l’esatto ammontare del costo effettivo del futuro debito. Così come non era posto nella condizione di poter contestare la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale, notoriamente applicata da tutto il sistema bancario quale presupposto indefettibile della concessione del credito.

Pertanto, se le considerazioni predette venissero condivise, come si potrebbe ritenere manifestata consapevolmente e liberamente

la volontà del correntista relativamente alla determinazione del tasso convenzionale? Così come non si potrebbe nemmeno ipotizzare un'applicazione analogica di disposizioni includenti fenomeni sostitutivi come per il suddetto art. 117 t.u.b., in quanto tale norma fa riferimento ad ipotesi di nullità specifiche e non alla nullità per violazione di norme imperative con obblighi restitutori in favore del correntista.¹²²

La nullità della clausola anatocistica dovrebbe quindi determinare la mancata pattuizione del tasso di interessi in misura ultralegale, proprio per l'impossibilità dell'inserimento automatico di clausole come sopra esplicitata. Inoltre, per le ragioni già indicate, la determinazione del tasso convenzionale non può che essere considerata elemento intrinseco e condizionato all'applicazione delle clausole anatocistiche, effettuata in strettissimo collegamento negoziale tra l'entità del tasso e le relative modalità del calcolo, per cui la nullità delle clausole anatocistiche non può che travolgere anche la pattuizione del tasso ultralegale.

¹²² L'art. 117 t.u.b., recita come segue: «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora (...) 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 5, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione. b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto (...)».

Pertanto, la contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. non può che avere, ragionevolmente, l'effetto di travolgere l'intera pattuizione relativamente agli interessi e non solo quella relativa alla periodicità della capitalizzazione, senza possibilità di ricorrere a meccanismi sostitutivi o equitativi in soccorso della predetta invalidità. Alla luce di tutto quanto esposto, l'unico tasso a cui si potrà ragionevolmente ricorrere ai fini della capitalizzazione semplice, dovrebbe essere quello legale.

7. La pronuncia delle Sezioni Unite e i primi problemi applicativi: rinvio.

Si è più volte ricordato il pregio rivestito dalla pronuncia delle Sezioni Unite, avendo disatteso, si spera definitivamente, quella corrente di pensiero che mirava a far decorrere la prescrizione dell'azione di ripetizione dall'annotazione in conto corrente¹²³. Inoltre, essa pare aver sancito, si spera definitivamente, il principio secondo il quale dalla dichiarazione di nullità della clausola anatocistica non possa derivare alcuna capitalizzazione in favore della banca, come più volte ricordato nel corso della trattazione.

Di primo acchito, la pronuncia delle Sezioni Unite, pareva essere una soluzione certamente favorevole per i correntisti.

Tuttavia, diversi Autori¹²⁴ hanno messo in luce alcuni punti rimasti "oscuri" o, per meglio dire, taluni aspetti di "criticità" della sentenza, affermando che «la pronuncia è assai meno favorevole di quanto sembri ai clienti delle banche e – in particolare – a quella

¹²³ Cnf. Corte Cass., sez. III., 15 gennaio 2013, n. 798, in *Giust. civ. mass.* 2013.

¹²⁴ Tra questi cfr. R. MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari – I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in *www.ilcaso.it*, II, 235/2011; A. STILO, *prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *I Contratti*, 6/11, 631.

categoria che, invece, sembrava a prima vista maggiormente beneficiata, e cioè i consumatori; la decisione delle Sezioni Unite, lungi dall'enunciare una soluzione definitiva di alcune questioni, rischia di costituire ulteriore fonte di contenzioso cospicuo»¹²⁵.

Nel prossimo capitolo verranno analizzate alcune problematiche sorte a fronte della pronuncia delle Sezioni Unite. Tra queste risulta essere centrale il problema dell'effettiva distinzione tra rimesse "solutorie" e rimesse "ripristinatorie" in conto corrente e dei criteri da utilizzare in concreto a tal fine.

Strettamente connesso risulta poi il problema dell'onere della prova, ossia su chi materialmente e processualmente gravi l'onere di dimostrare in giudizio la natura delle predette rimesse in conto corrente. Ancora, sarà opportuno dare contezza dei delicati rapporti intercorrenti tra anatocismo e usura, anche al fine della corretta formulazione dei quesiti ai Consulenti tecnici in sede di giudizio per il ricalcolo del corretto rapporto di dare-avere tra le parti.

8. Cenni all'incostituzionalità del c.d. "milleproroghe".

Infine, prima di procedere con la disamina dei principali problemi applicativi sorti in seguito alla pronuncia della Corte di legittimità del 2010, in questo primo capitolo in tema di anatocismo bancario sembra opportuno, per completezza espositiva, ricordare che a distanza di poche settimane dalla pronuncia delle Sezioni Unite il legislatore è intervenuto con il disposto dell'art. 2, comma 61°, della l. 26 febbraio 2011 n. 10 (legge di conversione del decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225), cosiddetto "milleproroghe".

¹²⁵ F. ROLFI, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo: non è tutto oro quello che luccica*, in *Corr. Giuridico*, 6/2011, 822.

Il predetto art. 2, co. 61° sanciva che in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 del codice civile dovesse essere interpretato nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione, iniziava a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa e, in ogni caso, non doveva farsi luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge.¹²⁶

Inevitabilmente, la norma aveva destato forti perplessità, in quanto risultava essere quasi “sprezzante” di quanto sancito pochi giorni prima in sede di legittimità¹²⁷, ossia l’attribuire rilevanza indistintamente alla mera annotazione ai fini del decorso della prescrizione, realizzando a livello legislativo proprio quanto le Sezioni Unite avevano espressamente escluso con la sentenza n. 24418 del 2010, al punto da indurre taluni interpreti a ribattezzare la norma suddetta come “*norma salva-banche*”¹²⁸.

Numerose sono state le critiche che hanno portato la questione davanti alla Corte Costituzionale, in merito alla presunta violazione degli artt. 3, 24, co. 1, 47, 102, 111, 117, co. 1 Cost; nonché, per

¹²⁶ Il testo definitivo dell’art. 2, co. 61 del d.lgs., prima della dichiarazione di incostituzionalità, era il seguente: «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 degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

¹²⁷ Come affermato testualmente dalla dottrina in merito: «curiosamente, tale soluzione non fa altro che riproporre, in sede legislativa, le argomentazioni difensive prospettate dalla banca nel ricorso culminato con la pronuncia del 2 dicembre: obiettivo è, ancora una volta, quello di “anticipare” il più possibile il momento dell'inizio della ripetibilità delle somme, impedendo in sostanza la restituzione delle somme che sono state versate più di dieci anni or sono dall'entrata in vigore della legge», così G. M. CELARDI, *op. cit.*, 2343.

¹²⁸ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *I Contratti*, 2011, 491, ed è espressione tratta dal dibattito Parlamentare.

violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani, cosiddetta CEDU¹²⁹.

Nonostante il precetto legislativo avesse destato numerose critiche in dottrina e in giurisprudenza, non sono mancate le argomentazioni avanzate da coloro che miravano ad individuare un'interpretazione della norma contestata in senso conforme alla Costituzione¹³⁰.

Tuttavia, la Consulta con la sentenza n. 78 del 5 aprile 2012¹³¹, ha disatteso tutti i ragionamenti prospettati in chiave "salvifica" del

¹²⁹ Questione di legittimità costituzionale sollevata, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, dal Trib. Benevento, ord. 10 marzo 2011, in www.ilcaso.it; doc. 3407 del 14 marzo 2011; nonché da Trib. Brindisi - Ostuni, 14 marzo 2011, *ibidem*, doc. n. 3595 del 4 aprile 2011.

¹³⁰ Tra i tentativi avanzati in dottrina per attribuire un significato conforme alla costituzione e ai parametri CEDU, è stato detto che l'art. 2 co. 61 del decreto mille proroghe, non avrebbe fatto espresso riferimento all'anatocismo bancario, pertanto, si è ipotizzato di poter riferire il decorso di prescrizione "dall'annotazione" per le sole azioni di rettifica o comunque per la correzione di errori di calcolo, o omissioni. Secondo tale prospettiva la norma avrebbe avuto natura "innovativa" e, in quanto tale, non sarebbe stata qualificabile come "interpretativa" ed esplicitare quindi i propri effetti per il passato, cfr. sul punto A. STILO, *op. cit.*, 6/2011, 636 e ss. (Senonché tale impostazione configgeva con la stessa lettera della disposizione che si definiva "interpretativa"). Ancora, in merito alla prima parte della disposizione, si è affermato che l'interpretazione del suddetto co. 61 era da ritenersi ammissibile, in quanto rientrante tra le possibili varianti di significato possibile del testo originario. Inoltre, non si sarebbe compromessa neanche la certezza del diritto, in quanto prima delle Sezioni Unite del 2010, la posizione della giurisprudenza era stata fortemente altalenante, al punto che la stessa decisione della Suprema Corte era da ritenersi "innovativa". Cfr. U. SALANITRO, *op. cit.*, 409.

¹³¹ Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78, in *I Contratti*, 6/2012, 445 e ss., con nota di G. D'AMICO; in *Guida al diritto*, maggio 2012, n. 20, p. 30 e ss., con nota di E. SACCHETTINI, *op. cit.*; S. MADDALENA, *Retroattività e affidamento: la irragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 451; U. SALANITRO, *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 443; V. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 459; G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2012, pag. 1072B; A. A. DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, 2012, pag. 43.

decreto “*salva banche*”, per violazione dell’art. 3 Cost, in quanto la norma è stata ritenuta confliggente con i principi generali di eguaglianza e ragionevolezza, nonché per contrarietà alla CEDU.

L’art. 2935 c.c., ha statuito la Corte, è norma di portata generale, la cui deroga legislativa può essere ammessa solo in presenza di un superiore interesse generale dei cittadini e nel rispetto dell’equo processo, come sancito dall’art. 6 della CEDU, quale parametro costituzionale interposto *ex art.* 117, 1° co. Cost¹³². Nel caso di specie, al contrario, la portata retroattiva della disposizione avrebbe sortito il riprovevole effetto di ridurre irragionevolmente l’arco temporale disponibile per l’esercizio dei diritti nascenti dal rapporto di conto corrente, pregiudicando ingiustamente sia i diritti sostanziali, sia la posizione processuale dei correntisti in relazione alle azioni dirette alla ripetizione di somme illegittimamente addebitate ai medesimi¹³³.

Per tali ragioni, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità del primo e del secondo¹³⁴ periodo del co. 61, dell’art. 2, per violazione dell’art. 3 del Cost. e del connesso principio di ragionevolezza; nonché per violazione dell’ art. 6 della CEDU, non sussistendo alcun interesse superiore e generale tale da giustificare una disposizione normativa siffatta.

¹³² Cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349. del 2007, *cit.*, nonché Corte Cost. 5 gennaio 2011, n. 1, *cit.*; nn. 196 e 187 e 138 del 2010; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo il Trattato di Lisbona: Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 80, in *Giur. cost.* 2011, 2, 1224.

¹³³ Cfr. E. SACCHETTINI, *op. cit.*, 44.

¹³⁴ La Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale anche della seconda parte della disposizione, in quanto ritenuta disposizione strettamente connessa al primo periodo e, pertanto, destinata a seguirne le sorti. Tuttavia, tra i primi commentatori della sentenza, seppur in piena adesione verso “l’eliminazione” del co. 61 del Milleproroghe, si è rilevato che sarebbe stato auspicabile una motivazione più dettagliata sul punto, in quanto la seconda parte della disposizione in oggetto non parrebbe così strettamente connessa alla prima, bensì egli l’ha ritenuta “autonoma” e “ancor più astrusa della precedente”. Cfr. sul punto E. SACCHETTINI, *op. cit.*, 44.

La Corte Costituzionale, ha proseguito affermando che la disposizione censurata, lungi dall'esprimere una soluzione interpretativa rientrante tra i possibili significati ascrivibili all'art. 2935 c.c., avesse portata innovativa e, come tale, non potesse legittimamente operare per il passato.

Inoltre, la Consulta ha espressamente negato la natura di "pagamento" della mera annotazione in conto corrente, al pari di quanto già enunciato dalle Sezioni Unite¹³⁵, ribadendo che il decorso della prescrizione non possa operare in un momento in cui il diritto ancora non può essere fatto valere, per i motivi già esposti in precedenza.

¹³⁵ Cass. Sez. Un. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

CAPITOLO III

LE SEZIONI UNITE N. 28418 DEL 2010: LA NATURA DELLE RIMESSE IN CONTO CORRENTE

SOMMARIO: 1. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 24418/2010 e i primi problemi applicativi. - 2. Le Sezioni Unite del 2010 e la distinzione tra rimesse “*solutorie*” e “*ripristinatorie*”: il concetto di “pagamento”. - 2.1. La distinzione tra rimesse “*solutorie*” e “*ripristinatorie*”: versamenti entro il fido ed *extra* fido e il c.d. “fido di fatto”. - 3. Conto corrente con affidamenti plurimi: il c.d. “fido di cassa”, il castelletto di sconto, il fido “s.b.f.” e operazioni “auto - liquidanti”. - 4. La corretta determinazione del saldo contabile. - 5. Il problema dei saldi attivi. - 6. I c.d. “conti accessori”.

1. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 24418/2010 e i primi problemi applicativi.

Come anticipato nel capitolo precedente, la pronuncia delle Sezioni Unite 24418/2010 ha rivestito un ruolo di fondamentale importanza nei contenziosi in tema di anatocismo bancario e ha certamente segnato un passaggio fondamentale nell’evoluzione dell’istituto medesimo.

Ad un primo esame, la Suprema Corte sembrava aver sancito un principio di diritto favorevole per i correntisti, senonché, diversi Autori¹³⁶ hanno messo in luce alcuni profili di “criticità” della sentenza,

¹³⁶ Tra questi cfr. R. MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari – I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in *www.ilcaso.it*, II, 235/2011; A. STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *I Contratti*, 6/2011, 631 ove l’Autrice sottolinea che: «sembra un po’ contraddittoria l’affermazione, da un lato, che l’annotazione in conto di interessi illegittimamente addebitati alla banca al correntista “in nessun modo si risolve in un pagamento”, in quanto “non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca”, e dall’altro che, in presenza di versamenti o di accrediti aventi natura solutoria del debito, l’azione di ripetizione può essere proposta pure in pendenza di conto “aperto”, collegato ad una apertura di credito; tale ultima annotazione sembra in effetti implicare che l’annotazione in conto possa avere la

affermando che la pronuncia fosse assai meno favorevole di quanto potesse sembrare ai clienti della banche.

La decisione delle Sezioni Unite, è stato detto, lungi dall'enunciare una soluzione definitiva di alcune questioni, rischiava di costituire un'ulteriore fonte di acceso contenzioso¹³⁷.

Le banche, infatti, se da un lato hanno visto preclusa la possibilità di sollevare l'eccezione di prescrizione come di regola formulata, ossia ipotizzandone il decorso dall'annotazione degli interessi, dall'altro «si sono viste aprire un varco (forse inatteso) alla possibilità di affermare che la prescrizione cominci a decorrere anche in costanza di rapporto, se pure “dall'annotazione delle rimesse” (e non dagli interessi)»¹³⁸.

Ciò proprio in virtù del fatto che la Suprema Corte non ha escluso in radice la possibilità che la prescrizione possa decorrere prima della chiusura contabile del conto, seppure ciò sia da ritenersi ammissibile solo in caso di conto “scoperto” o “non affidato”, mutuando tale distinzione dalla disciplina enunciata in tema di revocatoria fallimentare. Per quanto si trattasse di un “varco stretto”, era comunque plausibile che la banche potessero sperare in un ampliamento di tale spiraglio.

La sentenza ha però avuto l'innegabile pregio di aver sancito, si spera definitivamente, definitivamente le sorti di una convenzione che si ponga in contrasto con l'art. 1283 c.c., determinandone, con efficacia retroattiva, la nullità insanabile.

natura di mera operazione contabile anche di vero e proprio pagamento (facendo insorgere l'importo solutorio annotato il diritto alla ripetizione da parte del *solvens*)».

¹³⁷ F. ROLFI, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo: non è tutto oro quello che luccica*, in *Corr. Giuridico*, 6/2011, 822.

¹³⁸ G. D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, nota a Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *I Contratti*, 6/2012, 465.

Tuttavia, a fronte della suddetta decisione, è risultato di fondamentale importanza individuare le corrette modalità per distinguere concretamente tra “rimesse solutorie” e “ripristinatorie”, stante la rilevanza non solo teorica ma soprattutto applicativa di tale differenziazione, con particolare riferimento alla tempestività dell’azione di ripetizione dell’indebito. Allo stesso tempo la sentenza ha richiesto un’attenta analisi su cosa debba intendersi concretamente per “pagamento”.

2. Le Sezioni Unite del 2010 e la distinzione tra rimesse “solutorie” e “ripristinatorie”: il concetto di “pagamento”.

Per individuare quando si sia in presenza di un atto equiparabile ad un pagamento, la Suprema Corte ha affermato che è necessario distinguere i casi in cui vi sia o meno un’apertura di credito bancario. Inoltre è necessario avere riguardo «alla natura ed al funzionamento del contratto di apertura di credito bancario, che in conto corrente è regolata». Hanno affermato testualmente le Sezioni Unite: «come agevolmente si evince dal disposto degli artt. 1842 e 1843 c.c., l’apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l’intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelievi entro il limite complessivo del credito accordatogli. Se, pendente l’apertura di credito, e il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l’eventuale azione di ripetizione d’indebito non potrà che

essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione. Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Non è così, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere»¹³⁹.

In altre parole, può aversi “pagamento” nei seguenti casi: ove vi sia un conto affidato, ossia il correntista goda di un’apertura di credito in suo favore, ed egli abbia superato i limiti del fido concessogli, (cosiddetto sconfinamento del fido), in quanto i versamenti effettuati avranno lo scopo di adempiere all’obbligazione, immediatamente esigibile, di rientrare nel fido concesso, determinando uno spostamento patrimoniale effettivo in favore della banca. Parimenti, potrà aversi pagamento nel caso in cui il conto corrente non sia affidato ma sia “scoperto”, ossia “in rosso” e il cliente provveda ad effettuare dei versamenti per rimborsare l’esposizione verso la banca.

Diversamente, non potrà aversi pagamento nel caso in cui il conto affidato sia rimasto nei limiti dell’accreditamento, ossia, non vi

¹³⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

sia stato sconfinamento del fido, poiché in tal caso gli eventuali versamenti ad opera del correntista non integreranno ipotesi di pagamento illegittimo, bensì avranno la mera funzione di ampliare o ripristinare la misura dell'affidamento utilizzabile dal correntista. Allo stesso modo, ogni versamento effettuato su un conto non affidato e non scoperto (in pratica, con "saldo creditore"), non potrà considerarsi pagamento, in quanto non realizzerà alcuno spostamento patrimoniale che abbia la funzione o lo scopo di soddisfare le pretese della banca che aspiri a vedersi restituire le somme prestate in favore del cliente.

In tal caso, la prescrizione non potrà che decorrere dalla chiusura contabile (effettiva) del conto corrente, momento in cui si cristallizzeranno le posizioni creditorie-debitorie tra banca e cliente.

Lo stesso principio vale anche nel caso in cui il cliente non abbia effettuato alcun versamento, bensì si sia limitato ad attuare solo dei prelievi in quanto, a maggior ragione, non sussisterebbero rimesse in conto corrente di cui valutare la natura solutoria o meno.

Ulteriormente, la Suprema Corte, disattendendo le istanze del ricorrente, ha sancito l'irrelevanza della mera annotazione in conto al fine del decorso della prescrizione.

La Corte infatti ha espressamente stabilito che, ai fini del decorso della prescrizione per l'esercizio dell'azione di ripetizione, è necessario che vi sia un effettivo "pagamento" e che quest'ultimo sia "reale", ossia vi sia uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Diversamente, l'annotazione in conto corrente non integra altro che l'incremento del debito del correntista, o la riduzione del credito di cui lo stesso dispone, ma non può essere equiparato ad un pagamento, in quanto non corrisponde ad alcuna attività solutoria a vantaggio della banca creditrice. Infatti, dal momento dell'annotazione, il correntista sarà legittimato ad agire in giudizio per ottenere l'accertamento della nullità del titolo su cui l'addebito si basa e la conseguente rettifica

dell'illegittima annotazione, ma non potrà adire l'autorità giudiziaria per ottenere la ripetizione di un pagamento non ancora avvenuto¹⁴⁰.

2.1 La distinzione tra rimesse “solutorie” e “ripristinatorie”: versamenti entro il fido ed extra fido e il c.d. “fido di fatto”.

Giova in primo luogo ricordare che il distinguo operato dalla Suprema Corte fra i rapporti di conto corrente e apertura di credito¹⁴¹, circoscrive solo a quest'ultima il rinvio del termine di prescrizione del pagamento degli interessi all'estinzione del saldo di chiusura. Proprio per la delicatezza di tale distinzione e le conseguenze che ne discendono sul piano applicativo, è oltremodo necessario individuare un criterio il più possibile certo e chiaro per individuare la natura di una rimessa contabilizzata in conto corrente. Ciò in quanto, all'atto dell'appostazione in conto, viene esplicitato il negozio giuridico da cui origina la rimessa, ma non viene, di regola, fornita alcuna indicazione sull'impiego e destinazione della rimessa stessa.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. S.U. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

¹⁴¹ Pare opportuno richiamare brevemente la distinzione tra le suddette tipologie contrattuali, in quanto il conto corrente bancario o di corrispondenza si configura principalmente nella prestazione da parte della banca di un servizio di cassa e di gestione del denaro, riconducibile allo schema del mandato senza rappresentanza. L'apertura di credito si qualifica come il contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente una somma di denaro per un dato periodo di tempo, o a tempo indeterminato, che il cliente può utilizzare in tutto o in parte secondo le proprie necessità, ripristinando con versamenti il credito disponibile e riconoscendo alla banca gli interessi, commisurati al tasso e all'ammontare del credito effettivamente utilizzato nel periodo. L'apertura di credito costituisce un contratto distinto dal contratto di conto corrente di corrispondenza, ha una vita autonoma, con separati momenti di apertura e chiusura. Per l'apertura di credito non si impiega, di norma, un'autonoma registrazione contabile, bensì essa viene inserita nel conto corrente, determinando di fatto una disponibilità ulteriore che si unisce a quella creata dal correntista mantenendo tuttavia la distinzione. In sede di pignoramento o di sequestro da parte dei creditori del cliente, il debito della banca oggetto di procedura è quello risultante a credito del cliente, senza tener conto della disponibilità creata con l'apertura di credito. Cfr. sul punto Cass. Civ., sez. I, 11 marzo 1992, n. 2915, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 676.

In tema di distinzione tra rimesse “solutorie” e “ripristinatorie”, si segnala una dottrina che ha contestato la scelta operata dalla Suprema Corte di ritenere solo i versamenti “*extra fido*” caratterizzati da natura solutoria, ossia idonei a dare origine al legittimo decorso della prescrizione. Secondo l’Autore anche i versamenti “*intrafido*” possono avere natura solutoria, in quanto, a parere del medesimo, la misura dell’affidamento in favore del cliente potrebbe riespandersi solo a fronte dell’estinzione del debito precedente. Ossia il limite del fido, che sia stato utilizzato in tutto o in parte, può essere riutilizzato solo in ragione di un incremento negoziale del medesimo, o per l’effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca.¹⁴²

Tale impostazione, è stata oggetto di critiche da parte di altro Autore, il quale ha ribadito, al pari di quanto affermato dalle Sezioni Unite, che la “rimessa” su un conto passivo ma non scoperto, fungerebbe solo da ripristino della provvista, senza determinare alcuno spostamento patrimoniale equiparabile ad un pagamento, né, tanto meno, esso determinerebbe una modifica della posizione dei contraenti. La banca, difatti, resterebbe obbligata a tenere a disposizione del correntista una certa somma, e tale obbligo permarrrebbe anche dopo il versamento della rimessa in conto corrente. Del resto, se è pur vero che la banca ha visto rientrare somme di denaro nelle proprie casse, è altresì vero che la stessa ha visto riespandersi, esattamente nella stessa misura, il proprio impegno a mantenere a disposizione del cliente il medesimo ammontare. Pertanto, se si considera che la rimessa è servita solo ad aumentare la disponibilità della provvista a favore del cliente, sembra legittimo chiedersi in quali termini si possa parlare effettivamente di pagamento.¹⁴³

¹⁴² Così A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell’indebito*, in *I Contratti*, 2011, 498.

¹⁴³ Così, G. D’AMICO, *op. cit.*, 467.

Ancora, è stato affermato che il fatto di individuare nelle rimesse intrafido dei pagamenti, vorrebbe dire operare una *fictio*, cosa che potrebbe essere definita soltanto come una “forzatura” finalizzata a sostenere tale assunto.¹⁴⁴

Si pretenderebbe di individuare il “credito”, di cui il versamento costituirebbe adempimento, nel saldo negativo temporaneo, quale frutto delle somme utilizzate dal cliente sul fido concessogli. Si è di contro obiettato che lo stesso sarebbe comunque inesigibile fino alla chiusura finale del conto e, pertanto, tale ipotetico “pagamento” dovrebbe essere considerato “anticipato”.

Ulteriormente si è eccepito che, al di là della inesigibilità, il problema principale è che alla chiusura del conto, e del correlativo scioglimento del rapporto, quel “credito” di cui si sarebbe “anticipato il pagamento” potrebbe non esistere avendo, il cliente, ripianato il saldo contabile¹⁴⁵.

Pertanto, pare logico affermare che, ove vi sia un’apertura di credito in conto corrente, le parti abbiano inteso di non considerare il saldo che *medio tempore* possa essere, eventualmente, negativo in forza delle operazioni via via registrate in termini di debito - credito. Attribuendo al saldo “provvisorio” solo la funzione di determinare, nei diversi momenti, la quantità di moneta di cui il correntista può, eventualmente, disporre.

Tutto ciò predetto, sembrerebbe quindi di poter affermare, al pari di quanto già statuito dalle Sezioni Unite, che i versamenti operati su un conto “intrafido” non costituiscano tecnicamente dei pagamenti in favore della banca, non sussistendo alcun credito che tali versamenti siano in concreto finalizzati ad estinguere.

¹⁴⁴ Così, G. D’AMICO, *op. cit.*, 467.

¹⁴⁵ Così, G. D’AMICO, *op. cit.*, 467.

Sempre in tema di natura “solutoria” o meramente “rispristinatoria” delle rimesse, ci si è chiesti se ogni versamento *extra fido* costituisca in quanto tale “pagamento”, da cui possano scaturire gli effetti già enunciati, oppure, al contrario, occorra una verifica specifica in merito allo scopo sotteso al versamento stesso. In altri termini, ci si deve chiedere se sia necessario accertare che la rimessa abbia avuto, in concreto, lo scopo di effettuare uno spostamento patrimoniale in favore della banca e come lo stesso sia stato imputato, ossia se sia da imputare al capitale, ovvero agli interessi e alle spese.

Tale ultima considerazione, richiama la disciplina dell’art. 1194 c.c., ai sensi del quale il criterio legale di imputazione del pagamento, sarebbe quello di imputare prima agli interessi e poi al capitale. Tuttavia, l’applicazione di tale norma al dare - avere tra il cliente e la banca, darebbe vita ad un’imputazione mai effettuata in passato. Infatti i correntisti, in concreto, non realizzano alcuna imputazione dei pagamenti, in quanto le banche si limitano a registrare in conto gli accrediti e gli addebiti, procedendo ad una variazione numerica a credito e a debito a seconda dei casi. A fine trimestre si procederà poi alla capitalizzazione degli interessi, unitamente alle spese e alla Commissione di massimo scoperto (c.d. CMS), raggruppandoli in un’unica voce che rappresenterà la prima voce dell’estratto conto del trimestre successivo¹⁴⁶. Tale forma di imputazione del pagamento costituirebbe altresì violazione dell’art. 1283 c.c. e sarebbe anche in contrasto con la caratteristica di “non liquidità” ed “esigibilità” a priori dei crediti delle banche, le quali possono pretendere la dazione della somma corrispondente al saldo passivo solo previo recesso o comunque a seguito della chiusura del conto.¹⁴⁷

¹⁴⁶ A. STILO, *op. cit.*, 632 e nota n. 15.

¹⁴⁷ A. STILO, *op. cit.*, 632.

Altro “aspetto rimasto oscuro” in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, riguarda il problema dei c.d. “fidi di fatto”, ossia di quella prassi bancaria, particolarmente diffusa prima delle entrate in vigore della normativa in tema di trasparenza¹⁴⁸, con cui si tolleravano gli sconfinamenti ancorché non formalmente pattuiti. Tale modalità operativa era particolarmente favorevole, non solo per i clienti che potevano beneficiare di forme di affidamento senza possedere i requisiti necessari per poter accedere al credito¹⁴⁹; ma anche per le stesse banche, in quanto, non essendo formalizzati, tali affidamenti non incidevano sul limite delle riserve in rapporto agli utilizzi effettivi¹⁵⁰.

A fronte di quanto appena enunciato, ci si deve chiedere se i versamenti effettuati nelle more di un fido di fatto abbiano o meno natura di pagamento, oppure, se sia invece necessario verificare a monte se vi sia stata l’effettiva previsione di un esplicito obbligo della banca di effettuare operazioni di credito bancario passive, aspetto che potrebbe emergere dallo stesso contegno tenuto dalla banca nella gestione complessiva del conto¹⁵¹. Si pensi all’ipotesi di sconfinamenti frequenti e tollerati, tali da divenire quasi abituali, idonei ad evidenziare la volontà della banca di concedere un’apertura di credito a fronte del comportamento concludente tenuto della stessa.¹⁵²

¹⁴⁸ L. n. 154 del 17 febbraio 1992 e d. lgs. n. 385 del 1° settembre 1993 (t.u.b.) in *www.bancaditalia.it*.

¹⁴⁹ In tema di requisiti e modalità per l’accesso al credito, V. U. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1996, *passim*.

¹⁵⁰ A. STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *I Contratti*, 6/2011, 632.

¹⁵¹ Cass. 23 aprile 1996, n. 3842, in *Giust. civ.*, 1996, 626.

¹⁵² Cfr. M. PORZIO, *L’apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 516. Cfr. altresì G. RAGUSA MAGGIORE, *Rimesse in conto corrente scoperto e revocatoria fallimentare*, nota a Cass. 3 luglio 1987, n. 5819, in *Dir. fall.*, 1988, II, 263, a parere del quale la scopertura del conto, quando c’è, è un *extra* fido di fatto, che ripetendosi nel tempo conduce ad un nuovo parametro di fido, giacché gli accordi in materia non richiedono forma scritta.

Pertanto, ci si chiede se, in presenza di un conto corrente passivo, sia riscontrabile la stipulazione tacita di un'apertura di credito, con tutte le conseguenze che ne discendono in tema di decorrenza della prescrizione dell'indebitato.

In merito si è affermato, come già accennato, che la conclusione di un fido (di fatto) per *facta concludentia*¹⁵³ era ipotizzabile prima dell'entrata in vigore della già citata legge sulla trasparenza bancaria¹⁵⁴. Successivamente la Giurisprudenza maggioritaria in tema di revocatoria si era mostrata contraria a tale tipo di prova. Ad oggi, tuttavia, pare di poter riscontrare un'apertura verso il meccanismo di prova per *facta concludentia* in tema di fido di fatto anche da parte della Corte di legittimità¹⁵⁵. La recente dottrina propone una soluzione del problema sulla base delle regole di diritto processuale, ossia ove il cliente volesse proporre un'azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* e venisse sollevata nei suoi confronti un'eccezione di prescrizione da parte della banca, egli avrà l'onere di allegare e provare la conclusione tacita di un'apertura di credito in suo favore. Tale prova sarà

¹⁵³ L'A. richiama l'opera di G. TARZIA, *L'onere della prova nella revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, in *Il Fall.*, 1995, 63, il quale evidenzia che la disciplina sulla forma dei contratti bancari di cui all'art. 117 d.lgs. n. 385 del 1992, che ha sostituito l' art. 3, L. n. 154 del 1992, solo apparentemente escluderebbe l'ammissibilità di una conclusione tacita del contratto di apertura di credito, ammettendo, di contro, eccezioni alla regola della forma scritta *ad substantiam*. Inoltre, si aggiunge che in forza del provvedimento della Banca d'Italia del 24 maggio 1992, in www.bancaditalia.it, emesso a fronte del d.m. 24 aprile 1992, la forma scritta non sarebbe obbligatoria per le operazioni e servizi già previsti in contratti redatti per iscritto, come il conto corrente di corrispondenza, nel quale l'apertura di credito trova la sua cornice.

¹⁵⁴ L. n. 154 del 17 febbraio 1992, *cit.*

¹⁵⁵ Cfr. Cass. Civ., I sez., 17 febbraio 2011, n. 3903 in www.iusexplorer.it; e Trib. Rimini, 24 aprile 2012, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2012, 4, 894, con nota di P. S. GORETTI, *Si segnala anche Trib. di Torino, 11 marzo 2015, Dott. E. Astuni, in www.dirittobancario.it.* secondo cui l'apertura di credito, e il relativo obbligo della banca di mantenere una disponibilità di cassa, può essere dimostrato «anche per il tramite di prove indirette (quali e/c, riassunti scalari, report di Centrale dei rischi ecc.) che implicano, in modo univoco, riconoscimento da parte della banca dell'avvenuta concessione del fido».

«ovviamente più semplice in presenza di dati indiziari desumibili dai documenti della banca, ad es. dal libro dei fidi e dalla scheda “linea di credito”¹⁵⁶, al fine di verificare in giudizio, a mezzo di consulenza tecnica d’ufficio, la strumentalità (o meno) di eventuali versamenti alla reintegrazione della provvista di fatto concessa dalla banca»¹⁵⁷.

3. Conto corrente con affidamenti plurimi: il c.d. “fido di cassa”, il castelletto di sconto, il fido “s.b.f.” e operazioni “auto - liquidanti”.

Pare di poter affermare che, per i conti stabilmente entro il fido, le rimesse avranno sempre natura ripristinatoria, mentre per i conti non affidati a fronte di interessi addebitati, i successivi versamenti avranno sempre natura solutoria. Di contro, come si è poc’anzi descritto, il ricalcolo del saldo capitale e la relativa determinazione del legittimo saldo finale, risultano molto più complessi ove vi siano alternativamente saldi a debito entro il fido ed oltre il fido. Ugualmente complicato risulta il ricalcolo effettuato su conti corrente in cui vi sia una pluralità di affidamenti di natura diversa, come il c.d. “fido di cassa” cui spesso si affianca un “castelletto di sconto”¹⁵⁸ o un “fido per

¹⁵⁶ Sulla prova di apertura di credito in conto corrente cfr. Cass. 9 luglio 2005, n. 14470, in *Giur. comm.*, 2006, 1015.

¹⁵⁷ A. STILO, *op. cit.*, 632.

¹⁵⁸ Secondo l’orientamento maggioritario della Suprema Corte (tra queste si segnala: Cass. Civ., 11 settembre 1993, n. 9479, in *Giust. Civ.* 1994, I, 1311; nello stesso senso, Cass. Civ., 6 settembre 1997, n. 8662, in *Giur. it.* 1998, 1652; Cass. Civ., 20 maggio 1997, n. 4473, *Foro it.* 1997, I, 2089; Cass. Civ., 5 febbraio 1997, n. 1083, in *Giust. civ. mass.* 1997, 186) il c.d. “castelletto di sconto” realizza un negozio con il quale la banca si impegna, entro il limite e per il periodo di tempo convenuti, a scontare, a favore di un determinato soggetto, gli effetti e le ricevute bancarie che lo stesso presenterà ad essa. Tale negozio, determinando l’obbligo per la banca di accettare i documenti creditori che il soggetto le presenterà per lo sconto, ha come unica finalità quella di evitare la negoziazione volta per volta dello sconto di detti documenti. Pertanto tale negozio è meramente strumentale, e perciò neutro, rispetto alle singole operazioni di sconto che poi verranno concretamente effettuate. Il negozio, difatti, non costituisce apertura di credito perché non pone alcuna somma a disposizione del cliente e non costituisce sconto perché questo sorgerà se e quando il cliente presenterà i documenti da scontare. Il c.d. “castelletto di sconto”, pertanto, rende obbligatorio,

anticipazione fatture e/o effetti salvo buon fine”¹⁵⁹ (c.d. “sbf”). Ai fini della determinazione del saldo disponibile è opportuno non tener conto dei fidi diversi dalle aperture di credito, che non consentono una immediata ed incondizionata disponibilità di credito. Tali forme di affidamento, infatti, prendono anche il nome di operazioni “auto-liquidanti”, con cui la banca anticipa una somma di denaro al cliente affidando allo stesso il compito di riscuotere il credito verso terzi. Infatti la banca non fornisce la disponibilità immediata di una somma di

anziché facoltativo, per la banca, lo sconto, nei limiti dell'ammontare e del periodo di tempo convenuti, e pertanto l'unica obbligazione che dal negozio scaturisce a carico della banca è quella di scontare i titoli che il cliente le presenterà. Secondo un diverso orientamento, invece, con il castelletto di sconto la banca si obbliga, sino all'ammontare del castelletto, a concedere credito al cliente; tale credito, tuttavia, - ed è questa la particolarità del castelletto di sconto che differenzia tale figura dall'apertura di credito - potrà essere utilizzato soltanto tramite lo sconto di effetti o di altri titoli scontabili (fatture, ricevute bancarie, ecc.) a condizione che i titoli presentino i requisiti richiesti dalla banca, la quale, nell'accettarli o meno, opera un giudizio discrezionale.

¹⁵⁹ In merito S.V. R. MARCELLI, *op. cit.*, 32 e ss: «Quando la banca accetta all'anticipazione una fattura entro il limite del castelletto concordato, registra a debito del conto anticipi il credito anticipato e contestualmente accredita nel conto corrente di corrispondenza la somma anticipata. Al momento dell'incasso della carta commerciale la somma viene accreditata direttamente nel conto anticipi, pareggiando il precedente anticipo. Se invece il credito non va a buon fine la banca addebita l'importo nel conto corrente accreditando il conto anticipi. A questa modalità di base si affiancano altre forme analoghe di contabilizzazione. Nell'anticipazione s.b.f. si accredita il conto di appoggio con valuta differita e contemporaneamente si effettua un giro al conto ordinario con valuta corrente: in tal modo il conto di appoggio presenta saldo zero e valute differenti. Alla scadenza se l'effetto risulta insoluto verrà addebitato il conto ordinario. Per i conti dedicati ad anticipi e sconti di effetti e carta commerciale, di regola, non si riscontrano saldi extra fido. Non si può propriamente parlare di ripristino della provvista per l'anticipazione e sconto di carta commerciale accreditata nel rapporto di conto, salvo che queste forme non assumano la veste di apertura di credito. Nella forma ordinaria l'anticipo di carta commerciale e/o titoli è curato in un'unica soluzione, al più in un *roll-over* di successivi finanziamenti che si auto-liquidano alla scadenza. In tali circostanze non vi è provvista da ricostituire con successive rimesse. Per il conto ordinario l'accredito dell'anticipo si risolve in una ordinaria rimessa che, se interviene in extra fido, assume la funzione di pagamento, non configurandosi alcun margine di provvista da ricostituire. Il credito in extra fido, eccezionalmente concesso dalla banca, può ben essere saldato, unitamente agli interessi, attraverso l'anticipo. Parimenti, alla scadenza della carta commerciale e/o dei titoli, a prescindere che questi siano onorati o meno dal debitore, il credito diviene liquido ed esigibile, congiuntamente ai relativi interessi, e può essere contestualmente saldato, alla stregua di qualunque altro finanziamento scaduto, con le stesse disponibilità dell'apertura di credito».

denaro, bensì si impegna ad accettare per lo sconto i titoli che saranno presentati dall'affidatario ma entro un massimale predefinito. In tali casi il fido non è rappresentato da una somma di denaro lasciata a disposizione, bensì l'ammontare dei titoli che la banca si impegna ad accettare.

Ogni forma di affidamento è rilevante ai fini della qualificazione della natura della rimessa. Si noti che tali forme di affidamento, come l'apertura di credito, spesso intervengono in un momento successivo all'apertura del conto corrente, di cui quest'ultimo non è un antecedente essenziale, conservando, i diversi rapporti, una propria autonomia negoziale.

Per tali distinti rapporti, la Cassazione ha ritenuto di stabilire un'autonoma disciplina giuridica, al fine di non pregiudicare la natura stessa dell'apertura di credito, per la quale non si pongono problemi di uniformità periodale degli interessi, trattandosi di rapporto di durata. Pertanto, la produzione degli interessi sugli interessi sul capitale, ancora illiquido e inesigibile impone, salvo espressa deroga normativa, che gli stessi vengano richiesti al termine del rapporto, unitamente al capitale.

Per tali ragioni sembra che per il distinto rapporto di apertura di credito, come per gli altri contratti di durata che conservano una sostanziale unitarietà giuridica, gli interessi dovrebbero essere esigibili dalla chiusura del rapporto stesso¹⁶⁰.

Si è già trattato in precedenza del cosiddetto "fido di fatto", ma nella prassi bancaria è frequente fare ricorso al cosiddetto "fido mobile", costituito dalla somma tra un "fido di cassa" e un "fido salvo buon fine". Tale tipologia di affidamento viene definito "mobile" in quanto varia di giorno in giorno, in funzione degli effetti presentati all'incasso e quelli nel frattempo scaduti. La determinazione delle

¹⁶⁰ Cass. S.U. Civ. 1° dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

rimesse solutorie non potrà prescindere da una puntuale ricognizione del fido attivo in essere al momento della rimessa, derivante dai movimenti degli effetti giacenti presso la banca e non ancora scaduti. Considerando la natura del credito sottostante “auto-liquidante”, gli interessi dovranno essere ricompresi, congiuntamente al credito, alla scadenza di quest’ultimo e solo una incondizionata disponibilità aggiuntiva, avente le caratteristiche della ripristinabilità e riutilizzabilità, ad attribuire carattere ripristinatorio delle rimesse¹⁶¹.

A tal fine, risulta determinante l’accertamento dei distinti contratti di affidamento posti in essere dalla banca¹⁶². Giova ricordare che in assenza di contratto con determinazione specifica delle condizioni, si applicherà il tasso legale. Diversamente, se non risulta provato alcun contratto di affidamento, i versamenti avranno natura solutoria in quanto risulteranno avvenuti in *extra* fido e la relativa azione di ripetizione si prescriverà nei successivi dieci anni, sia per i tassi di interesse anatocistici, sia per la restituzione degli interessi ultralegali.¹⁶³

Pare opportuno evidenziare che, anche in presenza di versamenti solutori, nei confronti dei fideiussori la prescrizione dell’azione di ripetizione dovrebbe decorrere solo dal momento in cui

¹⁶¹ R. MARCELLI, *op. cit.*, 33 e ss.

¹⁶² Si ricorda che prima dell’emanazione della citata legge trasparenza n. 154 del 1992, la presenza di un’apertura di credito poteva essere provata anche per “*facta concludentia*” e, successivamente, per presunzione, ricorrendo alle indicazioni presenti nell’atto di fideiussione e/o dell’estratto conto stesso, in cui una reiterata o continua posizione in *extra* fido, senza che vi sia stata richiesta di rientro, può fungere da mero indizio. Allo stesso tempo può assumere un ruolo rilevante lo storico della Centrale dei Rischi presso la Banca d’Italia, che permette di conoscere l’esatto importo del fido accordato in ciascun mese, rimanendo a carico della banca la prova dei tassi e delle condizioni concordati.

¹⁶³ Per quanto riguarda il decennio non prescritto, occorre invece distinguere la quota parte di interessi al tasso legale legittimamente saldata, congiuntamente all’anatocismo, da rimesse di pagamento; da quella relativa agli interessi eccedenti il tasso legale, che risulterebbe invece ripetibile, a prescindere se vi corrispondano o meno rimesse di pagamento. Cfr. sul punto R. MARCELLI, *op. cit.*, 33.

si agisce per l'escussione nei loro confronti e non dal singolo versamento, a prescindere dalla natura della rimessa¹⁶⁴. Questa parrebbe essere certamente una soluzione in linea con i principi generali in tema di prescrizione, in quanto ai sensi dell'art. 2935 c.c., la prescrizione può decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Pertanto, parrebbe contrario ai canoni di buona fede e di ragionevolezza, ipotizzare di far decorrere la prescrizione dalla singola rimessa anche nei confronti di colui che, verosimilmente, non abbia avuto modo di conoscere l'esistenza del versamento stesso.

Si rammenta infine e per completezza espositiva, che l'eccezione di prescrizione non può essere rilevata d'ufficio *ex art.* 2938 c.c., trattandosi di eccezione di parte che deve essere richiesta dall'interessato entro il termine di cui all'art. 166 c.p.c. Sarà, pertanto, la banca a dover formulare l'eccezione con la specifica indicazione dell'elemento costitutivo della stessa, ossia il momento iniziale da cui è iniziata l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, con specifica e puntuale indicazione della natura "solutoria" delle rimesse

¹⁶⁴ Come puntualmente evidenziato in dottrina da R. MARCELLI, *op. cit.*, 4, nt. n. 6, il quale afferma che nei casi in cui sia il fideiussore ad agire nei confronti della banca, si può prescindere dalla natura della rimessa, richiamando la pronuncia del Trib. di Novara, 9 febbraio 2006, n. 145, Dott. Vannicelli, in www.altalex.it, ove si legge testualmente: «In tali casi, è forse corretto affermare che il fideiussore, la cui obbligazione di garanzia diviene esigibile solo al momento in cui la banca abbia revocato gli affidamenti concessi al debitore principale e sia receduta dal contratto di credito in essere, è posto concretamente in grado di far valere le eccezioni già spettanti al correntista solo allorché la banca richieda il pagamento del saldo debitorio finale; sicché la prescrizione del suo diritto allo scorporo di interessi e competenze addebitate illecitamente in conto non può che decorrere dalla data in cui egli sia messo concretamente in condizione – con la richiesta di escussione della garanzia prestata – di prenderne cognizione». Tuttavia si segnala, per completezza, che nel caso di specie i soggetti coinvolti non erano stati chiamati in giudizio solo quali fideiussori, bensì quali eredi universali del marito e padre e, per tale ragione, essi «rinvenono nel patrimonio ereditario, in quanto tali, i diritti e le obbligazioni che già facevano capo al de cuius e nella consistenza giuridica che avevano – anche sotto il profilo della perdurante decorrenza dei termini di prescrizione – al momento della successione».

in oggetto. In assenza di tale rigorosa indicazione, o di allegazione meramente generica, l'eccezione è passibile di rigetto¹⁶⁵.

A livello operativo pare di poter affermare che tale problematica coinvolga principalmente i Consulenti Tecnici, spesso chiamati in sede di contenzioso a fornire la propria competenza specifica in ausilio all'operato del Giudice per ricostruire il corretto rapporto di dare-avere tra banca e correntista, ai quali si deve formulare lo specifico quesito.

4. La corretta determinazione del saldo contabile.

E' stato evidenziato che avendo mutuato dalla disciplina della revocatoria fallimentare la distinzione tra rimessa solutoria e ripristinatoria, si dovrebbe, conseguentemente, derivare dalla stessa anche il c.d. "criterio del saldo disponibile", il quale non corrisponde necessariamente al saldo per valuta o al saldo contabile¹⁶⁶. Il rischio da

¹⁶⁵ Cfr. Cass. Civ. sez. lav., 13 luglio 2009, n. 16326, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 7-8, 1085: «l'eccezione di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto, deve fondarsi su fatti allegati dalla parte, quand'anche suscettibili di diversa qualificazione da parte del giudice (Cfr. Cass. n. 11843,2007). Ne consegue che il debitore, eccependo la prescrizione del credito, ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine a sensi dell'art. 2935 c.c. Né il giudice può accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso e conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini da diversa parte in causa». Cfr. anche Cass. Civ., sez. lav., 8 marzo 2004, n. 4668, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 3.

¹⁶⁶ La Cassazione, Sez. I. 14 aprile 2010, n. 8953, in *Dir. e giustizia* 2010, in tema di azione revocatoria delle rimesse bancarie, ha avuto modo di ribadire: «Per quanto riguarda il criterio da utilizzare al fine di determinare quali sono i versamenti aventi natura ripristinatoria della provvista, escludendone, quindi, la natura solutoria il criterio da utilizzare secondo il costante e consolidato orientamento di questa Suprema Corte di Cassazione è quello del saldo disponibile. Questa Suprema Corte ha, infatti, reiteratamente affermato che le rimesse sul conto corrente dell'imprenditore poi fallito sono legittimamente revocabili tutte le volte in cui il conto stesso, all'atto della rimessa risulti "scoperto", tale dovendosi ritenere sia il conto non assistito da apertura di credito che presenti un saldo a debito del cliente, sia quello scoperto a seguito di sconfinamento dal fido accordato al correntista. Pertanto, al fine di accertare se una rimessa del correntista sul proprio conto corrente sia destinata al pagamento di un proprio debito verso la banca, ovvero solo a ripristinare la provvista sul conto corrente, occorre fare riferimento al saldo disponibile del conto, vale a dire all'effettiva disponibilità di denaro liquido da parte del correntista nel momento in cui effettua la rimessa, non al "saldo contabile", che riflette la registrazione delle operazioni in ordine puramente cronologico, né al "saldo per valuta", che è effetto del

scongiurare, infatti, sarebbe quello di vedere uno scoperto di fido causato semplicemente dal mero gioco delle valute. Ciò potrebbe facilmente accadere nel caso in cui un addebito risultasse anteposto ad un precedente accredito, determinando un momentaneo, ma assolutamente fittizio, scoperto di fido ma pur tuttavia idoneo, per i motivi già esposti, a configurare una rimessa come avente natura solutoria, con conseguente decorso della prescrizione decennale da tale data. Analogamente si dovrebbero applicare gli ulteriori criteri ordinariamente impiegati nella determinazione delle poste revocabili¹⁶⁷.

Ai fini di una corretta distinzione tra saldi entro il fido e saldi oltre il fido, è necessario provvedere ad una rettifica del saldo stesso, non essendo sufficiente un mero riordino delle operazioni indicate negli estratti conto, in quanto inficiate dagli interessi indebitamente contabilizzati¹⁶⁸. Infatti, ove la banca avesse illegittimamente

posizionamento delle partite in base alla data di maturazione degli interessi (cfr. tra le molte in tal senso: Cass. n. 4762 del 2007; Cass. n. 26171 del 2006; Cass. n. 24588 del 2005; Cass. n. 24084 del 2004; Cass. n. 12 del 1996; Cass. n. 2744 del 1994)».

¹⁶⁷ Ad esempio, in presenza di un conto scoperto, sarebbero da escludere le rimesse aventi la precipua funzione di fornire la provvista per l'esecuzione di specifici ordini di pagamento, mancando in tal caso il carattere solutorio del versamento (partite bilanciate), S.V. sul punto R. MARCELLI, *op. cit.*, 16 e ss.

¹⁶⁸ Ai fini del ricalcolo del saldo in conto corrente, S.V. R. MARCELLI, *op. cit.*, 48 e ss., il quale elabora un processo operativo in cinque fasi, con la predisposizione di schemi, tabelle, modelli esemplificativi e operazioni di calcolo utili, soprattutto, per la formulazione dei quesiti ai Consulenti Tecnici ai fini della rettifica del saldo corretto: «Al fine di rideterminare il saldo di un conto corrente considerando i principi – enunciati e impliciti – della sentenza della Cassazione S.U. n. 24418/10, si può distinguere il processo operativo in cinque distinte Fasi. 1) Preliminarmente è necessario individuare per ciascuna operazione intervenuta in conto la relativa data disponibile e riordinare l'estratto conto per detta data. 2) Si procede a scindere il saldo del conto in linea capitale (e interessi debitori) e linea interessi/competenze. 3) Si ricalcolano gli interessi (con separata indicazione di quelli entro il fido ed extra fido) e le C.M.S. sul saldo capitale (capitalizzazione semplice). Per verifica è utile tenere anche evidenza degli interessi e commissioni di massimo scoperto illegittimi, rivenienti dalla capitalizzazione. 4) Si individuano le rimesse solutorie: il saldo capitale viene, volta per volta, rettificato tenendo conto delle rimesse che, assumendo la veste di “pagamento” di interessi e competenze, non andranno ad intaccare il saldo in linea capitale, bensì ridurranno il saldo relativo agli interessi semplici extra fido, alle C.M.S. e alle spese. Sul saldo capitale “rettificato” dovranno quindi essere

addebitato interessi a fine trimestre, ciò determinerebbe un'impropria riduzione del credito disponibile o un aumento del credito concesso in *extra* fido. Si tratterebbe in realtà solo di indebite registrazioni contabili che non possono modificare la natura legale del saldo, né, tantomeno, potrebbe renderlo legittimo il decorso del decennio per esperire l'azione di ripetizione. Ciò in quanto le stesse Sezioni Unite hanno affermato che se un saldo è di per sé illegittimo, rimarrà tale anche a fronte del decorso del tempo.¹⁶⁹

Come più volte ribadito, l'accertamento della nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi trimestrali, non conosce limite di tempo. Pertanto, a fronte dell'accertamento della predetta invalidità, la situazione contabile pregressa deve necessariamente essere rettificata.

In tal senso si è espressa anche la Corte di Cassazione, seppur pronunciandosi per altre finalità, asserendo testualmente che «una volta esclusa la validità della clausola sulla cui base sono stati calcolati gli interessi, soltanto la produzione degli estratti a partire dall'apertura del conto corrente consente, attraverso una integrale ricostruzione del dare e dell'avere con l'applicazione del tasso legale, di determinare il credito della banca, sempreché la stessa non risulti addirittura debitrice, una volta depurato il conto dalla capitalizzazione degli interessi non dovuti. Allo stesso risultato, evidentemente, non si può pervenire con la prova del saldo, comprensivo di capitali ed interessi, al momento della chiusura del conto. Infatti, tale saldo non solo non consente di conoscere

riconteggiate – in un processo iterativo – gli interessi e C.M.S. 5) Da ultimo si dovrà calcolare il saldo finale rettificato sommando al saldo capitale “rettificato” il totale degli interessi semplici entro il fido ed il residuo non pagato di interessi semplici extra fido, C.M.S. e spese (...). Le cinque fasi precedentemente descritte rappresentano uno sviluppo logico semplificato, funzionale alla ricostruzione del rapporto nel rispetto dei principi stabiliti dalla norma. Tuttavia, su un piano pratico, le fasi sopra descritte possono essere inglobate in un processo entro un unico modello di calcolo».

¹⁶⁹ Cfr. Cass. S.U. 1° dicembre 2010, n. 24418, *cit.*

quali addebiti, nell'ultimo periodo di contabilizzazione, siano dovuti ad operazioni passive per il cliente e quali alla capitalizzazione degli interessi, ma a sua volta discende da una base di computo che è il risultato di precedenti capitalizzazioni degli interessi»¹⁷⁰.

Ove non si provvedesse al ricalcolo del saldo, depurandolo da illegittimi addebiti, si avrebbe una rappresentazione contabile molto lontana dalla realtà e le indebite apposizioni in conto potrebbero, nel tempo, anche superare il limite del fido, determinando uno scoperto dello stesso ma meramente fittizio e apparente e, pertanto, ingiustificato. Esso sarebbe dovuto alla commistione di poste aventi natura giuridica diversa, in quanto attinenti a differenti rapporti negoziali, relativi l'uno al conto corrente e l'altro all'apertura di credito. Pertanto, sembra in merito appropriata l'analisi di un attento Autore le cui parole pare opportuno riportare testualmente per maggior chiarezza: «ciò che configura la circostanza di un pagamento o, alternativamente, di un ripristino della provvista, non può essere affidato al saldo risultante dalle appostazioni contabili curate dalla banca, ma deve discendere esclusivamente dal legittimo saldo capitale. Eucleando a parte gli interessi maturati e lasciando in conto solo quelli legittimamente coperti da rimesse di pagamento, il saldo a debito rettificato che si ottiene consente di accertare la corretta natura passiva o di scoperto. Il saldo così rettificato può risultare nel tempo apprezzabilmente inferiore rispetto al saldo banca, evidenziando in tal modo che, ad apparenti saldi scoperti, corrispondono più propriamente solo saldi passivi»¹⁷¹.

¹⁷⁰ Cass. Civ., Sez. I., 10 maggio 2007, n. 10692, in *www.cortedicassazione.it-Rassegnacivile2007*.

¹⁷¹ Ancora sul punto: «Tenendo separata la linea capitale dalla linea interessi, rimane più agevole la rielaborazione. In una trasparente rappresentazione contabile, la distinzione del capitale dalle competenze accessorie, l'accertamento del corretto saldo capitale e l'individuazione dell'esatta natura delle rimesse intervenute nel conto consentono la giusta attribuzione delle rimesse alle finalità contemplate nella sentenza

A fronte di un ricalcolo corretto del saldo, si potrebbero ottenere i seguenti risultati: «a) Il saldo va in extra-fido a seguito della presenza delle competenze trimestrali addebitate dalla banca. In tale circostanza non si configura un credito da parte della banca di somme oltre il limite di fido: il versamento che interviene successivamente non assolve una funzione solutoria. Il saldo evidenzia un importo oltre il fido solo per impropria rappresentazione contabile, mentre l'esposizione del credito effettivamente utilizzato risulta, di diritto, entro il fido e il versamento assolve una mera funzione ripristinatoria: l'illegittima registrazione degli interessi giustificerebbe il diritto alla sua enucleazione, non un diritto restitutorio del successivo versamento in conto. Il termine di prescrizione, non risultando la rimessa solutoria, rimane relegato all'estinzione del saldo di chiusura del conto. b) Il saldo va in extra-fido a seguito di addebiti disposti dal correntista, a cui si aggiungono interessi, commissioni e spese addebitati dalla banca. Il primo versamento in conto assume la veste di pagamento per una quota massima pari alla somma di capitale in extra fido e relativi interessi. Tale pagamento va a ripianare, di diritto, ex art. 1194 c.c., solo gli interessi addebitati per la quota riferita al credito in extra fido utilizzato. Gli interessi in capitalizzazione semplice, riferiti al credito entro il fido, devono essere ricalcolati e posposti alla chiusura, mentre la componente di capitalizzazione (anatocistica) deve invece essere espunta in quanto illegittima e ripetibile. La decorrenza della prescrizione per l'azione di ripetizione è rimessa all'estinzione del saldo di chiusura del conto. c) Il saldo del conto, a seguito delle rimesse, oltre a ripristinare il credito concesso dalla banca, va in attivo.

delle Sezioni Unite: ripristino della provvista, pagamento degli interessi, riduzione del capitale di credito», cfr. R. MARCELLI, *op. cit.*, p. 19, il quale fornisce anche puntuali indicazioni sul piano operativo del ricalcolo.

La decorrenza della prescrizione per l'azione di ripetizione è rimessa all'estinzione del saldo di chiusura del conto. d) Il conto non è affidato e presenta scoperti. La prima rimessa in conto assume la veste di pagamento e va a ripianare, di diritto, ex art. 1194 c.c., gli interessi addebitati, per la quota strettamente riferita, in capitalizzazione semplice, al credito concesso ed utilizzato (maggiorato dei precedenti pagamenti legittimi di interessi), mentre l'eventuale quota riveniente dall'effetto della capitalizzazione, indebitamente computata in conto, deve essere espunta. La prescrizione per l'azione di ripetizione dell'anatocismo decorre dall'estinzione del saldo di chiusura del conto»¹⁷².

Vista l'importanza di una corretta determinazione del saldo capitale, giova ricordare che il titolare del conto può proporre, anche prima della chiusura del contratto, una domanda di accertamento costitutivo, volta alla sola rideterminazione del saldo, senza che sia necessaria una contestuale azione di restituzione o la chiusura preventiva del conto corrente.¹⁷³

5. Il problema dei saldi attivi.

Nella normale operatività bancaria è frequente che le rimesse accreditate sul conto medesimo, oltre a ripristinare il credito concesso dalla banca, possano rendere il saldo del conto "attivo".

¹⁷² S.V. R. MARCELLI, *op. cit.*, 22 e ss.

¹⁷³ «L'accertamento costitutivo del saldo, infatti, incide nel rapporto di durata in corso, modificandolo e rendendolo conforme al diritto, senza bisogno della chiusura preventiva del conto corrente e di una condanna di restituzione. La domanda di accertamento del saldo è volta a ottenere l'esatta determinazione delle somme a credito e a debito delle parti, sulla base dell'intera documentazione (disponibile), dall'inizio dei rapporti di conto corrente al tempo della domanda: detta azione di accertamento è imprescrittibile (cfr. art. 1422 c.c.) e si può chiedere la modifica delle poste all'interno del rapporto, così e come accade in altri contratti di durata (come la somministrazione), in tal senso A. TANZA e G. NUZZACI, Dal "diritto delle banche" al "diritto bancario", in *www.diritto.net*.

Appare del tutto evidente che anche in tal caso la rimessa assuma natura di provvista.

Gli interessi a debito maturati sono comunque relativi ad un affidamento non ancora esigibile.

La decorrenza della prescrizione per l'azione di ripetizione è rinviata all'estinzione del saldo di chiusura del conto.

E' sempre la Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass. 24418/10), come detto, che conferma la fondatezza di quanto testé dichiarato, qualificando espressamente quali rimesse solutorie solo quelle che intervengono in un conto passivo ed affermando testualmente quanto segue: «...potranno essere considerati alla stregua di pagamenti (...) qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire, scoperto.) cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista ...».

E' poi la stessa concreta operatività bancaria che conferma ulteriormente la tesi predetta.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al cliente della banca che debba effettuare un pagamento di euro 10.000,00 e benefici di una apertura di credito in conto corrente limitata ad euro 5.000,00. Egli dovrà giocoforza costituire una provvista superiore al credito concesso dalla banca per poter effettuare il pagamento medesimo. Risulta pertanto difficile ipotizzare che in tal caso l'eventuale rimessa di euro 10.000,00 sia solo parzialmente finalizzata a ricostituire la provvista, o sostenere la tesi della natura solutoria delle rimesse sul conto attivo.

In conclusione un versamento eseguito su un conto in attivo, cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista – come anche la quota parte attiva di un versamento eseguito su un conto

passivo – non potrà mai assumere la veste di pagamento ma va a costituire una provvista¹⁷⁴.

6. I c.d. “conti accessori”.

Pare opportuno, per completezza espositiva, affrontare anche la questione dei c.d. “conti accessori” e delle relative implicazioni in materia di anatocismo. Si tratta di rapporti che vengono utilizzati dalle banche a fronte della concessione di “fidi” alla clientela per smobilizzare e/o anticipare crediti vantati dalla clientela stessa nei confronti di soggetti terzi.

I c.d. “conti accessori” (conti anticipi, s.b.f.) rappresentano un’esigenza tecnico/contabile della banca e hanno in comune la caratteristica e la funzione di tenere separate dal punto di vista contabile specifiche operazioni connesse a linee di credito concesse nelle varie forme tecniche, al fine di rendere più agevole alla banca la verifica. In alternativa la banca può utilizzare la forma tecnica del c.d. “conto unico” (ovvero, il conto ordinario), ma attraverso i conti accessori risulta di solito più agevole per la stessa verificare l’andamento e i risultati delle operazioni in questione¹⁷⁵.

Da un punto di vista contabile, poi, il meccanismo prevede che, al momento dell’anticipazione della banca a favore del cliente, si realizzi l’addebito della somma sul “conto anticipi”, in contropartita dell’accredito effettuato sul conto corrente bancario ordinario. Successivamente, al momento della scadenza e della riscossione dei

¹⁷⁴ Cfr. in tema di onere della prova sulla natura delle rimesse Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 2014, n. 4518, in *www.dirittobancario.it*.

¹⁷⁵ In questo senso N. ABRIANI - L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della “novissima” revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, 382; M. MAIENZA, *Nuove prospettive della revocatoria fallimentare di rimesse bancarie originate da bonifici e giroconti*, *ivi*, 2009, 299; cfr. anche L. QUAGLIOTTI, *La revocatoria fallimentare del giroconto*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 87 s.

crediti, si procede ad accreditare il “conto anticipi” dello stesso importo precedentemente addebitato.¹⁷⁶

Si noti che l'unico conto su cui il correntista può operare è il conto corrente ordinario, mentre i “conti anticipi” - detti anche “conti indisponibili” - sono semplici conti “di appoggio” o “di evidenza”, che possono anche non sussistere, come detto, nel caso in cui la banca preferisca effettuare tutte le operazioni sul solo conto corrente principale.¹⁷⁷

Pertanto, tali conti accessori svolgono solo una funzione meramente contabile. Tutti gli interessi, oneri, spese maturati sui conti “accessori” vengono comunque di regola girati sui conti correnti ordinari, sui quali si possono determinare tutti i conseguenti effetti, ivi compresi quelli anatocistici.

Logica conseguenza di quanto precede è che non si può parlare di prescrizione relativamente a conti “accessori”, in forza della mera evidenza contabile dei medesimi. Allo stesso modo, le richieste

¹⁷⁶ Per una descrizione analitica del meccanismo di contabilizzazione in esame e delle sue varianti si rinvia a S. BONFATTI, *Revocatoria delle rimesse e «castelletti» nelle fattispecie di «conto evidenza» e di «conto unico»*, in *Fallimento*, 2001, 102 ss. [e, in maniera più sintetica, ID., *L'azione revocatoria fallimentare nelle più recenti applicazioni*, in *La “riforma urgente” del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2003, 55 ss.], ove si distinguono le modalità del “conto evidenza” e del “conto unico”: nella prima i crediti presentati all'incasso vengono annotati sul “conto evidenza”, mentre l'accredito sul conto corrente ordinario si ha solo al momento della loro scadenza e riscossione; nella seconda modalità, invece, si ha un accredito sul conto corrente, con valuta differita, già al momento della presentazione del portafoglio all'incasso.; G. TARZIA, *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Milano, 2003, 229; ABRIANI-QUAGLIOTTI; MAIENZA; in giurisprudenza cfr. Cass., 1° luglio 2008, n. 17954, in *Fallimento*, 2009, 291 ss.; Trib. Milano, 12 luglio 2005, n. 8689, disponibile su www.tribunale-milano.net, richiamato anche nella sentenza in commento; Trib. Mantova, 7 novembre 2005, e Trib. Milano, 21 luglio 2009, disponibili su www.ilcaso.it.

¹⁷⁷ In questi termini Trib. Milano, 12 luglio 2005, n. 8689; N. ABRIANI - L. QUAGLIOTTI, *op. cit.* i quali definiscono «fisiologica» l'inoperatività del correntista sui “conti anticipi”.

restitutorie devono fare riferimento al solo conto corrente ordinario, unico peraltro movimentabile d'iniziativa da parte dei clienti della banca. In altre parole appare corretto sostenere che i conti accessori seguano le "sorti" del conto ordinario, relativamente all'eventuale prescrizione dei diritti restitutori e/o di ricalcolo in favore della clientela, sia con riferimento all'eventuale nullità di clausole anatocistiche, che alla nullità di altre condizioni economiche applicate alla clientela stessa.

Una puntuale e autorevole conferma di quanto affermato si ritrova anche in sede di legittimità, ove si legge testualmente quanto segue: «...dell'unico conto operativo, quello ordinario, e non assumendo alcuna rilevanza che il conto anticipi presenti un saldo attivo o passivo. Tale conto, infatti, costituisce una mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, annotandosi in esso in "dare" le anticipazioni erogate al correntista ed in "avere" l'esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente...». ¹⁷⁸

¹⁷⁸ Cass. Civ., sez. I, 20 giugno 2011, n. 13449, in www.dirittobancario.it. In dottrina cfr. anche M. PORZIO, *Apertura di credito, castelletto di sconto, scoperto di conto corrente e recesso dalla banca* (relazione tenuta a Frascati il 3 dicembre 1999 in occasione dell'incontro organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura dal titolo *Rapporti bancari: tipi legali e tipi sociali*), 9, disponibile su appinter.csm.it, il quale definisce il "conto anticipi" una mera "scheda di contabilità"; E. STAUNOVO POLACCO, *Giroconto e revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 1316.

CAPITOLO IV

ANATOCISMO: IL PROBLEMA DELL'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il problema degli oneri probatori: l'onere della prova a carico della banca. - 2.1. L'onere della prova a carico del correntista e il principio di "vicinanza alla prova". - Ulteriori considerazioni sul principio di vicinanza alla prova e la sent. della Corte di Cassazione n. 4518 del 2014. - 4. L'estensione degli strumenti probatori in favore del cliente e il ruolo di prova privilegiata attribuito alla Centrale dei rischi. - 5. Oneri probatori e l'ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c. - 6. La pronuncia della Suprema Corte n. 9201 del 2015 e considerazioni sul "saldo zero".

1. Premessa.

Una delle questioni maggiormente controverse in tema di anatocismo, e che inevitabilmente si può riflettere anche sulla dimostrazione del superamento delle soglie usuarie, è il tema della corretta ripartizione degli oneri probatori tra le parti. Il contenzioso giudiziale degli ultimi tempi ha posto in evidenza la rilevanza della problematica, sottolineando quanto la tematica degli oneri probatori sia centrale nelle controversie vertenti sull'anatocismo bancario.

La questione pareva essere stata risolta dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 4518 del 2014¹⁷⁹, che ha sancito importanti principi in merito alla natura delle rimesse in conto corrente.

Tuttavia, pare opportuno svolgere alcune ulteriori considerazioni sul problema dell'onere della prova, anche alla luce di quanto affermato dalla recente giurisprudenza¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 2014, n. 4518, in www.dirittobancario.it

¹⁸⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 07 maggio 2015, n. 9201, in www.ilcaso.it.

2. Il problema degli oneri probatori: l'onere della prova a carico della banca.

In tema di oneri probatori pare opportuno operare una distinzione preliminare, in quanto nei casi in cui il giudizio ordinario sia instaurato dalla banca, la posizione della giurisprudenza appare maggiormente conforme in merito a quale debba essere il riparto dell'onere della prova, rispetto ai casi in cui sia il correntista a rivestire il ruolo di attore.

La giurisprudenza ha più volte affermato che compete alla banca che agisce in veste di attrice nel rito ordinario, o di parte opposta in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (nel quale risulta essere “convenuta formalmente” ma “attrice in senso sostanziale”¹⁸¹), l'onere di fornire la prova dei fatti costitutivi del proprio credito, in applicazione degli ordinari principi in tema di prova di cui all'art. 2697 c.c.

Di conseguenza, la banca dovrà provare *l'an* e il *quantum* del proprio credito, producendo in giudizio il contratto posto a fondamento della domanda giudiziale (ossia il titolo genetico della pretesa); gli estratti conto relativi alla durata dell'intero rapporto, dall'apertura del conto corrente sino all'estinzione del medesimo, in quanto solo a fronte di un quadro contabile completo sarà possibile giungere all'accertamento dell'ipotetico saldo debitore finale¹⁸².

¹⁸¹ Corte Cass., Sez. Un. Civ., 27 dicembre 2010, n. 26128, in *Foro it.* 2011, 6, I, 1795, nota di BRUNIALTI.

¹⁸² Giova ricordare che a nulla rileva, in tema di assolvimento dell'onere della prova, il fatto che l'obbligo di conservazione dei documenti sia previsto per un periodo limitato, ossia dieci anni, in quanto ciò «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 ... una condizione di favore rispetto ad una posizione creditoria prospettata, sollevandolo dall'onere di dare piena dimostrazione del credito vantato». Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 26.1.2011, n. 1842, in motivazione, in *Guida al diritto*, 2011, 12, 46; Corte di Cassazione, sez. I, 25.11.2010, n. 23974, in motivazione, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1515, secondo cui l'onere di

Come ribadito dalla Suprema Corte, gli estratti conto risultano fondamentali ai fini della prova del credito vantato dalla banca, in quanto si deve «escludere l' idoneità probatoria del saldaconto, benché certificato ai sensi dell' art. 50 d.lgs 1° .9.1993, n. 385 (t.u.b.): esso, in caso di contestazione, non può integrare di per sé prova a favore dell' azienda di credito della entità del credito, in quanto atto unilaterale proveniente dal creditore e dovendo ritenersi eccezionale – e per ciò stesso non estensibile al di fuori delle ipotesi espressamente previste – la valenza probatoria ad esso riconosciuta ai fini del conseguimento del decreto ingiuntivo»¹⁸³.

Nell' ipotesi in cui la banca fornisca solo estratti conto parziali, questo comunque non impedirebbe l' espletamento di una Consulenza tecnica d' ufficio (cosiddetta c.t.u.) al fine di accertare il presunto credito vantato dalla banca stessa verso il correntista. Tuttavia, l' indagine dovrà essere effettuata riportando “a zero” il saldo di partenza, ossia, senza tener conto del saldo del primo estratto conto disponibile, in quanto anch' esso deve da ritenersi frutto di pratiche anatocistiche pregresse¹⁸⁴. In altre parole, l' analisi peritale deve essere effettuata sulla base di riferimento meno favorevole per il presunto creditore.¹⁸⁵

Parimenti, la banca deve provare in giudizio il contratto originario di conto corrente, al fine di poter verificare il rispetto dei citati obblighi di forma previsti a pena di nullità dall' art. 117 t.u.b.,

conservazione della documentazione contabile “non va confuso con l' onere di provare il proprio credito ... Il fatto di non essere tenuta a conservare le scritture contabili oltre i dieci anni dalla loro ultima registrazione non esonera la parte che vi è tenuta dall' onere di provare il proprio credito...”; Trib. di Latina, sez. II, 25.10.2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011.

¹⁸³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 3.5.2011, n. 9695, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 685; Corte di Cassazione, sez. I, 25.11.2010, n. 23974, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1515.

¹⁸⁴ In merito al saldo zero V. *infra* Corte di Cass., Sez. I, 7 maggio 2015, n. 9201, in www.ilcaso.it.

¹⁸⁵ Corte di Cassazione, sez. I, 26.1.2011, n. 1842, in motivazione, *cit.*; Corte di Cassazione, sez. I, 25.11.2010, n. 23974, *cit.*

nonché per accertare la data di stipulazione del medesimo e la relativa disciplina applicabile. Per verificare altresì le condizioni specifiche del rapporto bancario, quali i tassi di interesse, le commissioni, le spese, valute, la CMS; sia per verificare l'ammontare della somma capitale eventualmente affidata al correntista.

In merito, pare opportuno riportare quanto affermato dalla giurisprudenza secondo cui sarebbe noto che l'efficacia dell'estratto conto, quale titolo giustificativo della pretesa dell'importo del saldo attivo dallo stesso risultante, postula l'esistenza di un contratto di conto corrente. Il contraente che, deducendo di essere creditore di una somma di denaro a saldo risultante dai complessi rapporti di dare ed avere, produca un estratto conto da lui stesso compilato, nel quale sono indicate le poste dei rispettivi crediti, non soddisfa con ciò l'onere di provare il fondamento della propria pretesa, ma semplicemente ne precisa in forma contabile il dettaglio. Pertanto, sarebbe altrettanto noto che la Banca, la quale rivendichi la sussistenza e legittimità del proprio credito pecuniario, ha l'onere di fornire la prova della fondatezza di siffatta pretesa, attraverso la produzione in giudizio del contratto e degli estratti conto relativi all'intero rapporto di conto corrente oggetto della propria rivendicazione e della contestazione dell'ingiunto. L'omessa produzione da parte della Banca del titolo contrattuale non consente al Tribunale adito né di conoscere alcunché circa le pattuizioni ivi intercorse tra le parti del rapporto controverso né, di conseguenza, di verificare la rispondenza di quelle pattuizioni ai requisiti inderogabili, di forma e di sostanza, di cui all'art. 117 t.u.b. Allo stesso modo non sarebbe possibile verificare la rispondenza alle medesime pattuizioni degli addebiti ed accrediti riportati negli estratti conto relativi al periodo di vigenza di siffatto originario contratto, né di vagliare la giustificazione "contabile e negoziale" del saldo finale asseritamente maturato a debito del correntista in pendenza dell'efficacia

dell'originario titolo contrattuale (non prodotto né mai indicato nei suoi contenuti dalla banca) né, tantomeno, di depurare quel saldo dagli anatocismi passivi invalidamente conteggiati ex art. 1283 c.c. dalla Banca.

In sintesi tali lacune non consentirebbero al Tribunale di sindacare l'effettiva sussistenza di validi "titoli costitutivi" - nella specie contestati dal correntista - della pretesa pecuniaria della banca¹⁸⁶.

E' altresì onere della banca, provare che il contratto bancario di conto corrente, o di apertura di credito su conto corrente, sia stato stipulato in data certa successiva al 22 aprile 2000¹⁸⁷ e che la clausola contrattuale sia stata espressamente approvata per iscritto e che, nel corso dell'intero rapporto bancario, abbia dato concreta attuazione alle prescrizioni previste dalla legge e dal contratto¹⁸⁸.

2.1 L'onere della prova a carico del correntista e il principio di "vicinanza alla prova".

Maggiormente controverso risulta il problema della ripartizione dell'onere della prova nel caso in cui sia il correntista a rivestire il ruolo di attore, nei giudizi tesi alla restituzione delle somme versate a titolo di interessi anatocistici e/o usurari.

Sul punto, parte della giurisprudenza¹⁸⁹ ritiene che anche in questo caso debbano operare le ordinarie regole di ripartizione

¹⁸⁶ Trib. Pescara, 23.11.2005, in motivazione, in *Giur. merito*, 2006, 7-8, 1660; Trib. Nola, sez. II, 19.2.2009, in motivazione, in *Redazione Giuffrè*, 2009.

¹⁸⁷ Data di entrata in vigore della delibera CICR del 9 febbraio 2000, *cit.*

¹⁸⁸ Cfr. A. DE SIMONE, *La gestione delle cause di anatocismo e usura: ripartizione dell'onere della prova, ammissibilità degli ordini di esibizione, prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitto e impostazione della C.T.U.*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2012, 20 e ss.

¹⁸⁹ Trib. Bari, 17 novembre 2011, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2011, in motivazione, secondo cui «...va sottolineato che essendo stata la correntista ad aver avanzato la

dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., secondo le quali il correntista-attore avrebbe l'onere di allegare i fatti posti a fondamento della propria domanda, dovendo dimostrare l'esistenza di specifiche poste passive in conto corrente, rispetto alle quali l'applicazione di interessi anatocistici e/o usurari avrebbero determinato esborsi superiori a quelli dovuti.

Secondo tale impostazione egli dovrebbe produrre gli estratti conto relativi a tutto il rapporto intercorso, altrimenti, la ricostruzione del dare-avere tra le parti dovrebbe rimanere circoscritta solo al periodo per il quale risultino gli estratti conto. La giurisprudenza ha difatti asserito, come già esposto, che nel caso in cui sia la banca attrice a non provare l'effettivo ammontare del proprio credito, l'indagine peritale deve partire dal c.d. "saldo zero". Ove fosse il correntista a non produrre l'intera sequenza degli estratti conto, il saldo da cui si dovrebbe partire ai fini dell'esperimento della c.t.u. sarebbe quello risultante dal primo estratto conto disponibile, il quanto il mancato assolvimento dell'onere della prova non potrebbe che ricadere su parte attrice.¹⁹⁰

Tutto ciò predetto, si deve dare contezza di altra corrente di pensiero che opina in senso opposto a quanto appena enunciato, richiamando principi di ordine generale quali, in primo luogo, il principio di "vicinanza alla prova".

pretesa creditoria, spetta alla stessa, ex art. 2697 c.c., dare la prova della entità della sua pretesa, prova che scaturisce dagli estratti conto relativi all'intero rapporto...»; Trib. Vicenza, sez. I, 9 febbraio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009, secondo cui "...spetta al privato l'onere di dimostrare la intervenuta pattuizione o applicazione di interessi usurari, producendo quanto meno gli estratti conto e formulando le opportune istanze di esibizione dal cui accoglimento può discendere l'acquisizione dei dati documentali indispensabili per un verifica tecnica...»; Trib. Napoli, 4 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 4, 981.

¹⁹⁰ Corte di Cassazione, sez. I, 25.11.2010, n. 23974, *cit.*; Trib. Bari, 17.11.2011, *cit.* S.V. tuttavia sul punto Corte di Cassazione, 7 maggio 2015, n. 9201, *cit.* che fa espresso riferimento all'azione di accertamento negativo.

Tale diversa impostazione trae origine dalla considerazione che l'art. 2697 c.c. è una “norma in bianco”, ossia destinata ad essere completata dalle norme sostanziali dettate per il caso concreto. Nel caso in cui tali norme fossero mancanti, si dovrebbe fare ricorso alle massime di esperienza e al buon senso¹⁹¹, in quanto l'art. 2697 c.c. non detterebbe una regola circoscritta a specifici tipi di domande, né imporrebbe temi fissi di prova¹⁹².

Le Sezioni Unite, pur pronunciandosi su tutt'altro tipo di problematica giuridica¹⁹³, hanno affermato una serie di principi di ordine più ampio e di portata generale, poi richiamati anche successivamente dalla giurisprudenza. Secondo tale impostazione, al di là delle disposizioni astratte, la concreta ripartizione dell'onere probatorio deve avvenire sulla base della situazione di fatto sussistente tra le parti, nell'ottica del principio generale di “vicinanza alla prova” e di rispondenza ad esigenze equitative sussistenti nel caso specifico, a seconda delle effettive e differenti disponibilità probatorie che ciascuna parte può realizzare in concreto¹⁹⁴.

¹⁹¹ Così, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2002, 180 ss.

¹⁹² Cfr. Cass. civ., sez. unite, 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, 440, con nota di VALLEBONA; *Diritto e formazione*, 2006, 2, 189, con nota di GIACOMARDO; *D. L. Riv. critica dir. lav.*, 2006, 1, 205, con nota di BULGARINI D'ELCI; in *Dir. e giustizia*, 2006, 5, 10 e ss., con nota di S. BELLOMO – F. DI MAOLO, *Articolo 18 e onere probatorio, si cambia se la tutela reale è come il risarcimento; Resp. civ. e prev.*, 2006, 5, 850, con nota di M. BERTONCINI, *Il licenziamento illegittimo e la ripartizione dell'onere della prova in relazione al requisito dimensionale necessario per l'applicabilità dell'art. 18 l. n. 300/1970*.

¹⁹³ Cass. civ., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, *cit.* In tale arresto le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla diatriba in tema di onere della prova dei requisiti dimensionali dell'azienda, in caso di licenziamento del dipendente. Secondo l'orientamento precedente, tale onere doveva gravare sul dipendente, mentre la pronuncia della Suprema Corte, argomentando sulla base di principi di equità sostanziale e di vicinanza alla prova, ha affermato che l'onere probatorio deve gravare sulla parte che della stessa abbia maggiore disponibilità.

¹⁹⁴ Cfr. S. BELLOMO – F. DI MAOLO, *Articolo 18 e onere probatorio, si cambia se la tutela reale è come il risarcimento, cit.*, 10 e ss.

Tale impostazione è frutto del richiamo alla storica sentenza della Suprema Corte, n. 13533 del 2001¹⁹⁵ la quale i Giudici, oltre ad aver statuito importanti dettami in tema di onere della prova dell'inadempimento tra creditore e debitore, hanno fatto espresso riferimento al principio di "riferibilità" o "vicinanza" alla prova (o di "disponibilità" del mezzo probatorio), principio riconducibile all'art. 24 della Costituzione, che collega il diritto di agire in giudizio al divieto di interpretare la legge in modo da rendere difficile o troppo gravoso l'esercizio del diritto stesso¹⁹⁶.

Pertanto, secondo le decisioni da ultimo richiamate, attribuire a parte attrice l'onere probatorio di determinate questioni¹⁹⁷ strettamente legate e connaturate ad una delle due parti processuali e che, di conseguenza, sicuramente rientrano nella consapevolezza di

¹⁹⁵ Corte Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 1826; *Corr. giur.* 2001, 1565, con nota di MARICONDA; *Danno e resp.*, 2002, 318, *Contr.*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota di MEOLI; *Studium juris*, 2002, 389. Nella sentenza appena richiamata i Giudici di legittimità sottolineano che «l'esonero del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione».

¹⁹⁶ Cfr. anche Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 197, con nota di MENDOLIA; *Riv. dir. trib.*, 2001, II, 565, con nota di F. PORPORINO; *Giur. it.*, 2001, 1281. I principi enunciati da Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 114, *cit.*, sono conformi anche a quanto statuito da Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 1999, n. 613, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 189, con nota di ARMENTANO; in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 83, con nota di TERENCE e da Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2002, n. 7227, in *Dir. lavoro*, 2002, II, 446, con nota redatta da DI CARLUCCIO.

¹⁹⁷ Nel caso di specie la consistenza numerica dell'impresa, aspetto strettamente legato alle dimensioni occupazionali della stessa e quindi riguardanti connotazioni proprie dell'azienda.

quest'ultima, ma non altrettanto sicuramente sono conosciute o percepibili dalla controparte, determinerebbe una violazione anche del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.¹⁹⁸

Così opinando è stato affermato che l'onere probatorio non può essere concepito in termini eccessivamente rigidi, accontentandosi di ricorrere ad una schematica affermazione, secondo la quale la prova degli elementi costitutivi della domanda, deve essere sempre e comunque fornita dall'attore. Sul punto è stato precisato in giurisprudenza che tale assunto integrerebbe una «affermazione che, basandosi esclusivamente sulla formale applicazione dell'art. 2697 cod. civ., rischia di trascurare il dato delle ineguali posizioni delle parti nel processo, in relazione alla differente disponibilità degli elementi di prova che ciascuna di esse ha in concreto, in base alla sua posizione nel rapporto»¹⁹⁹.

Tali principi, seppur enunciati, come già evidenziato, in materia del diritto del lavoro, hanno certamente una valenza più ampia in tema di ripartizione dell'onere della prova e, pertanto, sono stati ripresi anche in sentenze successive²⁰⁰, fino a recenti pronunce, sia di merito sia di

¹⁹⁸ Cfr. altresì Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 1999, n. 613, *cit.*

¹⁹⁹ Così, Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2002, n. 7227, *cit.*

²⁰⁰ Cfr. Corte Cass., sez. lav., 1° dicembre 2008, n. 28516, in *Dir. giust.*, 2008, ove si è affermato che l'orientamento il quale poneva a carico dell'attore un onere probatorio più ampio semplicemente in virtù della posizione processuale rivestita era fondato «sul presupposto del rilievo preminente svolto in materia di onere della prova dalla posizione processuale delle parti e della esistenza di un onere più ampio, c.d. primario, a carico dell'attore. Si è anche ritenuto che l'attribuzione in ogni caso dell'onere della prova all'attore in accertamento negativo costituisca una sorta di necessario contrappeso alla ritenuta ammissibilità delle azioni di accertamento, la cui proposizione altrimenti potrebbe mettere in difficoltà la difesa del convenuto (o comunque vessarlo). Peraltro, tale indirizzo giurisprudenziale non risulta conforme alle regola fondamentale sulla distribuzione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., aggrava ingiustificatamente la posizione di soggetti indotti o praticamente costretti a promuovere un'azione di accertamento negativo dalle circostanze e specificamente da iniziative stragiudiziali o giudiziali della controparte e, inoltre, non è effettivamente giustificato dalla finalità di prevenire azioni di accertamento non aventi oggettiva giustificazione». Ancora in senso conforme Cass. civ., sez. lav., 17 luglio 2008, n. 19762, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, 1168.

legittimità, che si sono espresse sulla specifica problematica degli oneri probatori in tema di anatocismo bancario e sulla prova della natura delle rimesse “solutorie” o “ripristinatorie”.

Sembra in tal senso molto significativo quanto affermato dalla Corte d’Appello di Torino²⁰¹. Nello specifico si trattava di individuare l’effettiva soglia di affidamento concessa nel tempo al cliente della banca, al fine di stabilire la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse di cui si chiedeva la restituzione. La Corte ha statuito che la risposta non poteva essere che una sola (proprio in virtù del principio di prossimità della prova) ossia, l’onere della prova doveva necessariamente competere alla banca. Infatti, quest’ultima aveva tutto l’interesse a definire quale fosse stata la soglia dell’affidamento (concesso in concreto al correntista) al fine di stabilire quali versamenti del medesimo rientrassero nel limite previsto (ricostituzione della misura dell’affidamento) e quali (quelli oltre il “fido”) costituissero “pagamenti”, con la conseguente applicabilità, a questi ultimi, del criterio di imputazione di cui all’art. 1194 c.c. Sarebbe apparso invero troppo semplice, a parere della Corte, non fornire la prova della soglia di affidamento e da ciò far derivare, conseguentemente, che i versamenti del correntista fossero da considerarsi tutti - indistintamente - dei “pagamenti” eseguiti su un conto corrente passivo, senza tener conto della concreta realtà del rapporto, caratterizzato da un affidamento concesso dalla banca al correntista. A parere della Corte, quindi, in mancanza di prova della soglia dell’affidamento concretamente effettuato dalla banca verso il cliente, i versamenti costantemente effettuati nel tempo dalla correntista non avrebbero potuto essere considerati tutti “pagamenti”, bensì dovevano essere

²⁰¹ V. Corte d’Appello di Torino, 10 febbraio 2012, n. 322 in *www.ilcaso.it*.

qualificati come “rimesse” effettuate per ripristinare l’affidamento sul quale il correntista poteva contare e continuare a godere.

Ancora, di recente i giudici di merito hanno affermato che in presenza di un conto pacificamente affidato, grava sulla banca convenuta l’onere di contestare in modo specifico e non generico, che taluni versamenti siano stati effettuati oltre il fido concesso. In difetto di allegazioni specifiche al riguardo, pertanto, l’eccezione deve essere rigettata.²⁰²

In tempi ancora più recenti la Cassazione con la citata sent. n. 4518 del 2014²⁰³ ha affermato che i versamenti eseguiti su conto corrente in corso di rapporto hanno normalmente funzione “ripristinatoria” della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale del *solvens* verso *l’accipiens*. Tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto e una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione delle singole annotazioni delle poste relative agli interessi passivi anatocistici.

A fronte di tutto quanto suesposto, parrebbe di poter affermare che vi sia, quantomeno, un’apertura dal parte della più recente giurisprudenza, nei confronti di quella corrente di pensiero che da alcuni anni rifiuta la ripartizione dell’onere della prova sulla base del mero ruolo processuale rivestito dalle parti. Al contrario, secondo tale impostazione sarebbe necessaria una valutazione della situazione concreta sussistente tra i soggetti coinvolti, in forza del principio di equità e giustizia sostanziale, nonché in virtù degli ordinari canoni di buona fede e correttezza che regolano i rapporti obbligatori e contrattuali tra i contraenti.

²⁰² Cfr. sul punto Tribunale di Padova, 23 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*.

²⁰³ Corte di Cassazione, 26 febbraio 2014, n. 4518, *cit.*

Si è già accennato alla necessità di tutelare il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., diritto costituzionalmente garantito, in quanto si dovrebbe evitare di far gravare sulla parte processuale una sorta di *probatio diabolica*, vista l'elevata complessità delle operazioni bancarie in oggetto, oltre agli elevati costi connessi alle indagini peritali necessarie.

Di certo non si vuole sollevare in toto il correntista-attore dagli oneri probatori a suo carico ma, a fronte delle ultime considerazioni enunciate, si potrebbe auspicare una rilettura di tali oneri alla luce di importanti principi informatori del nostro ordinamento. Tra questi pare di poter annoverare anche il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2 Cost. Ciò in quanto se è pur vero che “tutti sono uguali davanti alla legge e hanno uguali diritti (principio di uguaglianza formale)²⁰⁴”, è altrettanto vero che per attribuire il corretto significato al suddetto precetto normativo, e dare concreta effettività al principio ivi enunciato, si deve tenere in debito conto delle differenze intrinseche e fisiologiche che appartengono agli individui destinatari di tale norma. Sarebbe pertanto in forza di tale seconda accezione che si dovrebbe intendere il principio di uguaglianza sostanziale, secondo cui «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»²⁰⁵.

Il principio di eguaglianza formale enuncia il compito che la Costituzione rivolge al Legislatore, ossia quello di eliminare “gli

²⁰⁴ Cfr. art. 3, co. 1 Cost. che dispone: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

²⁰⁵ Cfr. art. 3, co. 2 Cost.

handicap sociali”, quelle differenze che inevitabilmente contraddistinguono la società e che creano posizioni di vantaggio per taluni e di svantaggio per altri. Tuttavia, tale principio può concretizzarsi solo interpretando il principio di uguaglianza formale, che detta norme generali e astratte, senza considerare le disuguaglianze intrinseche tra gli individui, alla luce del principio di uguaglianza sostanziale, che tende a prendere in considerazione le singole situazioni di svantaggio²⁰⁶.

Il contrasto tra i due concetti relativi al principio di eguaglianza è, in realtà, solo apparente, in quanto, a ben vedere, sono concetti “interdipendenti” che si completano a vicenda, poichè il principio di eguaglianza sostanziale limita l’eccessivo rigore dell’enunciato di cui al co. 1 dell’art. 3 Cost., temperando la lettera della norma che parrebbe non ammettere eccezioni; mentre il principio di uguaglianza formale mira ad impedire che le azioni “positive” diventino a loro volta fonte di ingiustizia “al contrario”²⁰⁷. Il punto di equilibrio tra i due principi, si fonda sul principio di ragionevolezza, che trae origine dalla *ratio* della norma e dal fine perseguito dalla stessa, per valutare se siano giustificabili o meno trattamenti diversificati. E’ difatti possibile che anche un’equiparazione di trattamento possa risultare nella fattispecie concreta irragionevole e dare luogo ad una violazione del principio di uguaglianza. Si potrebbe affermare che a tale principio sia attribuito un

²⁰⁶ Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 483 e ss., in cui si legge altresì: «Può considerarsi del tutto irrilevante, nel calcolo degli aspetti di somiglianza e di dissomiglianza tra i comportamenti delle persone, ciò che segna le loro profonde diversità economiche e sociali? Per esempio, risponde al criterio di uguaglianza formale la legge che, in nome della parità dei contraenti, lasci il datore di lavoro libero di provvedere nel contratto di lavoro il licenziamento della dipendente nel caso in cui si trovi in stato di gravidanza? E, sull’altro piano, può la protezione del contraente più debole, per esempio del lavoratore, portare ad una limitazione della libertà di contrarre del datore di lavoro così penetrante da impedirgli in ogni caso il licenziamento? Come si vede i due principi di uguaglianza si limitano e si completano a vicenda».

²⁰⁷ Quella che la giurisprudenza statunitense definisce “*reverse discrimination*”.

significato che non è direttamente desumibile dalla mera lettura della disposizione positiva, in quanto costituisce una regola di coerenza dell'intero ordinamento giuridico.²⁰⁸

In particolare, per quanto interessa ai fini della presente trattazione, parrebbe logico affermare che l'effettiva applicazione del principio di uguaglianza sostanziale, dovrebbe condurre gli operatori del diritto a non poter ignorare le considerevoli differenze che sussistono tra una banca e il singolo correntista, sia esso persona fisica o persona giuridica.

3. Ulteriori considerazioni sul principio di vicinanza alla prova e la sentenza della Corte di Cassazione n. 4518 del 2014.

In tal senso si potrebbe sollevare anche un altro ordine di considerazioni. Com'è noto, l'art. 14 t.u.b.²⁰⁹ sancisce che la banca, per operare sul mercato, debba aver ottenuto un'espressa autorizzazione da parte della Banca d'Italia, la quale attesti il possesso di una serie di requisiti indicati al co. 1 del medesimo articolo, tali da garantire l'idoneità della medesima al compimento dell'attività di intermediazione bancario-creditizia e dei relativi servizi, connotati da particolare delicatezza e complessità. Il co. 2 del predetto art. 14 t.u.b., dispone che l'autorizzazione sia negata ove la verifica dei requisiti riveli che la banca non è idonea a garantire una "sana e prudente gestione", da intendersi quale criterio attraverso il quale viene formulato un giudizio prognostico sulla capacità del nuovo soggetto di svolgere l'attività bancaria in modo autonomo²¹⁰. Trattasi di un

²⁰⁸ R. BIN – G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 485.

²⁰⁹ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 *cit.*

²¹⁰ Cfr. R. RAZZANTE – L. LACAITA (a cura di), *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, Torino, 2000, 98 e ss.

”canone cardine” dell’intero ordinamento del credito²¹¹ che deve informare tutta l’attività bancaria, quale principio generale e fondamentale della stessa, non potendo limitarsi solo alla fase “costitutiva” dell’attività bancaria²¹². A tal fine, le banche sono sottoposte a periodici controlli ad opera dalla stessa banca d’Italia e della Consob.²¹³

Quando si parla di “sana e prudente gestione”, pare logico affermare che vi rientri anche l’obbligo di corretta e precisa tenuta dei documenti, tra cui i contratti di apertura di conto corrente, i contratti quadro e gli estratti conto. L’obbligo di tenuta dei documenti in capo alle banche è normativamente previsto per la durata di dieci anni ma è opportuno precisare che secondo quanto statuito dalla giurisprudenza, tale obbligo significa solo che la banca non potrà essere ritenuta responsabile per la mancata tenuta degli estratti conto oltre il decennio, ma non potrà in alcun modo essere agevolata ai fini della prova²¹⁴. Coordinando tale statuizioni giurisprudenziali con il principio di “sana e prudente gestione”, parrebbe logico affermare che sarebbe consigliabile (se non addirittura doverosa) la tenuta dei documenti anche oltre il decennio previsto, proprio in previsione di eventuali contenziosi da cui difendersi.

Ancora, le Istruzioni di Vigilanza per le banche redatte dalla Banca d’Italia, sanciscono un generale obbligo di controllo dei rischi connessi all’attività svolta²¹⁵, tra cui certamente rientrano anche il

²¹¹ «...con un ruolo (...) non dissimile da quello svolto in passato dal canone della “tutela del risparmio”». Cfr. A. NIGRO, *L’autorizzazione “all’attività bancaria” nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, p. 285 e ss.

²¹² F. CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle legge in materia bancaria e creditizia*, (diretto da), Tomo I, Milano, 2012, 193 e ss.

²¹³ Per approfondimenti v. *infra* § le Conclusioni del presente elaborato.

²¹⁴ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 26.1.2011, n. 1842, *cit.*, Corte di Cassazione, sez. I, 25.11.2010, n. 23974, *cit.*

²¹⁵ Cfr. *Istruzioni di vigilanza per le banche*, in www.bancaditalia.it.

“rischio – contenzioso” e il “rischio – perdite”. Fra le dette attività di prevenzione connesse vi è certamente quella di conservazione dei documenti necessari per assolvere agli oneri probatori connessi ai rapporti, attuali e pregressi instaurati con la clientela, come ad es. la tenuta degli estratti conto dall’origine dei rapporti e i contratti di fido. Pertanto la banca, onde rafforzare la propria posizione in giudizio, dovrebbe provvedere alla tenuta degli estratti conto nel tempo, avendo, per espressa autorizzazione ad opera della banca d’Italia la struttura organizzativa per svolgere l’attività bancaria, anzi, la struttura è proprio un requisito indefettibile per ottenere l’autorizzazione di cui all’art 14 t.u.b. e, nel caso in cui l’idoneità della struttura stessa venisse meno, verrebbe revocata la medesima autorizzazione.

Attraverso la tenuta dei documenti si rafforza ulteriormente quella concreta vicinanza alla prova a cui faceva riferimento poc’anzi, in quanto parrebbe logico ipotizzare che la banca, rispetto al singolo correntista, possa reperire più facilmente le informazioni e le prove richieste al fine di distinguere le rimesse solutorie da quelle meramente ripristinatorie.

Infine, non si può non notare che l’attività bancaria si differenzia dalle altre attività economiche in quanto posta a presidio di beni di rilievo costituzionale, quale l’integrità dei mercati e la tutela del risparmio, che esulano dal mero scopo utilitaristico che anima le altre imprese. Trattasi di valori richiamati in primo luogo dall’art. 47 Cost., che dovrebbe essere letto in combinato disposto con l’art. 41 Cost., che tutela l’iniziativa economica privata. Il riferimento è pienamente calzante al caso delle imprese che accedono al credito delle banche ed alle necessarie tutele alle medesime riservate, anche in caso di contenzioso.

Inoltre è lo stesso art. 21 del t.u.f.²¹⁶, a stabilire che «nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con la diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati», sancendo il preciso dovere delle banche di tutelare «l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati».

Calando tali considerazioni di ordine normativo e costituzionale nel contesto degli oneri probatori, parrebbe logico affermare che sarebbe auspicabile una lettura costituzionalmente orientata delle norme in tema di onere della prova, alla luce di una serie di principi enunciati nella Carta fondamentale, tra i quali il più volte citato diritto di difesa di cui all'art 24 Cost., ma anche del principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, co. 2 Cost., il quale richiede di prendere in considerazione le diversità fisiologiche dei soggetti esistenti nell'ordinamento, e le notevoli differenze sussistenti tra banca e correntista, nonché i principi di tutela del risparmio e di libertà dell'iniziativa economica privata di cui agli artt. 41 e 47 Cost.

Concludendo, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2697 c.c., dovrebbe condurre, anche alla luce delle nuove aperture giurisprudenziali di cui si è dato conto e del principio di vicinanza alla prova, ad ipotizzare una distribuzione degli oneri probatori non strettamente basata sulla distinzione tra attore-convenuto o tra “fatti costitutivi” e “fatti estintivi” del diritto fatto valere. Dovrebbe invece fondarsi sulla concreta situazione di fatto esistente tra le parti, in un'ottica equitativa e basata sull'effettiva “prossimità alla prova”, in modo da non pretendere dai soggetti più deboli oneri probatori troppo gravosi, come richiedere la prova rigorosa della natura ripristinatoria, e non solutoria, delle rimesse in conto corrente, spesso legata ad

²¹⁶ D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della finanza, in *www.consob.it*.

operazioni contabili-bancarie molto complesse, espressione di una tecnica bancaria non facilmente conoscibile dal correntista. Diversamente, tali operazioni sono certamente conosciute, o almeno conoscibili, dalla banca, dotata per legge di una specifica struttura e competenza tecnica specifica. Si pensi, inoltre, a titolo meramente esemplificativo, che sono le banche ad effettuare gli addebiti e le annotazioni in conto corrente, mentre il correntista può venirne a conoscenza solo attraverso l'estratto conto periodico, che viene emesso dalla stessa banca. Sono sempre le banche a ricevere costantemente informazioni dalla Centrale dei rischi grazie ai c.d. "flussi di ritorno" sull'ammontare degli affidamenti e sconfinamenti di ciascuno soggetto²¹⁷. Sono sempre le banche ad effettuare l'istruttoria di fido prima di concedere una linea di credito al richiedente e sono pertanto in grado di conoscere per prime l'ammontare dell'indebitamento complessivo di un soggetto. Sono certamente le banche a percepire per prime che il conto è andato in *extra* fido o che il conto è scoperto. Pertanto, non pare illogico affermare che siano le banche ad avere un'effettiva "vicinanza alla prova", che possa permettere loro di provare agevolmente, e a costi certamente inferiori rispetto a quelli che dovrebbe sostenere il cliente per una complessa c.t.u., la natura ripristinatoria o solutoria delle rimesse.

Come ricordato la Corte di Cassazione pare aver fatto proprie alcune delle argomentazioni in questa sede ricordate in tema di onere della prova e ha di recente affermato che «i versamenti eseguiti su conto corrente in corso di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista, e non determinano uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens*. Tale funzione risulta corrispondente allo schema causale tipico del contratto. Una diversa

²¹⁷ Per approfondimenti sulla Centrale dei Rischi, v. *infra*, cap. § XI.

finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste relative agli interessi passivi anatocistici»²¹⁸. Pertanto, l'eccezione di prescrizione della richiesta restitutoria del cliente dovrebbe essere corroborata dalla precisa dimostrazione che le rimesse avessero natura solutoria.

Inoltre, si potrebbe forse ritenere che la pronuncia in esame abbia in realtà una portata più ampia, confermando un principio generale in materia di oneri probatori, relativamente al contenzioso giudiziale circa il ricalcolo del corretto dare/avere fra le banche ed i clienti delle stesse. La Suprema Corte ha infatti chiarito che grava sulla banca fornire ogni prova circa l'andamento del rapporto bancario (ad esempio il conto corrente), pertanto, non potrebbe costituire prova sufficiente l'inserimento in un estratto conto di un saldo debitore, peraltro frequentemente e notoriamente inquinato dall'applicazione di clausole anatocistiche, senza che tale saldo sia provato da una serie continua di operazioni contabili dall'inizio del rapporto stesso.

La banca, infatti, ha l'onere e l'interesse a provare la correttezza e la sussistenza del suo presunto credito risultante da un saldo debitore inserito dalla medesima dell'estratto conto, oltre all'onere di fornire il rendiconto e la giustificazione contabile, in qualsiasi momento, circa le operazioni inserite nell'estratto conto predisposto dalla stessa.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 24418/10 ha chiarito che il cliente è legittimato a esperire un'azione di accertamento del saldo in qualunque momento, al fine di ottenere il ripristino del saldo

²¹⁸ Cass. Civ. 26 febbraio 2014, n. 4518, *cit.* Cfr. anche la recente sentenza del Trib. di Milano, 11 gennaio 2017, n. 247, in *www.ilcaso.it.*, secondo cui: «Nel caso sia provata l'esistenza dell'apertura di credito - deducibile anche dagli estratti conto prodotti in giudizio con riferimento all'applicazione di tassi differenti nella medesima liquidazione - ma non provato il limite della stessa, tutte le rimesse dovranno ritenersi ripristinatorie e conseguentemente andrà rigettata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca»

legale. E' del resto coerente con le regole di matematica finanziaria che solo la ricostruzione dall'origine del rapporto consente una corretta ricostruzione del saldo finale e del corretto dare/avere fra le parti e il cliente ha facoltà di contestare l'operatività della stessa entro dieci anni dalla chiusura contabile effettiva del rapporto.

Quanto affermato parrebbe poter costituire un'ulteriore conferma del fatto che il saldo debitore iniziale che la banca ha inserito in un estratto conto (anche se datato nel tempo) deve poter essere giustificato in modo dettagliato dalla banca in qualsiasi momento, a fronte di una espressa richiesta di rendicontazione del cliente in merito ai conteggi effettuati. Oltre ad un espresso dovere di rendicontazione, che vige fin dall'origine del rapporto, va ricordato che la banca è l'unico soggetto che ha una legittimazione giuridica oltre che la possibilità "fisica" di movimentare il conto stesso. Inoltre, le banche sono soggette ad uno specifico dovere di tenuta dei documenti anche nei confronti delle Autorità di Vigilanza, che in qualsiasi momento possono richiedere la produzione di documentazione specifica (ad es. per le c.d. "ricerche giudiziarie")²¹⁹.

Tutto ciò considerato, sembra evidente che la posizione contrattuale delle parti sia completamente diversa, in quanto i soggetti coinvolti sono soggetti a obblighi totalmente differenti. Le banche rivestono un ruolo istituzionale del tutto peculiare, probabilmente difficilmente paragonabile a qualsiasi altro soggetto che opera sul mercato. Parrebbe logico tener conto di tali differenze, anche in relazione alla corretta ripartizione dell'onere probatorio anche con riferimento all'applicazione della regola del c.d. "saldo zero", nel

²¹⁹ I clienti delle banche, come verrà analizzato in seguito – v. *infra* cap. XI, hanno il diritto di chiedere alla Banca d'Italia i dati relativi alla Centrale Rischi, cioè i fidi e gli utilizzi comunicati mensilmente da tutte le banche al predetto Organo di Vigilanza, senza alcuna limitazione temporale sui periodi pregressi.

momento in cui la banca non fosse in grado di provare i dati storico – contabili che hanno contribuito a determinare il saldo del conto corrente, anche in sede di azione di accertamento proposta dal cliente.

Vedremo a breve alcune ulteriori considerazioni in merito, a fronte della recente sentenza della Corte di Cassazione n. 9201 del 2015.

4. L'estensione degli strumenti probatori in favore del cliente e il ruolo di prova privilegiata attribuito alla Centrale dei rischi.

In tema di onere della prova sembra opportuna qualche considerazione in merito agli strumenti probatori a disposizione del cliente della banca, che per tutte le ragioni esposte versa in una condizione di maggiore debolezza.

Si ravvisano, infatti, le prime pronunce che consentono una estensione degli strumenti probatori, in favore del cliente, enunciando importanti principi in tema di onere della prova, affermando che il cliente ha a disposizione un'ampia gamma di strumenti probatori tra loro alternativi. Allo stesso modo, il consulente tecnico potrà considerare affidati i conti correnti ogni qualvolta dalla documentazione risulti l'esistenza di un fido in qualunque modo riconosciuto dalla banca.

A titolo esemplificativo si noti che in alcune pronunce il Giudice ha riconosciuto il ruolo di prova ai *report* forniti dalla Centrale dei rischi della Banca d'Italia, agli estratti conto e ai riassunti scalari. Tale approccio risulta essere certamente molto significativo per i futuri contenziosi bancari, poiché consentirebbe di ammettere l'utilizzo di prove alternative per il correntista rispetto al solo contratto di concessione della linea di credito, che non di rado non risulta prodotto tra gli atti di causa.

In alcuni arresti i Tribunali²²⁰ infatti hanno affermato un principio di giustizia sostanziale, secondo il quale non si deve confondere il piano della validità del contratto con il piano della prova del medesimo. Ciò in quanto se dal un lato l'art. 117 t.u.b. richiede la forma scritta a pena di invalidità del contratto, l'art. 127 t.u.b. chiarisce che trattasi di norma posta a protezione del cliente, prevedendo il meccanismo della nullità di protezione che opera solo a vantaggio di quest'ultimo. Tale assunto significa che spetta al cliente scegliere se attivare il meccanismo della nullità del contratto, oppure agire per l'adempimento dello stesso. In tale ultimo caso, sarebbe ingiusto negare al cliente la possibilità di provare l'esistenza del rapporto di fido per fatti concludenti o con qualsiasi altro mezzo utile.

Per le ragioni esposte, quanto affermato dalla giurisprudenza risulta di notevole pregio sul piano della tecnica bancaria, che riconduce la determinazione del rapporto dare e avere alla operatività effettiva dei vari rapporti bancari. I fidi possono quindi essere provati anche dagli utilizzi costanti delle linee di credito, confermati dai saldi debitori presenti in via continuativa e protratti nel tempo.

Non sarebbe infatti credibile l'ipotesi che la banca consentisse una situazione di "sconfinamento" costante o addirittura permanente in capo a un cliente senza il supporto di delibere di concessione del credito a monte.

Altrettanto puntuale e convincente appare poi il riferimento "ai riassunti scalari", ossia, per meglio chiarire, alla "differenziazione dei tassi applicati", in quanto dai rendiconti trimestrali è possibile rilevare l'applicazione dei tassi di "sconfino", ovvero di utilizzi superiori al fido concesso. Si noti che sia gli estratti conto mensili, nonché i trimestrali, vengono predisposti esclusivamente dalla banca ed assumono, pertanto,

²²⁰ Ord. Trib. Torino, 25 giugno 2014, in *www.dirittobancario.it*.

un valore sostanzialmente confessorio dell'esistenza delle linee di credito.

Per quanto concerne i dati forniti dalla Centrale dei rischi e per comprendere appieno le ragioni che giustificano la natura di prova privilegiata della medesima, sembra opportuna una breve ricostruzione in merito alla natura e alla funzione della Centrale stessa.

La Centrale dei rischi è un sistema informativo istituito presso la Banca d'Italia con delibera CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio) del 16.5.1962.

La Centrale dei rischi è tesa al controllo del c.d. «cumulo dei fidi», ovvero, mira ad evitare che i clienti chiedano la concessione di credito a più banche per importi parcellizzati, invece che ad un singolo intermediario per un unico ammontare complessivo, cercando di eludere i controlli patrimoniali e finanziari previsti in sede di istruttoria di fido²²¹.

Per “cumulo dei fidi” si intende il rischio che un soggetto già beneficiario di linee di credito da parte di una o più banche possa chiedere ulteriori finanziamenti ad altri intermediari abilitati, rischiando di raggiungere un livello di indebitamento superiore a quello che la sua stessa situazione economica e patrimoniale possa consentire²²². Il servizio di centralizzazione dei rischi²²³, si sviluppa attraverso un

²²¹ In merito alla procedura di istruttoria di fido v. U. MORERA, *Il fido bancario – profili giuridici*, Milano, 1998, 111 ss.

²²² Per approfondimenti in merito alla Centrale Rischi, v. E. GRANATA, U. MORERA, P. CANAPA, A. CASCIOLI e A. CARRETTA, *La nuova centrale dei rischi*, Roma, 1996, *passim*; LIACE, *La Centrale dei rischi*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, a cura di R. RAZZANTE e L. LACAITA, Torino, 2006, 563 ss.

²²³ Disciplinato dalla delibera CICR del 29.3.1994. Delibera assunta ai sensi degli artt. 53, 67, 107, d.lg. n. 385/1993 (t.u.b.), i quali conferiscono al CICR il potere di emanare disposizioni aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nei confronti delle Banche, delle società finanziarie e degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale (art. 107 t.u.b.), e dalle Istruzioni per gli intermediari creditizi emanate dalla Banca d'Italia, Si veda *Circolare n. 139 -*

sistema di doppie segnalazioni intercorrenti tra i singoli intermediari e la Centrale rischi. Ogni operatore, difatti, è tenuto a segnalare mensilmente alla Centrale i crediti di importo superiore ad un dato ammontare accordati ad ogni singolo soggetto. Le informazioni ricevute vengono aggregate dalla Centrale in modo da comporre la c.d. «posizione globale di rischio» di ogni singolo soggetto, ovvero l'ammontare complessivo di tutti gli affidamenti concessi a quest'ultimo.

I dati così aggregati vengono poi comunicato a tutti gli operatori attraverso un flusso informativo di ritorno personalizzato²²⁴.

Tale sistema di raccolta e diffusione di dati è organizzato è gestito dalla Banca d'Italia. (per ulteriori approfondimenti in merito alla Centrale dei Rischi v. *infra*, cap. XI).

A fronte di tutto quanto esposto, la Centrale rischi costituisce una sorta di prova privilegiata, in forza della terzietà del soggetto che ha il compito di amministrarla e gestirla, oltre al fatto che i dati riportati dalla Banca d'Italia con il «c.d. flusso di ritorno» vengono preliminarmente inviati dalle stesse banche poi convenute in giudizio e il sistema informativo della Centrale dei rischi, come già evidenziato, provvede ad aggregare e organizzare la sommatoria dei dati che gli stessi intermediari hanno fornito in precedenza. Inoltre la Centrale dei rischi ha valenza sul piano probatorio per valutare il merito creditizio di tutto il sistema bancario; per determinare lo stato di insolvenza da

Centrale dei rischi. istruzioni per gli intermediari creditizi, 14° aggiornamento, in www.bancaditalia.it.

²²⁴ Grazie alle comunicazioni rese dalla Centrale dei rischi, gli intermediari hanno la possibilità di effettuare una valutazione in relazione alla capacità di indebitamento e al merito creditizio della clientela sia prima di concludere un contratto di finanziamento con un dato soggetto, sia nel corso del rapporto già in essere, evitando di compiere operazioni che potrebbero ripercuotersi negativamente sia sulla stabilità del singolo intermediario. Sul punto, cfr. PAPAGNI, *L'illegittima segnalazione alla centrale rischi presso Bankitalia e la relativa liquidazione del danno con criteri equitativi*, nota a Cass., 24.5.2010, n. 12626, in *Dir. e giustizia*, 2010, 292.

parte delle banche in caso di revocatoria fallimentare; per consentire alla stessa banca d'Italia di irrogare sanzioni agli intermediari che avessero inviato erronee segnalazioni. E' altresì utile per il giudice penale ai fini di accertare l'avvenuta commissione di ipotesi di reato, quali omissioni di segnalazioni dovute all'organo di vigilanza o segnalazioni erronee.²²⁵

Per tutte le ragioni indicate deve considerarsi una forma di prova privilegiata, intesa come strumento probatorio dotato di particolare affidabilità, fungendo da prova confessoria relativamente a dati che la Banca d'Italia riceve in un momento precedente al sorgere del contenzioso. In gergo atecnico si potrebbe dire che i dati risultanti dalla centrale dei Rischi pervengono alla Banca d'Italia in "tempi non sospetti", rafforzando in tal modo la veridicità di quanto ivi contenuto.

Come noto, la prova confessoria, una volta fornita, richiede la dimostrazione di elementi contrari univoci e particolarmente rilevanti e convincenti per essere sconfessata.

5. Oneri probatori e l'ordine di esibizione ex. art. 210 c.p.c.

Per concludere pare opportuno accennare, seppur brevemente, all'ammissibilità degli ordini di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c.

E' frequente che il correntista, al fine di far accertare la nullità di clausole che prevedono interessi anatocistici e/o usurari, nonché per ottenere la ripetizione delle somme medesime, chieda in via istruttoria al giudice l'emanazione di un ordine giudiziale alla banca per l'esibizione dei relativi documenti.

²²⁵ Si pensi all'ipotesi di cui all'art. 2638 c.c. che disciplina il caso del reato di ostacolo agli organi di vigilanza.

La giurisprudenza maggioritaria²²⁶ da tempo ha affermato che l'ordine di esibizione non possa avere funzione meramente "esplorativa", ossia tesa ad indagare se il documento contenga la prova medesima. Inoltre, trattasi di strumento probatorio ufficioso e residuale, a cui si può fare ricorso solo quando la prova del fatto non sia altrimenti acquisibile dal richiedente e l'ordine non può essere invocato per sopperire alle lacune probatorie della parte istante.

Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 119, comma 4 t.u.b.²²⁷, al correntista è riconosciuto il diritto di ottenere da parte della banca, e a spese della stessa, copia della documentazione bancaria relativa alle operazioni effettuate sull'estratto conto dell'ultimo decennio, indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca. Anche dopo la cessazione del rapporto, tale diritto si configura come diritto sostanziale autonomo, la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica finale e non strumentale ad altri scopi, risultando, pertanto, indifferente l'utilizzo che il cliente intenderà fare della documentazione ottenuta²²⁸.

Pertanto, secondo un certo orientamento giurisprudenziale e dottrinale, il correntista non potrà richiedere al giudice l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c. per sopperire alle proprie lacune probatorie. Diversamente, ove dimostri di avere preventivamente esercitato il proprio diritto teso ad ottenere tutta la documentazione necessaria, ma abbia ricevuto risposta negativa, o non abbia ricevuto risposta alcuna dalla banca, egli sarà legittimato a richiedere in via istruttoria l'ordine di esibizione.

²²⁶ Corte di Cassazione, sez. III, 6.10.2005, n. 19475, in *Foro it.*, 2006, 1, 102; Corte di Cassazione, sez. lav., 25.5.2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5; Corte di Cassazione, sez. I, 10.1.2003, n. 149, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 42;

²²⁷ D. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, *cit.*

²²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Corte di Cassazione, sez. I, 12.5.2006, n. 11004, in *Foro it.*, 2007, 11, 3203.

Il punto, per la verità, appare ancora controverso, in quanto la facoltà per il correntista, di cui all'art. 119 t.u.b., parrebbe costituire un vero e proprio "diritto soggettivo" e, in quanto tale, non soggetto a limitazioni, ma alla questione non è qui possibile dare il giusto spazio.

Il giudice sarà inoltre chiamato a valutare anche il comportamento processuale della banca, in quanto se quest'ultima rifiutasse di esibire un documento senza giustificato motivo, tale inosservanza costituirebbe un contegno processuale rilevante ai fini della decisione e dal quale il giudice potrebbe desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, co. 2 c.p.c.²²⁹

6. La pronuncia della Suprema Corte n. 9201 del 2015 e considerazioni sul "saldo zero".

Con la sentenza n. 9201 del 2015, la Suprema corte si è pronunciata in ordine all'onere della prova incombente sul correntista che proponga domanda di accertamento negativo del credito risultante dal saldo passivo di un rapporto di conto corrente e/o di ripetizione dell'indebito relativamente agli interessi pagati in eccedenza rispetto al dovuto.

La Corte, nella pronuncia richiamata, ha aderito all'orientamento secondo il quale, in assenza di completa documentazione inerente il rapporto, non può attribuirsi al correntista il beneficio dell'azzeramento del saldo, dovendo invece farsi riferimento al primo al saldo riportato nel primo estratto conto disponibile per ricalcolare il rispettivo dare – avere tra le parti.

Pertanto, la Suprema Corte esclude potersi fare ricorso al criterio del "saldo zero" allorquando sia il correntista ad agire in

²²⁹ Cass. civ., sez. I, 13 agosto 2004, n. 15768, in *Giustizia Civile Massimario* 2004, 7-8.

giudizio, ritenendo di dare formale applicazione dell'art. 2697 c.c., secondo cui è compito di chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, fornire la prova specifica. A parere della Corte tale impostazione «non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi”, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. Tuttavia, in tal caso, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo»²³⁰. A parere della Corte, conseguenza del mancato assolvimento dell'onere della prova non può quindi essere l'azzeramento del saldo negativo riportato dal primo estratto conto disponibile, ove si tenga conto che l'estratto iniziale «era necessariamente stato inviato *ex lege* ai correntisti i quali ne avevano, o ne avevano avuto, la disponibilità avendone altresì l'onere di conservazione e sotto tale profilo»²³¹, intesa come la possibilità di produrre in giudizio il documento. Nella motivazione, si legge altresì che correntista e banca sarebbero posti, dal punto di vista della prova, in posizione di parità.

Pertanto, secondo quanto affermato dai giudici di legittimità in tale arresto, qualora l'attore - correntista proponga domanda di accertamento negativo del credito risultante dal saldo passivo di un rapporto di conto corrente bancario, nonché di ripetizione dell'indebito relativamente agli interessi pagati in eccedenza rispetto al dovuto e l'istituto di credito e non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa

²³⁰ Così, Cass. Civ., sez. I, 07 maggio 2015, n. 9201, *cit.*

²³¹ Cass. Civ., sez. I, 07 maggio 2015, n. 9201, *cit.*

avversaria, ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, egli avrebbe l'onere di provare gli elementi posti a fondamento di tali pretese. Ciò in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. Tuttavia, in tal caso la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo.

Quanto affermato in questa sede dalla Corte non pare essere del tutto convincente. Il primo luogo per tutte le ragioni esposte in tema di “vicinanza alla prova”, anche alla luce delle norme costituzionali richiamate e delle norme che regolano l’attività bancaria, dalla lettura delle quali parrebbe evidente la diversità intrinseca delle posizioni delle parti. In secondo luogo perché la Corte ha fondato il principio di diritto sulla base del presupposto che il cliente riceva sempre in modo continuativo e senza margine di errore, tutti gli estratti conto e tutta la documentazione bancaria prevista *ex lege*. La realtà processuale ha invece più volte dimostrato che i clienti non ricevono con regolarità tutta la documentazione che sarebbe necessaria per ricostruire il corretto dare – avere, nonostante espresse richieste in tal senso ai sensi degli artt. 119 t.u.b. e 127 bis t.u.b., anche prima di iniziare il procedimento giudiziale.

Inoltre, parrebbe giuridicamente diversa la posizione della banca che agisce per il pagamento del saldo del conto, indubbiamente onerata della prova della dimostrazione che lo stesso non sia frutto di addebiti illegittimi e della violazione di norme imperative, da quella del correntista che agisce per la ripetizione di indebiti e/o per l’accertamento del corretto dare e avere. Attribuire il medesimo onere

della prova a tutte le tipologie di azioni ricordate, secondo una lettura “rigida” del 2697 c.c. non parrebbe essere pienamente corretto.

Infine, la predetta sentenza attribuisce rilevanza alle presunzioni semplici e a ben vedere l’anatocismo è sempre stato applicato da tutto il sistema bancario. La presenza anche solo parziale di estratti conto potrebbe comunque evidenziare la presenza di clausole anatocistiche, idonee a dimostrare che il saldo è comunque viziato da addebiti illegittimi.

La lettura delle sentenze richiamate evidenzia quanto il tema della corretta ripartizione degli oneri probatori sia centrale nel contenzioso bancario, oltre che fortemente controverso in forza di pronunce giurisprudenziali in tutto o in parte contrastanti. Alla luce di quanto esposto, pare fondamentale la rilettura delle norme, anche costituzionali, per tradurre i principi ivi esposti in regole processuali corrette, tali da non arrecare ingiusti pregiudizi alle parti coinvolte o integrare una forma, più o meno diretta, di diniego di giustizia, ponendo oneri probatori eccessivamente onerosi.

CAPITOLO V

L'ANATOCISMO BANCARIO QUALE FORMA DI USURA SURRETTIZIA

SOMMARIO: 1. Rapporto anatocismo e usura. - 2. Anatocismo e capitalizzazione: due fenomeni a confronto. - 3. Anatocismo, capitalizzazione composta e tassi di interesse. - 4. Analisi applicativa: “Anatocismo e usura nelle aperture di credito in conto corrente” - 5. Conclusioni.

1. Rapporto anatocismo e usura.

Come si evince dalla presente trattazione, il tema dell’anatocismo bancario è stato da sempre oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza, sia di legittimità sia di rango costituzionale, oltre che da parte del legislatore. I vari interventi susseguitisi nel tempo spesso hanno portato a risultati tra loro ambigui e contraddittori, richiedendo un nuovo apporto giurisprudenziale o legislativo per dirimere i contrasti emersi tra gli interpreti.

Anche se uno degli aspetti maggiormente controversi in tema di anatocismo bancario, oltre alla centrale questione della legittimità effettiva del medesimo in relazione alla natura di uso normativo o negoziale delle disposizioni che lo hanno contemplato, è stato il problema del decorso della prescrizione per l’esercizio della domanda di restituzione, cui sono poi seguiti gli importanti arresti giurisprudenziali già ricordati. Tuttavia, non si deve dimenticare qual è sempre stata la *ratio* sottesa al generale divieto di anatocismo di cui all’art. 1283 c.c.

Lo scopo che aveva animato il legislatore era quello di garantire una funzione sociale, oltre che economica. I presidi posti dalla norma,

pur senza pregiudicare sostanzialmente i diritti del creditore, sono volti ad evitare che la pratica dell'anatocismo diventi un "moltiplicatore incontrollabile" del costo del credito, tutelando la posizione del debitore da ogni forma di abuso di tale prassi, spesso considerata come uno degli espedienti più insidiosi per dissimulare la pratica di usura²³².

Come verrà puntualmente mostrato dalla consulenza tecnica di parte, di seguito riportata, il fenomeno anatocistico nel tempo può portare ad una spirale vertiginosa di costi per il debitore.

Nel presente capitolo verrà analizzato il rapporto tra anatocismo e usura, e si darà atto di alcune considerazioni relative al meccanismo della capitalizzazione e dell'anatocismo, spesso erroneamente assimilati l'uno all'altro.

Difatti, la fungibilità del denaro frequentemente consente spazio a forme di elusione della normativa, impedendo di distinguere compiutamente le somme attinenti agli interessi dalle somme attinenti al capitale, come invece richiederebbe il disposto di cui all'art. 1283 c.c.²³³

In particolare, la crescita del debito per il prenditore di somme è la conseguenza diretta del ricorso alla capitalizzazione composta, che verrà analizzata in prosieguo, influenzata anche dalla frequenza con cui la capitalizzazione si realizza (ad esempio trimestralmente invece che annualmente), nonché, logicamente, del saggio di interesse applicato.

Pertanto, la rilevanza effettiva dell'istituto dell'anatocismo, e la conseguente delicatezza e attualità della questione, è data soprattutto dallo stretto rapporto intercorrente tra l'anatocismo e il fenomeno dell'usura.

²³² G. BUCCELLA, *La disciplina degli interessi monetari*, Napoli, 2002, 116; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 211 e ss.; D. SINESIO, *L'anatocismo*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 27.

²³³ Cfr. sul punto M. DI PIETROPAOLO, *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*, 2001.

Come affermato «Invero, anatocismo e usura sono istituti collegati essendo entrambi finalizzati a prevenire il pericolo del verificarsi di fenomeni usurari (...) Come accennato, infatti, alla luce delle statuizioni della giurisprudenza di legittimità²³⁴ e dell'orientamento della dottrina²³⁵, può ritenersi pacifico che la finalità della norma che disciplina l'anatocismo si identifichi non solo nella esigenza di protezione del consumatore-debitore (cosiddetto "contraente debole") dal rischio di un incremento esponenziale e incontrollato del debito, ma anche nella esigenza di prevenzione dalla insorgenza di fenomeni usurari»²³⁶.

²³⁴ Corte di Cassazione, sez. I, 16.3.1999, n. 2374, in *Giust. Civ.*, in motivazione, secondo cui «... l'art. 1283 c.c.... ammette l'anatocismo a determinate condizioni. La disposizione, che pacificamente è ritenuta di carattere imperativo e di natura eccezionale, contiene due norme: con la prima si limita la possibilità che gli interessi scaduti possano produrre ulteriori interessi alla sola ipotesi di interessi dovuti per almeno un semestre, con la seconda la produzione di ulteriori interessi è subordinata alla proposizione di una domanda giudiziale (che ne determina anche la decorrenza) ovvero al perfezionamento di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi stessi. Le finalità della norma sono state identificate, da una parte, nella esigenza di prevenire il pericolo di fenomeni usurari, e, dall'altra, nell'intento di consentire al debitore di rendersi conto del rischio dei maggiori costi che comporta il protrarsi dell'inadempimento (onere della domanda giudiziale) e, comunque, di calcolare, al momento di sottoscrivere l'apposita convenzione, l'esatto ammontare del suo debito. Richiedendo che l'apposita convenzione sia successiva alla scadenza degli interessi, il legislatore mira anche a evitare che l'accettazione della clausola anatocistica possa essere utilizzata come condizione che il debitore deve necessariamente accettare per potere accedere al credito. Finalità, va anche detto, che lungi dall'apparire anacronistiche, per quanto riguarda gli intenti usurari, sono di grandissima attualità...»; Corte di Cassazione, sez. III, 20.2.2003, n. 2593, in *Contratti*, n. 6, 2003, 545, secondo cui «l'art. 1283 c.c. è norma imperativa, che presidia l'interesse pubblico a impedire una forma, subdola, ma non socialmente meno dannosa delle altre, di usura. Con la conseguenza che i patti conclusi in sua trasgressione sono nulli ai sensi dell'art. 1418 c.c.»

²³⁵ Cfr., tra gli altri, A. ZACCARIA, *Commento sub. art. 1283 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di G. CIAN, IX ed., Padova, 2009, 1335 e ss.; V. MANZI, *Commento sub art. 120 D.Lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, cit., 1755 e ss.; F. GIORGIANNI - C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2009, 399 e ss.; M. TRINGALI - L. CASCONI, *L'anatocismo*, in *Il Mutuo. Il sistema delle tutele*, a cura di G. Cassano, Padova, 2009, 324 e ss.

²³⁶ Cfr. A. DE SIMONE, *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.*, ottobre 2012, in *www.dirittobancario.it*, 13 e ss.

Come è noto, le norme che sanzionano civilisticamente l'usura sono l'art. 1815, co. 2 c.c. e penalisticamente l'art. 644 c.p.²³⁷ E' ormai pacifico in dottrina²³⁸ e giurisprudenza²³⁹, per tutte le ragioni esposte nel primo capitolo, che anche in assenza di una specifica disciplina al riguardo, altre operazioni di concessione di credito diverse dal "mutuo" di cui all'art. 1815 c.c., possano veder configurato il reato di usura ove sia superato il tasso soglia di cui all'art. 644 c.p., con conseguente nullità delle clausole che prevedono interessi usurari. Tra queste operazioni si segnalano aperture di credito in conto corrente; finanziamenti per anticipi su crediti e documenti; sconto di portafoglio commerciale; *factoring*; crediti personali e altri finanziamenti alle famiglie; altri finanziamenti effettuati dagli intermediari non bancari; credito finalizzato, ovvero finanziamenti rateali per l'acquisto di uno o più beni di consumo; prestiti contro cessione del quinto dello stipendio; *leasing*; mutui; credito *revolving*²⁴⁰.

²³⁷ E' da ritenersi infatti ormai superato il dibattito sulla effettiva portata applicativa dell'art. 1815 che, formalmente, farebbe riferimento al fenomeno usurario solo in relazione al contratto di mutuo.

²³⁸ Cfr., sul punto, G. TRABUCCHI – C. SANDEI, *Commento sub. artt. 1815 e 1852 c.c.*, in *Commentario al codice civile* (a cura di G. Cian), Padova, 2009, 1928 e ss. e 1966; L. D'APOLLO, *Interessi e usura*, in *Il Mutuo. Il sistema delle tutele*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2009, 220 e ss.; F. GIORGIANNI - C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., 403 e ss., secondo i quali la clausola nulla va sostituita con il tasso soglia di volta in volta rilevato; R. CAFARO, *I contenziosi in materia di contratti di conto corrente, Come difendersi dalle banche*, Bologna, 2011, 227 e ss.

²³⁹ Corte di Cassazione, sez. I, 12.7.2007, n. 15621, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9, secondo cui "... la norma prescinde dalla qualificazione del rapporto in cui siano convenuti interessi usurari e il generale richiamo all'art. 644 c.p. ne estende il campo di applicazione a tutte le fattispecie negoziali in concreto penalmente sanzionate ..."; Corte di Cassazione, sez. I, 12.11.2008, n. 27009, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1611, in motivazione, secondo cui "... va rilevato che la legge 28.2.2001, n. 24... di interpretazione autentica della legge 7.3.1996, n. 108, che ha fissato la valutazione della natura usuraria dei tassi di interesse al momento della convenzione e non a quello della dazione, non si applica solo ai rapporti di mutuo, ma a tutte le fattispecie negoziali che possano contenere la pattuizione di interessi usurari ...".

²⁴⁰ Cfr., sulla classificazione delle operazioni, R. CAFARO, *I contenziosi in materia di contratti di conto corrente, Come difendersi dalle banche*, cit., 265; G. TRABUCCHI – C. SANDEI, *Commento sub. artt. 1815 e 1852 c.c.*, cit., 1928 e ss. e 1966; L.

Trattando di usura, ciò che ai fini della presente trattazione maggiormente interessa, è il concetto di “interesse usurario”²⁴¹, in quanto, come ricordato in apertura, in passato vi era parte della dottrina²⁴² che escludeva la rilevanza degli interessi moratori nel calcolo del tasso usurario, anche se era possibile riscontrare pronunce di legittimità secondo le quali il legislatore, con il termine “remunerazioni”, avrebbe inteso riferirsi ad ogni costo, onere e utilità pecuniaria richiesta al debitore e, quindi, ogni prestazione con funzione risarcitoria, compresi gli interessi moratori²⁴³.

Ad oggi la questione dovrebbe essere stata ormai superata ad opera di una prima sentenza della Corte Costituzionale²⁴⁴, e poi dalla

D'APOLLO, Interessi e usura, in *Il Mutuo. Il sistema delle tutele*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2009, 220 e ss.

²⁴¹ Ai sensi e per gli effetti dell'art. 644, comma 3, c.p., che rinvia alla “legge” il compito di “stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”, e dell'art. 2, comma 4, della citata legge n. 108/1996, così come modificato dal d.l. 13.5.2011, n. 70, art. 8, comma 5, lett. d), convertito, con modificazioni, in l. 12.7.2011, n. 106, gli interessi sono “sempre usurari” quando superano il cosiddetto tasso – soglia, «corrispondente al tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuale». L'art. 644, comma 3, c.p. considera altresì usurari gli interessi, anche inferiori al cosiddetto tasso – soglia, i quali, avuto riguardo alle “concrete modalità del fatto” e al “tasso medio praticato per operazioni similari”, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

²⁴² Cfr., sulla questione, G. TRABUCCHI – C. SANDEI, *Commento sub. art. 1852, cit.*, 1966; A. PALMIERI, in *Foro it.*, I, 1711; OPPO G., in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 534.

²⁴³ Cfr., Corte di Cassazione, sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. Civ. Mass.* 2003, 4; Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2000, II, 620, con nota di A. A. DOLMETTA.

²⁴⁴ Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29, in *Diritto & Formazione*, 2003, 371 con nota di CAMINITI, ove si legge: «va in ogni caso osservato – e il rilievo appare in sé decisivo – che il riferimento contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 394/2000, agli interessi (a qualunque titolo convenuti) rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità – secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori», ciò in quanto l'art. 644, comma 4, c.p. stabilisce espressamente che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito».

più recente giurisprudenza di legittimità²⁴⁵, la quale, con specifico riferimento alla c.d. “commissione di massimo scoperto” (CMS), ha affermato che ai fini della valutazione del carattere usurario di un interesse si devono tenere in considerazione tutti i costi, oneri, spese collegati alla erogazione del credito, ciò in quanto il «chiaro tenore letterale dell’art. 644, comma 4, c.p. impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito»²⁴⁶. Ancora, sul punto è stato detto che «nella determinazione del tasso di interesse usurario occorre tenere conto, ove il rapporto finanziario rilevante sia con un istituto di credito, di tutti gli oneri imposti all’utente in connessione con l’utilizzazione del credito, e quindi anche della “commissione di massimo scoperto”, che è costo indiscutibilmente legato alla erogazione del credito»²⁴⁷.

Tutto ciò considerato, anche a fronte delle recenti posizioni della dottrina²⁴⁸, deve ritenersi che, nella determinazione del tasso di

²⁴⁵ Cfr. Cassazione penale, sez. II, 19.2.2010, n. 12028, in *Cass. pen.*, 2010, 12, 4133 e in *Riv. pen.*, 2010, 10, 1003.: «in tema di usura, ai fini della valutazione dell’eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale (TEG) di interesse praticato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l’utilizzo del credito avviene in modo variabile» e ancora: «il chiaro tenore letterale dell’art. 644, comma 4, c.p. impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato alla erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l’onere, a cui l’intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente. Ciò comporta che, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata».

²⁴⁶ Si precisa per completezza che una recente sentenza della Corte di cassazione si è discostata da tale orientamento, affermando che per i rapporti ante 1° gennaio 2010, la CMS non avrebbe dovuto rientrare nel calcolo, cfr. *Cass. Civ.*, Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, *cit.*

²⁴⁷ Cfr. *Cass. Penale*, Sez. II, 14 maggio 2010, n. 28743, in *Cass. Pen.*, 2011, 6, 2254.

²⁴⁸ F. GIORGIANNI - C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, *cit.*, 404 e ss., i quali hanno evidenziato che “tale indicazione appare anche

interesse usurario, si debba tenere conto degli interessi, corrispettivi e moratori, anatocistici e di quelli ultra legali; delle commissioni, ivi compresa la CMS; delle spese sostenute per ogni operazione; delle spese fisse di chiusura; di quelle assicurative; delle spese di revisione del fido, oltre alle provvigioni derivanti dalle clausole che prevedono una remunerazione a favore della banca. Come evidenziato, è ormai pacifico che anche gli interessi anatocistici rientrino nel conteggio del tasso di interesse usurario, quali costi e oneri connessi alla erogazione del credito. Tale stretto legame con la fattispecie dell'usura, rende ancora più delicata la disciplina e la regolamentazione del fenomeno dell'anatocismo.

Nei contenziosi giudiziali, anche sul controverso tema dell'onere della prova le implicazioni con il fenomeno dell'usura determinano il fatto che nell'adozione dei provvedimenti istruttori e decisorii, nonché nella impostazione della c.t.u., si debbano tener in debito conto, le questioni in materia di usura²⁴⁹. Quanto appena esposto sembra rendere ancora più pregnante l'esigenza di una rilettura della problematica come sopra descritta, ossia valorizzando il criterio della vicinanza alla prova e dei principi costituzionali richiamati,

*nel decreto MEF del 29.3.2011 - Rilevazione dei tassi effettivi globali medi per il periodo: 1° ottobre – 31 dicembre 2010 – Applicazione dal 1° aprile sino al 30 giugno 2011 (legge 7 marzo 1996, n. 108)”; Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, 29.3.2011, in G.U. n. 73 del 30.3.2011; R. CAFARO, I contenziosi in materia di contratti di conto corrente. Come difendersi dalle banche, cit., 257, secondo cui “Il tasso effettivo globale (T.E.G.) medio annuo del denaro (cioè, la determinazione espressa in percentuale annua del costo effettivo globale, che il cliente sostiene per l’utilizzo di una somma di denaro concessagli in credito dalla banca), indica il costo reale, effettivo, non fittizio, che il cliente sopporta per il denaro realmente erogatogli dalla banca... Quindi, interessi ultralegali, CMS, spese per operazione, spese fisse di chiusura, spese assicurative, spese revisione fido, giorni di perdita di valuta sulle operazioni di prelievo e di versamento, interessi anatocistici..., costituiscono il costo effettivo sopportato dal cliente per il credito, costo che viene espresso in una percentuale annua media, riferita alla intera durata del rapporto ...”; G. TRABUCCHI – C. SANDEI, *Commento sub. art. 1815*, in *Commentario al codice civile* (a cura di G. Cian), Padova, 2009, 1928.*

²⁴⁹ Cfr. A. DE SIMONE, *op. cit.*, 13 e ss.

ipotizzando, per lo meno, che in capo al ricorrente possa sussistere solo un onere di “allegazione”, concetto diverso e distinto rispetto all’onere di prova specifica.

2. Anatocismo e capitalizzazione: due fenomeni a confronto.

I concetti di “capitalizzazione” e “anatocismo”, sono spesso oggetto di incertezze interpretative e si tende a confondere l’uno con l’altro.

L’anatocismo, che in realtà integrerebbe un fenomeno ben distinto dalla capitalizzazione, spesso viene mistificato nel secondo per non incorrere nel divieto posto dall’art. 1283 c.c.²⁵⁰ Frequentemente difatti, la parola “capitalizzazione” viene utilizzata per spiegare il significato di “anatocismo”, affermando che “l’anatocismo è la capitalizzazione degli interessi sul capitale, allo scopo di renderli a loro volta produttivi di interessi”.²⁵¹

Per comprendere se tale associazione possa ritenersi corretta, occorre tuttavia analizzare il significato specifico del termine “capitalizzazione”, conteso dalla scienza giuridica e da quella matematica applicata alla finanza e all’economia.

Secondo la scienza giuridica il termine “capitalizzazione” evoca la trasformazione degli interessi in capitale e, di conseguenza,

²⁵⁰ «La distinzione tra capitalizzazione e anatocismo è necessaria per la diversità di struttura e di effetti delle due fattispecie. Per anatocismo si deve intendere, conformemente alla lettera dell’art. 1283 c.c., la produzione di interessi sugli interessi; la capitalizzazione è invece l’assimilazione al capitale dell’obbligazione di interessi», M. Di PIETROPAOLO, *Osservazioni in tema di anatocismo*, cit.

²⁵¹ Cfr. ad esempio, E. BIANCHI, *La retroattiva dell’anatocismo convenzionale secondo il codice civile italiano (art. 1283)*, in *Arch. Giur.*, diretto da F. Serafini, Pisa, 1877, p. 29; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V ed., II; Firenze, 1899, p. 199; B. INZITARI, *Interessi*, in *Dig. Civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 594 e ss.

l'obbligazione di natura accessoria²⁵² diventa un'obbligazione di natura principale²⁵³. Tale mutamento incide sensibilmente sulla disciplina applicabile, poiché un debito di interessi diviene un debito di capitale, determinando la cessazione delle regole che disciplinano gli interessi per fare spazio alle norme che regolano il capitale.²⁵⁴

Nella scienza matematica applicata alla finanza e all'economia il termine capitalizzazione viene impiegato per indicare il meccanismo in forza del quale si calcola, a un determinato tempo futuro, il valore di un capitale disponibile al tempo presente. Ad esempio, si ipotizzi di avere un capitale iniziale X al tempo t^0 e di voler individuare il valore di tale capitale X al tempo t^1 . La legge finanziaria di capitalizzazione consente di determinare il corrispondente valore del capitale originario ad un tempo futuro.²⁵⁵

A fronte delle considerazioni esposte, non pare che nessuno dei significati attribuiti al concetto di "capitalizzazione" possa dirsi adeguato a rappresentare l'anatocismo, che invece esprime il fenomeno della produzione degli interessi sugli interessi²⁵⁶. Pertanto, nel caso della capitalizzazione, l'obbligazione di interessi diventa obbligazione

²⁵² Cfr. O. T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984 e ID. *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001.

²⁵³ Cfr. M. DI PIETROPAOLO, *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2001, II, 100 e ss.

²⁵⁴ Cfr. M. DI PIETROPAOLO, *Osservazioni in tema di anatocismo*, *cit.*, p. 102, il quale evidenzia che interessi e capitale ricevono un diverso trattamento giuridico in termini di diversa imputazione de pagamento (art. 1194 c.c.), la quietanza (art. 1199 c.c.), la cessione del credito (art. 1263 c.c.), il privilegio (art. 2749 c.c.), il pegno (art. 2788 c.c.), l'ipoteca (art. 1255 c.c.), la prescrizione (art. 2948, n. 4 c.c.)

²⁵⁵ In quest'accezione, il termine "capitalizzazione" viene spesso contrapposto al concetto di "attualizzazione", ovvero quel processo finanziario che consente di stabilire il valore attuale di un capitale che avrebbe come naturale scadenza una data futura.

²⁵⁶ Con il termine 'capitalizzazione degli interessi' ci si vuole spesso riferire non all'aspetto giuridico di trasformazione degli interessi in capitale, quanto ai risvolti matematici della produzione di interessi, che, funzionali al tempo, rimangono indipendenti dalla natura, accessoria o principale, delle poste interessate. In matematica l'interesse alla scadenza si fonde e scompare nel montante: non permane alcuna distinzione fra interessi e capitale.

principale, mentre secondo il processo anatocistico gli interessi producono a loro volta interessi.

Dal punto di vista economico – matematico i due fenomeni possono portare a risultati economici simili²⁵⁷ ma in chiave giuridica non solo sono distinti tra loro, bensì sono alternativi e paradossalmente opposti, nel senso che si escludono a vicenda. Poiché se c'è capitalizzazione, l'interesse cessa di essere tale per divenire capitale, e gli interessi prodotti dal nuovo capitale non sarebbero anatocistici, bensì si tratterebbe di produzione di interessi sul capitale e non vi sarebbe alcuna produzione di interessi su interessi.²⁵⁸

Nonostante le due figure paiano essere tra loro molto differenti, in realtà vengono frequentemente associate. La commistione e l'incertezza tra le due figure deriva di regola dal meccanismo di contabilizzazione impiegato della banca, che fonde e confonde gli interessi al capitale, risultando complesso distinguere gli addebiti a titolo di capitale e gli addebiti a titolo di interessi, soprattutto nel medio - lungo periodo.

Secondo i principi generali dettati dall'ordinamento giuridico, infatti, gli interessi derivano dal capitale con il decorso del tempo ma

²⁵⁷ Ad esempio, ipotizzando un debito iniziale di 100 che al tempo t^1 abbia generato interessi pari a 10 (saggio di interessi al 10%), se ci fosse capitalizzazione la somma originaria di 100 sarebbe diventata 110, poiché la quota interessi sarebbe diventata sorte capitale. Pertanto, al tempo t^2 gli interessi maturati sul capitale di 110, sarebbero pari a 11, per un debito complessivo di 121.

Viceversa, se ci fosse anatocismo, al tempo t^1 il capitale iniziale di 100 rimarrebbe invariato, ma al tempo t^2 il debitore dovrebbe restituire, oltre al capitale pari a 100, gli interessi di 10 maturati al tempo t^1 ; al tempo t^2 dovrebbe corrispondere altri interessi di 10, oltre agli interessi maturati sugli interessi al tempo t^2 pari ad 1, per un totale di 121.

Il risultato economico è pertanto molto simile ma la composizione e la natura dei due debiti è molto diversa: in caso di capitalizzazione, la quota capitale ammonta a 110 e la quota interessi ad 11; in caso di anatocismo, la quota capitale è pari a 100 e gli interessi sono 21. Cfr. sul punto A.A. V.V., *l'Anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, a cura di G. Capaldo, Padova, 2010, 55 e ss.

²⁵⁸ A.A. V.V., *l'Anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, cit., 55 e ss.

per gli stessi non è prevista alcuna automatica produzione di interessi, salve le eccezioni contemplate dall'art. 1283 c.c.

Sul piano giuridico il credito da interessi, non si trasforma alla scadenza in capitale. Inoltre anche quando con la Delibera CICR 9/2/00 si è derogato dal principio generale disposto dall'art. 1283 c.c., aveva previsto esclusivamente la produzione di interessi su interessi, non la loro capitalizzazione²⁵⁹.

Tuttavia, come verrà esposto a breve la pratica e la tecnica bancaria hanno mostrato una diversa applicazione dei principi qui riportati, non limitando la produzione degli interessi sui soli interessi non pagati, bensì, capitalizzando gli interessi a debito e, sul nuovo capitale così formato, vengono calcolati nuovi interessi.

3. Anatocismo, capitalizzazione composta e tassi di interesse.

In ambito finanziario si distinguono e contrappongono due forme di capitalizzazione, quella semplice e quella composta. L'anatocismo si realizza solo in caso di capitalizzazione composta, mentre nella capitalizzazione semplice l'interesse viene calcolato e tenuto separato dal capitale, costituendo un importo che rimane improduttivo, cumulandosi alle distinte scadenze sino a quando non interviene il pagamento.

Il tasso nominale annuo (c.d. TAN), è un tasso semplice rapportato all'anno che risulta essere solo parzialmente indicativo del costo del finanziamento stesso, poiché non tiene conto dei tempi di pagamento. Il tasso che risulta essere onnicomprensivo di tutti gli aspetti economico – finanziari del finanziamento, anche di eventuali oneri, spese e commissioni, è il Tasso annuo effettivo globale (TAEG),

²⁵⁹ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 t.u.b. si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c.*, Roma, 2016.

che esprime la produttività annuale degli interessi, uniformemente impiegato nelle transazioni finanziarie.

Il tasso semplice TAN, è funzionale ad una capitalizzazione semplice, il TAEG, quale tasso composto, è funzionale alla capitalizzazione composta, ed è impiegato per misurare l'effettivo costo del finanziamento. Per ogni operazione, quale che siano i termini di pagamento, si calcola, per equivalenza finanziaria, il TAEG, cioè il tasso composto annuo che esprime una riprodotività annuale degli interessi. Il TAN presenta una proiezione temporale di tipo lineare, mentre il TAEG presenta una proiezione temporale di tipo esponenziale. Pare logico intuire che l'applicazione di un tasso come il TAEG, in combinazione con la tecnica di capitalizzazione composta, non possono che generare un aumento dei costi complessivi per il debitore²⁶⁰, rispetto a quanto avverrebbe con la capitalizzazione semplice.

«Il tasso composto è la logica risultante della fruttuosità del capitale: se gli interessi, con il regolare pagamento, divengono capitale che può essere nuovamente impiegato, generando interessi, si giustifica, sul piano prettamente economico-finanziario, una pari produttività degli interessi scaduti e rimasti impagati, che, attraverso la capitalizzazione, vengono a 'comporsi' fruttando nuovi interessi (anatocismo); in altri termini, la mancata disponibilità degli interessi scaduti trova compensazione nella capitalizzazione che replica la fruttuosità del capitale liquido ed esigibile. Dalla fruttuosità stessa del

²⁶⁰ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., 9: «L'effetto della capitalizzazione composta è modesto nei primi anni ma cresce rapidamente: il divario si comincia ad avvertire negli anni. Il raddoppio del capitale, che nella capitalizzazione semplice interviene al 10° anno, in quella composta si raggiunge prima dell'8° anno (prima del 7° anno con l'interesse progressivo ipotizzato). Per un tasso nominale annuo del 10%, un capitale di 100, dopo 15 anni, si attesta a: i) 250 in capitalizzazione semplice; ii) 418 in capitalizzazione composta; iii) 589 se consideriamo un tasso progressivo per il decadimento del merito di credito».

capitale discende il naturale regime dell'interesse composto al quale si ricollega la formula del TAEG»²⁶¹.

Va anche precisato, per completezza, che le predette considerazioni circa la capitalizzazione e il costo effettivo dell'accesso al credito, valgono anche relativamente alle differenze tra TAN, TEG e TEGM.

Si precisa che il TAN (Tasso annuo nominale) è il tasso di interesse calcolato senza tenere alcun conto della capitalizzazione infra-annuale, né di tutti gli ulteriori costi, oneri e spese comunque collegati alla concessione del credito.

Il TEG (Tasso effettivo globale) è il tasso, su base annua, segnalato *ex post* dagli intermediari finanziari alla Banca d'Italia, ai fini della determinazione delle soglie di usura previste dalla Legge n. 108 del 1996. Il TEG viene calcolato con le modalità indicate dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, che specificano quali oneri e spese inserire o escludere nel calcolo predetto²⁶².

Il TEGM (Tasso effettivo globale medio) rappresenta il risultato dell'aggregazione statistica di tutti i "TEG" segnalati periodicamente dagli intermediari abilitati. Tale valore, aumentato nella misura stabilita *ex lege*, viene a costituire la soglia di usura ai sensi della l. 108 del 1996.²⁶³

Il TAEG (Tasso annuo effettivo globale) è stato individuato dalla normativa di riferimento²⁶⁴ per le verifiche relative al rispetto delle soglie usurarie, per quanto concerne le operazioni di credito concluse con i consumatori.

²⁶¹ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione. cit.*, 7.

²⁶² Per approfondimenti sul TEG e considerazioni relative alle indicazioni fornite dalle Istruzioni di Vigilanza, v. *infra*, cap. § VII.

²⁶³ Cfr. L. 108 del 1996 e successivi aggiornamenti.

²⁶⁴ Cfr. L. 142 del 1992, che ha recepito la Direttiva 87/102/CEE, poi trasfusa nel Testo Unico Bancario (art. 122 e ss.); cfr. anche Decreto del Ministro dell'Economia 6/5/2000.

Il TSU è il tasso soglia usurario, determinato con le modalità indicate al punto precedente, come indicato dal combinato disposto dell'art. 644 c.p. e della legge 108 del 1996 e successivi aggiornamenti.

Tornando all'anatocismo, appare opportuno evidenziare che l'art. 1283 c.c. non pone un divieto assoluto di interessi composti, ma ne regola la produzione circoscrivendola ai casi e alle modalità già descritte. La norma nasce con il carattere protettivo più volte descritto, volto a limitare il fenomeno e comunque a rendere consapevole il debitore dell'evoluzione ascendente indotta dall'anatocismo, che, in assenza di limiti e controlli, può facilmente condurre al dissesto economico.

La mancata previsione della possibilità di porre in essere patti contrari (se non nei limiti dalla norma stessa indicati) trova, invece, la sua spiegazione nelle finalità che la norma di cui all'art. 1283 c.c. si prefigge. Come è stato ricordato in giurisprudenza²⁶⁵ «Le finalità della norma sono state identificate, da una parte, nella esigenza di prevenire il pericolo di fenomeni usurari, e dall'altra, nell'intento di consentire al debitore di rendersi conto del rischio dei maggiori costi che comporta il protrarsi dell'inadempimento (onere della domanda giudiziale) e, comunque, di calcolare, al momento di sottoscrivere l'apposita convenzione, l'esatto ammontare del suo debito. Richiedendo che l'apposita convenzione sia successiva alla scadenza degli interessi, il legislatore mira anche ad evitare che l'accettazione della clausola anatocistica possa essere utilizzata come condizione che il debitore deve necessariamente accettare per poter accedere al credito. (...) pur rimanendo nei limiti del tasso soglia, le conseguenze economiche sono diverse a seconda che sulla somma capitale si applichino gli interessi semplici o quelli composti». E' stato, infatti, osservato che, una somma

²⁶⁵ Cass. Civ., del 16 Marzo 1999, n. 2374, *cit.*

di denaro concessa a mutuo al tasso annuo del cinque per cento si raddoppia in venti anni, mentre attraverso la capitalizzazione degli interessi la stessa somma si raddoppia in circa quattordici anni.²⁶⁶

Tuttavia, nella pratica bancaria questa distinzione netta tra interessi e capitale non sussiste, poiché non si isola la quota di interessi rispetto alla sorte capitale in modo così netto e definito. Ciò in quanto il meccanismo anatocistico operato dalle banche, frequentemente non coinvolge solo gli interessi, bensì la quota di interessi non pagata viene capitalizzata, costituendo la base per il calcolo dei successivi interessi.

Come è stato affermato in dottrina, «la dinamica dell'anatocismo non è di immediata percezione: l'interesse anatocistico trasformandosi in capitale rimane 'affogato' nello stesso; il meccanismo di capitalizzazione composta priva di trasparenza l'avvitamento nel tempo dell'anatocismo, celando, al termine dell'operazione, la dimensione del capitale effettivamente utilizzato e degli interessi cumulati nel tempo. L'effetto diviene particolarmente insidioso nel tempo quando, lievitando l'importo, rimane più arduo il reperimento delle risorse e si innesca una pernicioso spirale ascendente, che spesso risulta accelerata dagli incrementi del tasso di interesse, adeguati ex art. 118 T.U.B. al deterioramento del merito di credito»²⁶⁷.

Il meccanismo degli interessi composti assume connotazioni tecniche strettamente legate alla durata e al tasso di interesse applicato. Certamente la capitalizzazione trimestrale accentua la rapidità di crescita dell'indebitamento rispetto alla capitalizzazione annuale. Tuttavia è stato evidenziato che «la periodicità, trimestrale od annuale, di calcolo degli interessi ha un'incidenza modesta sulla lievitazione del debito. La criticità si rinviene nell'automatismo della capitalizzazione,

²⁶⁶ Cass. Civ., sez. III, del 20 febbraio 2003, n. 2593, in *www.dirittobancario.it*.

²⁶⁷ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., p. 8.

già preordinato contabilmente, che favorisce la reiterazione e sottrae al cliente l'autonomia e la responsabilizzazione, in una sorta di assenso sopito e vincolato. Così come per ogni altro fornitore di servizi, si renderebbe necessaria una specifica e libera disposizione di pagamento, senza la quale la banca non dovrebbe automaticamente mutare gli interessi in capitale: al contrario, l'importo viene automaticamente sottratto dalla disponibilità del cliente, determinando in tal modo una corsia privilegiata di pagamento del capitale, rispetto agli altri fattori che intervengono nell'attività d'impresa»²⁶⁸.

Considerazioni, quelle espone poc'anzi, che pongono interessanti spunti di riflessione anche in merito all'opportunità della scelta legislativa effettuata dal legislatore, con il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito in legge n. 8 aprile 2016, n. 49, con cui è stato modificato il secondo comma dell'art. 120 del t.u.b.

La questione verrà trattata più approfonditamente nel capitolo successivo, basti in questa sede ricordare che la capitalizzazione degli interessi avverrà, previa autorizzazione del cliente all'addebito automatico in conto corrente, una volta all'anno, scomparendo ogni riferimento all'addebito trimestrale di interessi. A fronte delle considerazioni espone, si potrebbe comunque anticipare che, da un lato, la nuova disposizione parrebbe aver interrotto, attraverso l'autorizzazione, quel meccanismo inconsapevole di addebiti ma, come verrà analizzato, l'aver abolito la trimestralità della capitalizzazione in favore di quella annuale, potrebbe comunque non impedire il verificarsi di fenomeni di crescita esponenziale del debito. Ciò in quanto a fronte dell'autorizzazione rilasciata dal cliente, l'addebito avverrà in modo automatizzato, innescando nuovamente quella spirale di automatismo

²⁶⁸ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., 15.

nei pagamenti che esclude il cliente da ogni potere di intervento in merito (salva la possibilità di revocare l'autorizzazione).

Ciò che risulta essere molto incisivo nella crescita dell'indebitamento è il tasso di interesse applicato, che condiziona significativamente l'accelerazione degli interessi composti. Il percorso di ascesa del debito si amplifica tanto più rapidamente e tanto più significativamente quanto maggiore è il saggio di interesse²⁶⁹.

In tal senso, è stato affermato in dottrina, più che nella periodicità della capitalizzazione, forse si dovrebbe avere maggiore riguardo nella trasparenza, consapevolezza e moderazione del meccanismo di computo degli interessi²⁷⁰.

Secondo alcuni il 1° comma dell'art. 2 della menzionata Delibera CICR del 2000²⁷¹ legittimerebbe il pagamento degli interessi con l'addebito degli stessi in conto e l'obbligazione accessoria da interessi, contestualmente all'addebito, muterebbe in obbligazione principale per sorte capitale. In tal modo, per i rapporti ai quali si rende applicabile la Delibera CICR, si viene a derogare dai principi stabiliti dalla Cassazione S.U. n. 24418/10. A partire dalla Delibera, per il pagamento degli interessi a debito, si prescinde dalla presenza di rimesse solutorie e la stessa registrazione in conto verrebbe ad assolvere la funzione di pagamento degli stessi, decurtando di fatto e di diritto le disponibilità di credito preesistenti. Con la registrazione in conto verrebbe riconosciuto il trasferimento patrimoniale con un effetto di capitalizzazione.

²⁶⁹ R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., 10: «Al crescere del tasso l'effetto anatocistico diviene devastante: dopo dieci anni, ad un tasso del 20%, il montante è pari ad oltre 6 volte il capitale iniziale (100) e gli interessi maturati risultano pari a quelli rivenienti da un interesse semplice del 51,92% annuo. L'effetto è ancor più marcato con la capitalizzazione trimestrale»

²⁷⁰ S. V. R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., 11.

²⁷¹ Vigente per i rapporti precedenti alla riforma che ha interessato il 2° comma dell'art. 120 del t.u.b. (v. *infra* cap. successivo).

In questo senso è stata intesa la Delibera CICR dal Tribunale di Torino che, richiamando una propria precedente pronuncia del 27 aprile 2012, ha stabilito che «Si ritiene infatti che la capitalizzazione degli interessi passivi non possa essere considerata ai fini del computo del tasso soglia e ciò perché mediante tale capitalizzazione (come già detto, legittima successivamente alla delibera CICR del 2000), il debito da interessi passivi viene conglobato nel capitale così mutando di regime giuridico, da obbligazione accessoria d'interessi a obbligazione principale per sorte capitale. (...) Va al riguardo sottolineato che anatocismo e capitalizzazione non costituiscono concetti equivalenti: mentre il primo designa la speciale attitudine degli interessi a produrre, a loro volta, interessi, la seconda indica il fenomeno in forza del quale una certa misura d'interessi viene tramutata in sorte capitale, con conseguente trasformazione di un'obbligazione accessoria in principale. Da ciò consegue che solo quest'ultima – non l'anatocismo di per sé – conduce al mutamento del regime giuridico dell'obbligazione d'interessi, solamente alla quale sono applicabili, per esempio, speciali norme in materia d'imputazione del pagamento (art. 1194 c.c.), quietanza (art. 1199 c.c.), cessione del credito (art. 1263 c.c.), privilegio (art. 2749 c.c.), pegno (art. 2788 c.c.), ipoteca (art. 2855 c.c.), prescrizione (art. 2948 c.c.). L'assorbimento dell'interesse passivo nel capitale esclude la computabilità dello stesso fra le voci di costo periodico del finanziamento, appunto perché, una volta capitalizzato, l'interesse non è più tale»²⁷².

²⁷² Tribunale di Torino, B. Conca, n. 5292/12, in *www.ilcaso.it*. Cfr. anche R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera CICR 9/2/00*, cit., p. 9; ove si legge «Il 1° comma dell'art. 2 della menzionata Delibera CICR legittima il pagamento degli interessi con l'addebito degli stessi in conto: l'obbligazione accessoria da interessi, contestualmente all'addebito, muta in obbligazione principale per sorte capitale. Di riflesso, per i rapporti ai quali si rende applicabile la Delibera CICR, si viene a derogare dai principi stabiliti dalla Cassazione S.U. n. 24418/10; a partire dalla Delibera, per il pagamento degli interessi a debito, si prescinde dalla presenza di rimesse solutorie: la stessa registrazione in conto verrebbe ad assolvere la

In una diversa lettura del 1° comma dell'art. 2 della menzionata Delibera, senza una specifica indicazione, gli interessi conserverebbero la loro distinta natura, ancorché si consentisse loro di produrre ulteriori interessi. Con l'annotazione, pertanto, sorgerebbe il credito per interessi verso il cliente che tuttavia troverebbe estinzione solo alla prima rimessa solutoria. Pertanto, la formulazione del precedente testo del 2° comma dell'art. 120 t.u.b. non sembrerebbe escludere questa seconda lettura: «Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, ...»²⁷³.

L'interpretazione fornita dal Tribunale di Torino, non pare essere condivisibile. Non solo perché non trova riscontro in quella, ormai consistente, giurisprudenza e dottrina che invece colloca gli interessi frutto della capitalizzazione nel calcolo del tasso di usura²⁷⁴, ma anche perché rischia di limitare l'analisi della problematica ad una visione superficiale del problema. Ciò in quanto, come già evidenziato, la contabilizzazione di fatto operata dalle banche negli ultimi decenni (soprattutto *post* delibera CICR del 2000, in cui la produzione degli interessi sugli interessi, purché strutturata con la medesima periodicità tra interessi a debito e a credito, è stata considerata legittima) ha sempre confuso i piani dell'anatocismo e della capitalizzazione. In questa commistione, il meccanismo anatocistico, formalmente regolato dalla suddetta delibera CICR, non ha integrato una forma di produzione degli interessi sugli interessi; bensì di interessi sugli interessi scaduti e diventati sorte capitale. Pertanto, il nuovo interesse passivo non veniva

funzione di pagamento degli stessi, decurtando di fatto e di diritto le disponibilità di credito preesistenti. Con la registrazione in conto verrebbe riconosciuto il trasferimento patrimoniale con un effetto di capitalizzazione».

²⁷³ V. R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera CICR 9/2/00*, cit., nt. 10.

²⁷⁴ Tribunale di Torino del 31 luglio 2012, n. 5292, in *www.ilcaso.it*.

calcolato sul precedente interesse scaduto e non pagato, bensì sulla sorte capitale come risultante dall'aggiunta del precedente interesse non pagato.

A fronte di tale considerazione, non sarebbe legittimo, né equo limitare l'analisi alla pura valutazione ermeneutica e terminologica del concetto di “anatocismo” e capitalizzazione”, essendo di contro imprescindibile analizzare i due fenomeni sulla base della concreta operatività bancaria poiché è tale operatività che ha comportato i costi per la clientela e, talvolta, il superamento delle soglie d'usura.

Inoltre, anche accantonando momentaneamente tali considerazioni, la tesi esposta dal citato Tribunale non pare convincente anche secondo un diverso angolo visuale. Il fatto che, teoricamente, nel meccanismo della capitalizzazione, ancorché composta, gli interessi diventino capitale e quindi perdano la natura “accessoria” divenendo “principale”, non sembra rilevante nel momento in cui si deve valutare il rispetto delle soglie usuarie.

Il fatto che gli interessi vengano “incorporati” nel capitale non significa che non rappresentino un costo per il debitore. Pertanto, nel valutare l'ammontare effettivo dei costi connessi all'erogazione del credito non si vede perché non dovrebbero essere presi, correttamente, in considerazione.

In ogni caso, il tenore letterale della originaria delibera CICR del 2000 non pareva legittimare la capitalizzazione degli interessi, ma solo l'anatocismo, in quanto si leggeva che «1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. 3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito,

produrre interessi. Su questi interessi *non è consentita la capitalizzazione periodica*»²⁷⁵.

4. Analisi applicativa: “Anatocismo e usura nelle aperture di credito in conto corrente”.

Al fine di dare concretezza alle considerazioni giuridiche esposte, si riportano alcuni stralci di un’analisi applicativa²⁷⁶, avente per oggetto la rideterminazione dei saldi finali di rapporti di conto corrente, intrattenuti nel tempo da una Società con banche incorporate di un medesimo gruppo. La Consulenza ha evidenziato, in primo luogo, che nessuno dei rapporti oggetto di analisi era prescritto, in quanto i rapporti di conto corrente erano ancora aperti, oppure chiusi da meno di dieci anni, consentendo quindi di procedere all’analisi dei vari affidamenti e alla verifica della natura delle rimesse in conto corrente (mostrate dal grafico) per tutti i rapporti. In secondo luogo, sono stati effettuati gli opportuni calcoli per l’individuazione e la rimozione degli addebiti illegittimi di natura anatocistica. Infine, è stato verificato il superamento delle soglie usurarie.

Si riportano alcuni stralci dei quesiti sottoposti al consulente, utili per la successiva lettura della perizia:

²⁷⁵ Art. 2, Delibera CICR 09/02/2000, G.U. 22/02/2000 n. 43 - Deliberazione del comitato interministeriale per il credito e il risparmio 9 febbraio 2000 (in Gazz. Uff., 22 febbraio, n. 43). - *Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (art. 120, comma 2, del testo unico bancario, come modificato dall'art. 25 del decreto legislativo n. 342/1999).*

²⁷⁶ Si ringrazia la società *Zucchinali & Partners S.r.l.*, società di consulenza indipendente, che ha gentilmente e disinteressatamente concesso la perizia riportata, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della privacy dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

E' stato conferito alla Società di consulenza l'incarico di rispondere ai seguenti quesiti:

- 1) *individuare, per ogni rapporto:*
 - a. *la data dell'estratto conto più remoto presente nella documentazione disponibile e la data effettiva di inizio, ove questa non coincida con quella dell'estratto conto più remoto, specificando il saldo iniziale;*
 - b. *la data dell'estratto conto più recente specificando se si tratti della data di chiusura del rapporto, della data del trasferimento del rapporto ad altro conto corrente ovvero se il rapporto è continuato dopo la data dell'estratto conto più recente, specificando il saldo finale;*
- 2) *ricalcolare, per ogni rapporto, il saldo finale del conto corrente (in caso di conto aperto o trasferito) ovvero determinare gli obblighi restitutori (in caso di conto chiuso), alla data dell'estratto conto più recente, applicando i seguenti criteri:*
 - a. *considerare pari a zero il saldo iniziale riportato nel primo degli estratti conto, ove non sia possibile determinare come tale saldo si sia formato nel tempo;*
 - b. *in mancanza di una convenzione scritta relativa alle condizioni economiche, correttamente firmata da entrambe le parti, ovvero in ogni caso di accertata nullità o inesistenza o annullabilità o inefficacia o invalidità delle pattuizioni economiche stesse, espungere dai movimenti riportati negli estratti conto, e di conseguenza non considerare ai fini del conteggio, tutte le somme comunque versate a qualsiasi titolo come remunerazione, ivi compresi interessi, commissioni di massimo scoperto, commissioni comunque denominate, oneri in genere, spese, compensazioni e quant'altro senza eccezione alcuna (di seguito denominate cumulativamente per brevità "addebiti illegittimi"), ad eccezione di imposte e tasse;*
 - c. *dopo aver espunto i movimenti per "addebiti illegittimi" riordinare i movimenti riportati negli estratti conto seguendo il criterio della "valuta effettiva", facendo riferimento, per ogni operazione, alla data in cui la banca ha effettivamente acquistato o perso la disponibilità giuridica delle somme versate o prelevate, ovvero, nel caso che tale data non risulti dagli estratti conto, alla data di registrazione dell'operazione;*
 - d. *applicare il "tasso zero" per il calcolo degli interessi passivi dovuti dalla Società alla Banca ed il "tasso legale" tempo per tempo vigente per il calcolo degli interessi attivi dovuti dalla Banca alla Società; in alternativa applicare il "tasso legale" tempo per tempo vigente per il calcolo sia degli interessi passivi che di quelli attivi; in entrambi i calcoli procedere senza alcuna capitalizzazione degli interessi per tutto il periodo, in quanto non correttamente pattuita;*

1. CONTI CORRENTI OGGETTO DELLA PRESENTE CONSULENZA

La documentazione esaminata si riferisce ad alcuni conti correnti bancari (ordinari ed accessori) riconducibili ai rapporti che la Società ha intrattenuto con la Banca Beta e con la Banca Gamma: tutti i rapporti di conto corrente sono ora riferibili alla Banca Beta, in seguito a successive operazioni di fusione per incorporazione.

Per praticità ad ogni conto corrente è stato assegnato un numero abbreviato, dal #01 al #09, che sarà utilizzato d'ora in avanti per semplificare la lettura della relazione.

Sono stati presi in esame i seguenti rapporti:

ELENCO DEI CONTI CORRENTI ESAMINATI				
#	Società	Banca	Filiale	Conto
#01	Alfa Spa	Beta	X	15263/00
#02	Alfa Spa	Beta	X	15264/01
#03	Alfa Spa	Beta	X	1041/37
#04	Alfa Spa	Beta	X	161529
#05	Alfa Spa	Gamma	Y	2630
#06	Alfa Spa	Gamma	Y	61038
#07	Alfa Spa	Gamma	Z	18314
#08	Alfa Spa	Gamma	Z	18318
#09	Alfa Spa	Gamma	Z	61409

2. DOCUMENTAZIONE UTILIZZATA ED INFORMAZIONI ACQUISITE

Per l'effettuazione dei conteggi, si è proceduto all'esame:

- a) degli estratti conto bancari, che evidenziano le singole operazioni registrate in ordine di data;

- b) degli scalari trimestrali che evidenziano, ordinate per valuta, le operazioni degli estratti conto;
- c) dei prospetti trimestrali di liquidazione delle competenze a debito;
- d) dei prospetti annuali e/o trimestrali di liquidazione delle competenze a credito;

Dall'esame di tale documentazione è stato possibile acquisire le informazioni necessarie ad eseguire i ricalcoli e le rideterminazioni oggetto della presente perizia e precisamente:

- a) i singoli movimenti risultanti dagli estratti di conto corrente;
- b) i numeri, ossia il prodotto ottenuto dalla moltiplicazione dei saldi del conto ordinati per valuta per i giorni intercorrenti tra le valute delle singole operazioni;
- c) i tassi applicati, per giacenza se attivi, e per utilizzo se passivi;
- d) gli importi degli interessi attivi e passivi annotati trimestralmente sul conto corrente;
- e) l'aliquota della commissione massimo scoperto applicata dalla banca ed il relativo importo annotato trimestralmente sul conto corrente;
- f) le spese per la tenuta del conto o per l'effettuazione di singole operazioni o per servizi (al netto dei bolli e delle tasse) annotate trimestralmente sul conto corrente.

3. CONSIDERAZIONI SULLA PRESCRIZIONE

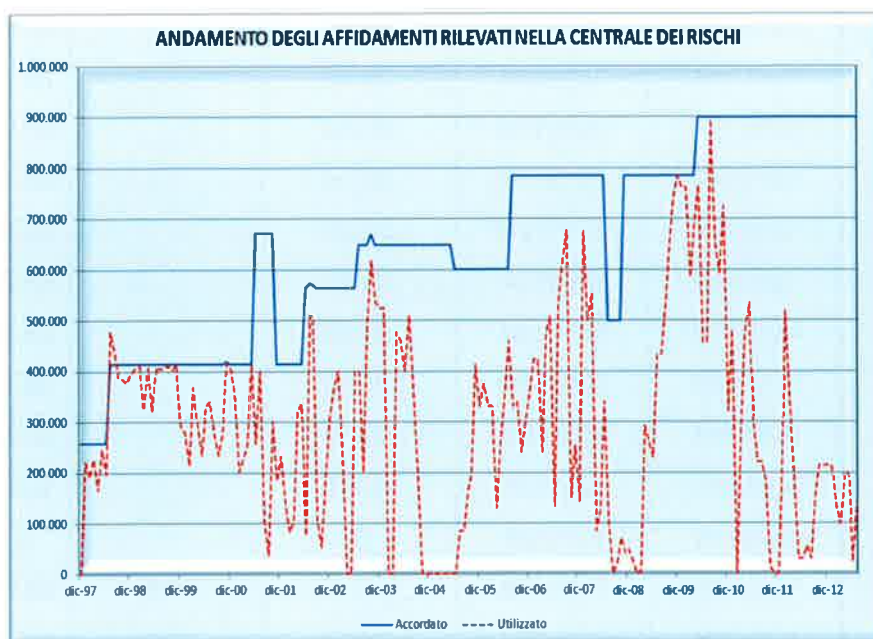
Nessuno dei conti correnti oggetto dell'analisi risulta prescritto in quanto, alla data odierna, tutti i conti correnti sono ancora aperti o sono chiusi da meno di dieci anni.

In ogni caso, come richiesto, si fornisce un'analisi dell'andamento nel tempo degli affidamenti, ai fini della verifica dei criteri di prescrizione indicati nella sentenza di Cassazione n. 24418 del 2 dicembre 2010.

L'esame delle segnalazioni memorizzate negli archivi della Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia evidenzia che la Banca ha concesso nel tempo alla Società le linee di credito indicate nelle seguenti tabelle:

SOCIETA' ALFA				
BANCA BETA				
Da	a	REVOCA	AUTOLIQUIDANTI	TOTALE
01/12/1997	30/06/1998		258.228	258.228
01/07/1998	31/10/2000	0	413.166	413.166
01/11/2000	30/11/2000		418.330	418.330
01/12/2000	31/05/2001		413.166	413.166
01/06/2001	31/10/2001		671.394	671.394
01/11/2001	30/11/2001	103.292	309.874	413.166
01/12/2001	31/01/2002	103.292	309.875	413.167
01/02/2002	31/05/2002	103.292	309.874	413.166
01/06/2002	30/06/2002	150.000	413.166	563.166
01/07/2002	31/07/2002	150.000	422.666	572.666
01/08/2002	31/08/2002	150.000	421.560	571.560
01/09/2002	30/06/2003	150.000	413.166	563.166
01/07/2003	30/09/2003	50.000	600.000	650.000
01/10/2003	31/10/2003	50.000	619.471	669.471
01/11/2003	31/05/2005	50.000	600.000	650.000
01/06/2005	31/07/2006		600.000	600.000
01/08/2006	30/06/2008		785.000	785.000
01/07/2008	31/10/2008		500.000	500.000
01/11/2008	30/04/2010		785.000	785.000
01/05/2010	31/07/2013		900.000	900.000

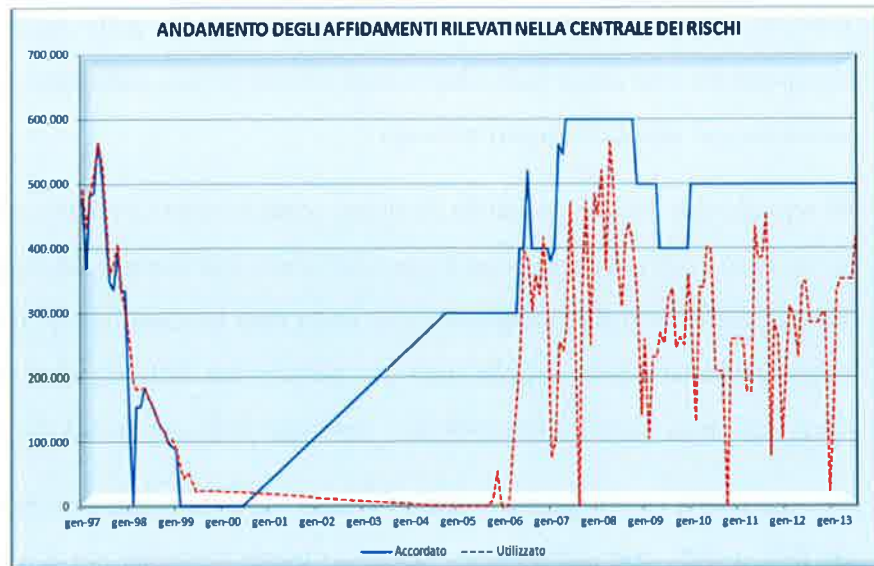
A seguire si riporta l'analisi grafica che mostra visivamente quanto riportato nella tabella e da cui risulta il rapporto tra affidamento accordato e utilizzato.



SOCIETA' ALFA				
BANCA GAMMA				
Da	a	REVOCA	AUTOLIQUIDANTI	TOTALE
01/01/1997	31/01/1997	0	478.239	478.239
01/02/1997	28/02/1997	0	370.816	370.816
01/03/1997	31/03/1997		481.854	481.854
01/04/1997	30/04/1997	0	486.502	486.502
01/05/1997	31/05/1997		564.487	564.487
01/06/1997	30/06/1997	0	509.743	509.743
01/07/1997	31/07/1997	0	441.054	441.054
01/08/1997	31/08/1997	0	349.125	349.125
01/09/1997	30/09/1997	0	337.246	337.246
01/10/1997	31/10/1997	0	394.573	394.573
01/11/1997	31/12/1997	0	335.697	335.697
01/01/1998	31/01/1998	0	149.256	149.256

01/02/1998	28/02/1998	0	2.582	2.582
01/03/1998	30/04/1998	154.937		154.937
01/05/1998	31/05/1998	183.342		183.342
01/06/1998	30/06/1998	167.848		167.848
01/07/1998	31/07/1998	157.519		157.519
01/08/1998	31/08/1998	139.443		139.443
01/09/1998	30/09/1998	123.950		123.950
01/10/1998	31/10/1998	115.686		115.686
01/11/1998	30/11/1998	100.193		100.193
01/12/1998	31/12/1998	92.962		92.962
01/01/1999	31/01/1999	89.347		89.347
01/02/1999	30/09/2004	0		0
01/10/2004	30/04/2006	0	300.000	300.000
01/05/2006	30/06/2006	164.306	235.694	400.000
01/07/2006	31/07/2006	137.541	382.459	520.000
01/08/2006	31/12/2006	97.237	302.763	400.000
01/01/2007	31/01/2007	305.440	74.043	379.483
01/02/2007	28/02/2007	298.932	101.068	400.000
01/03/2007	31/03/2007	305.440	254.424	559.864
01/04/2007	30/04/2007	305.440	241.407	546.847
01/05/2007	31/10/2008	15.000	585.000	600.000
01/11/2008	30/04/2009	15.000	485.000	500.000
01/05/2009	31/12/2009	15.000	385.000	400.000
01/01/2010	31/07/2013	211.075	288.925	500.000

Si riporta la stessa proiezione grafica degli affidamenti concessi anche per la Banca Gamma:



La Società è quindi sempre stata "affidata" dalla Banca nel tempo nei termini suindicati.

PARTE I: ANATOCISMO

4. RICALCOLO CON ELIMINAZIONE DEGLI INDEBITI

I conti correnti si suddividono in conti correnti ordinari, nei quali gli interessi sono stati capitalizzati direttamente sul conto, e conti accessori le cui competenze non sono state capitalizzate direttamente sul conto, ma sono state "girate" sul conto corrente ordinario principale a cui erano collegati.

Si è proceduto alla predisposizione dei conteggi di rielaborazione dei conti correnti ordinari in esame, eliminando gli effetti anatocistici derivanti dalla capitalizzazione periodica degli addebiti ed accrediti per interessi rilevati sul rapporto di conto corrente sotto osservazione, compresi quelli relativi alle competenze dei conti accessori, che venivano girate sui rispettivi conti correnti ordinari.

Per quanto riguarda le competenze dei conti accessori riversate sul conto corrente principale, è stata effettuata l'espulsione per ricalcolare il saldo

corretto eliminando l'effetto anatocistico provocato dalle stesse. Le competenze, così come individuate negli estratti conto, sono state quindi reinserite nel rapporto di provenienza.

Si segnala che il saldo contabile di alcuni conti correnti è stato trasferito in un altro conto corrente, con il mantenimento dell'identità del rapporto banca-cliente, con la conseguenza che sono stati trasferiti anche tutti gli effetti dell'anatocismo e della mancata pattuizione delle condizioni che erano maturati sui conti trasferiti (c.d. principio della continuità dei conti)

Per semplicità i conteggi sono stati effettuati separatamente per i rapporti da #01 a #09, con applicazione del tasso legale semplice per il periodo intercorrente fra la data di Fine Osservazione e la data odierna.

Ci si riserva di produrre, in un secondo momento, un'alternativa di calcolo che preveda la sostituzione dei saldi storici trasferiti da un conto all'altro, con i nuovi saldi ottenuti eliminando gli oneri illegittimi.

Le fasi seguite nel ricalcolo sono state le seguenti:

- a) per ogni conto corrente, reinserimento nel software "XYZ" di tutte le operazioni di conto corrente come risultanti dagli estratti conti cartacei trasmessi dalla Banca alla Società, specificando sia la data del movimento sia la valuta applicata dalla banca; si precisa che sono stati inseriti alcuni sporadici movimenti di raccordo che non hanno influenzato l'esito dell'analisi;
- b) per i conti correnti #02, #03, #04 è stato considerato pari a zero il saldo iniziale riportato nel primo degli estratti conto, come richiesto al punto 2) a. della premessa, in quanto non è stato possibile determinare come tale saldo si sia formato nel tempo.
- c) sono state inserite, in specifiche tabelle, le condizioni di tasso dare e di tasso avere, gli interessi attivi e passivi, le commissioni di massimo

scoperto e le spese, così come indicate di volta in volta nelle liquidazioni trimestrali effettuate dalla banca;

- d) si è proceduto al ricalcolo degli interessi, senza capitalizzazione e nell'ipotesi di applicazione dei tassi di interesse legali per gli interessi attivi e del tasso zero per gli interessi passivi, utilizzando la data effettiva dei movimenti in sostituzione della data valuta, come richiesto al punto 2) b. c. d. della premessa;
- e) si è proceduto a determinare la differenza tra le competenze complessive applicate dalla banca, risultanti dagli estratti conto, e gli "interessi ricalcolati", come rielaborati dal software "XYZ";
- f) si è proceduto a calcolare eventuali interessi attivi al tasso legale dalla Data di Fine Osservazione fino alla data odierna.

- colonna Numeri per Tasso diviso 36500;

5. CONCLUSIONI

Sulla base dei conteggi effettuati è emerso che l'eliminazione delle competenze originarie addebitate e la loro sostituzione con le competenze ricalcolate secondo quanto richiesto nel punto 2) a. b. c. d. della premessa, conduce ad una differenza a favore della Società pari ad

Euro 1.172.888

comprensiva degli interessi legali semplici dalla Data Fine Osservazione alla data odierna.

E' stato successivamente effettuato un secondo conteggio utilizzando il tasso legale tempo per tempo vigente sia per gli interessi attivi che per gli interessi passivi, come richiesto al punto 2) d. della premessa. In questa ipotesi il ricalcolo conduce ad una differenza a favore della società pari ad Euro 1.075.883, comprensiva degli interessi legali semplici dalla Data Fine Osservazione alla data odierna.

PARTE II: USURA

6. VERIFICA DEL SUPERAMENTO DEL TASSO SOGLIA

Per la rilevazione del tasso di interesse in concreto applicato, necessario per il dovuto confronto con il tasso soglia di cui alla L. 108/96, si è proceduto alla determinazione trimestrale del Tasso Effettivo Globale Medio, in base alla formula applicabile alle aperture di credito in conto corrente, pubblicata dalla Banca d'Italia così come interpretata dai recenti pronunciamenti della Suprema Corte di Cassazione:

$$\text{TEG} = \frac{\text{competenze} \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

dove:

TEG = Tasso effettivo globale

Competenze = Interessi debitori, commissioni, oneri e spese debitori

Numeri debitori = Numeri Debitori del periodo.

Le Competenze da inserire nella formula del calcolo del TEG sono in ogni caso quelli rilevati dagli estratti conto, mentre la scelta relativa ai Numeri Debitori al denominatore può essere in alternativa per i Numeri Debitori risultanti dagli estratti conto oppure per i Numeri Debitori Rettificati. A seconda della scelta si possono ottenere due valori distinti del TEG:

- a) **TEG incompleto** che deriva dall'inserimento al denominatore dei Numeri Debitori calcolati a partire dai movimenti riportati sugli estratti conto, con la sola rettifica della data di valuta; è detto "incompleto" perché non considera l'accumularsi delle capitalizzazioni delle competenze che sono avvenute dall'inizio del rapporto al momento della rilevazione;

- b) **TEG** che considera al denominatore della formula di Bankitalia i Numeri Debitori Rettificati calcolati in modo da eliminare “l’inquinamento” degli addebiti, effettuati dalla Banca a titolo di interessi anatocistici, interessi ultralegali, CMS e spese non pattuite correttamente. Per prudenza, a vantaggio della Banca, come data di inizio della rettifica dei numeri è stata considerata la data di entrata in vigore della legge “antiusura”, cioè il 01/04/1997.

Ai fini del calcolo del superamento del tasso soglia, occorre rapportare il numeratore composto dalle Competenze effettivamente richieste ed addebitate dalla Banca sui conti correnti, con il denominatore costituito dai Numeri Debitori o dai Numeri Debitori Rettificati (che esprimono il vero utilizzo del correntista, non “gonfiato” da addebiti non giustificati).

Prima di effettuare il confronto con i Tassi Soglia individuati trimestralmente dalla Banca d'Italia occorre però applicare degli opportuni correttivi per tenere conto del fatto che il TEG ottenuto, sia nella forma incompleta che in quella completa, esprime un mero tasso nominale e non include quindi l'incidenza dei meccanismi moltiplicativi delle competenze (gli anatocismi, in numero di quattro all'anno, della commissione di massimo scoperto e degli interessi).

Ricordiamo infatti che la legge n. 108/96 impone di calcolare il tasso Effettivo Globale riferito ad anno. Per ottenere questo valore, che è poi il TEG, dobbiamo determinare di quanto si incrementa il tasso nominale (r) per effetto degli anatocismi. Si è, di conseguenza, calcolato l'incremento della commissione di massimo scoperto ΔM , che agisce su se stessa; il ΔM su r , che è l'incremento determinato dalla commissione di massimo scoperto che agisce sul tasso di interesse; il Δr , ovvero il tasso di interesse che incrementa se stesso ed infine il Δr su M , che è l'incremento che il tasso di interesse determina sulla commissione di massimo scoperto. La

somma del *tasso nominale r* e degli incrementi $\Sigma \Delta$ ci fornisce il *Tasso Effettivo Globale riferito ad anno*.

Successivamente si è confrontato il *TEG riferito ad anno* così calcolato, con le rilevazioni trimestrali effettuate dalla Banca d'Italia aumentate della metà, per tutti i periodi esaminati.

I parametri di calcolo sono stati inseriti nei prospetti di *“verifica superamento tasso soglia usura”*, dove sono evidenziati sia il tasso nominale che il TEG, entrambi corretti per tenere conto degli anatocismi. Il calcolo è stato effettuato per i rapporti contrassegnati con l'identificativo #01....#09.

7. CONCLUSIONI

Dall'esame dei calcoli effettuati seguendo quanto dettato dalla Legge 108/96, si deduce che l'ammontare degli interessi e delle commissioni addebitate sui conti correnti **ha determinato il superamento del tasso soglia** nei seguenti casi:

a) considerando al denominatore della formula i *Numeri Debitori Rettificati*:

#01: in 67 trimestri su 67 trimestri osservati;
#02: in 29 trimestri su 32 trimestri osservati;
#03: in 5 trimestri su 5 trimestri osservati;
#04: in 29 trimestri su 37 trimestri osservati;
#05: in 22 trimestri su 38 trimestri osservati;
#06: in 3 trimestri su 27 trimestri osservati;
#07: in 9 trimestri su 12 trimestri osservati;
#08: in 2 trimestri su 12 trimestri osservati;
#09: in 2 trimestri su 12 trimestri osservati;

b) considerando al denominatore della formula i *Numeri Debitori*:

#01: in 55 trimestri su 67 trimestri osservati;
#02: in 0 trimestri su 32 trimestri osservati;
#03: in 0 trimestri su 5 trimestri osservati;
#04: in 9 trimestri su 37 trimestri osservati;

#05: in 20 trimestri su 38 trimestri osservati;
#06: in 0 trimestri su 27 trimestri osservati;
#07: in 7 trimestri su 12 trimestri osservati;
#08: in 2 trimestri su 12 trimestri osservati;
#09: in 2 trimestri su 12 trimestri osservati;

Considerato che i rapporti di conto corrente sono ampiamente viziati dal superamento del tasso soglia di usura è stato effettuato un ricalcolo applicando la sanzione contenuta nell'art. 1815 c.c., comma 2°, azzerando pertanto gli interessi passivi dovuti dalla Società alla Banca per tutta la durata del rapporto a partire dalla data di entrata in vigore della Legge 108/1996.

5. Conclusioni.

Alle luce delle considerazioni giuridiche esposte e confermate dall'analisi tecnica riportata, risulta piuttosto evidente il legame sussistente tra pratiche anatocistiche e usura e ci si permette di evidenziare che il Legislatore del 1942 aveva mostrato una certa lungimiranza nella stesura dell'art. 1283 c.c.

I meccanismi anatocistici, di capitalizzazione composta ecc. hanno un'innegabile idoneità a determinare una crescita esponenziale dei costi e degli oneri a carico del debitore. L'automatizzazione degli addebiti rischia di comportare una spirale vertiginosa di tali voci di costo, che sfugge al controllo dei prenditori di somme. Ciò non significa che debbano essere considerate pratiche in assoluto da evitare, bensì, che debbano essere poste in essere secondo le regole dettate a presidio degli istituti stessi, nel rispetto della tutela e delle esigenze di tutte le parti del rapporto.

CAPITOLO VI

IL “NUOVO” ANATOCISMO BANCARIO: LA RIFORMA DELL’ART. 120 T.U.B. co. II

SOMMARIO: 1. I recenti arresti legislativi che hanno interessato l’art. 120 del t.u.b. - 2. La Delibera CICR del 3 agosto 2016. - 2.1. Il nuovo co. II dell’art. 120 del t.u.b. - 3. Le prime considerazioni e aspetti critici. - 4. Conclusioni.

1. I recenti arresti legislativi che hanno interessato l’art. 120 del t.u.b.

Come più volte ricordato, quello che stiamo vivendo è certamente uno dei momenti storici in cui il contenzioso in tema di anatocismo bancario risulta essere maggiormente acceso. Ciò in quanto oltre ai molteplici arresti giurisprudenziali che hanno interessato la materia, dei quali si è in questa sede cercato di rendere conto, seppur senza alcuna pretesa di esaustività, in pochi anni si sono succeduti una serie di interventi legislativi tesi a ridisegnare, per l’ennesima volta, i confini applicativi dell’istituto dell’anatocismo bancario.

In primis, si ricorda la legge di stabilità 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n. 147)²⁷⁷ la quale, almeno ad una prima lettura, pareva essere destinata a mettere la parola “fine” sul controverso istituto dell’anatocismo bancario²⁷⁸.

²⁷⁷ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 2013 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2014, con il comma 629 interviene a modificare sensibilmente la disciplina dell’anatocismo bancario, introdotto dall’art. 25, co. 2, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

²⁷⁸ S.V. in merito F. CIVALE, *L’art. 120 del T.U.B. e la consultazione relativa alla Delibera CICR*, 2015, in www.dirittobancario.it, secondo cui «pare non revocabile in dubbio che attraverso l’attuale art. 120, comma 2, del T.U.B. discostandosi dalla precedente formulazione, il legislatore intenda eliminare nei rapporti tra banche e clienti ogni forma di produzione di interessi sugli interessi, sia attivi sia passivi. In tal senso, si ritiene sia significativo annotare che mentre nella previgente versione il CICR era chiamato a stabilire modalità e criteri per la “produzione di interessi sugli interessi maturati”, nell’attuale e vigente versione il CICR è chiamato a stabilire

Il comma 629 della legge n. 147 del 27 dicembre 2013 sanciva che dal 1° gennaio 2014 l'articolo 120 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il comma 2 era sostituito dal seguente: «2. Il CICR 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 possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale»²⁷⁹. Dalla lettera della norma come riformata, pareva essere piuttosto chiaro l'intento legislativo di eliminare una volta per tutte la pratica della capitalizzazione degli interesse scaduti, attraverso uno specifico divieto legislativo.

Rimaneva un alone di incertezza in relazione al rinvio operato dalla norma ad una successiva delibera CICR, in relazione alle modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria. In forza di tale rinvio alcuni intrepreti, e intermediari, avevano ritenuto di non considerare ancora

modalità e criteri per la “produzione di interessi”. La volontà espressa (forse in modo involuto) dal legislatore risulta in ogni caso evidente, ossia eliminare il c.d. anatocismo bancario. A riprova di quanto detto, depone anche l'esame dei lavori parlamentari relativi al comma 629 dell'art. 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 che, come detto, ha introdotto la versione attualmente vigente dell'art. 120, comma 2, del T.U.B.».

²⁷⁹ Il termine “capitalizzati” utilizzato nella norma aveva destato una serie di dubbi interpretativi, tra questi vi era chi sosteneva che potesse essere possibile solo una prima capitalizzazione di interessi, e che dopo tale momento, gli interessi avrebbero potuto essere calcolati solo sulla sorte capitale. Si trattava di un'interpretazione piuttosto forzata della lettera della norma, smentita da coloro secondo i quali il legislatore avrebbe utilizzato un termine improprio e che “capitalizzazione” si doveva intendere come “contabilizzazione”. Tale ultima chiave di lettura era stata confermata anche dal *Documento per la consultazione* di Banca d'Italia, emanato nell'agosto 2015, “Attuazione dell'articolo 120, comma 2, del Testo unico bancario in materia di produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”, Agosto 2015, in www.bancaditalia.it. V. *infra*.

del tutto debellato il fenomeno anatocistico, in attesa della pronuncia del CICR²⁸⁰.

Difatti, secondo tale impostazione, l'art. 120 del t.u.b. come allora innovato ad opera della novella del 2013, non poteva avere immediata portata precettiva a fronte della mancanza della normativa secondaria di attuazione emanata ad opera del CICR.

Il nuovo art. 120 del t.u.b. non sarebbe stato immediatamente applicabile per due principali ordini di ragioni. In primo luogo in forza del contrasto, almeno apparente, tra il tenore letterale della nuova disposizione normativa e l'intento del legislatore, che pareva essere teso a eliminare dai rapporti contrattuali tra banca e cliente ogni forma di produzione di interessi su interessi, sia attivi che passivi (anatocismo) – con ciò discostandosi radicalmente dall'impostazione del legislatore del 1999.²⁸¹

La norma che invece avrebbe dovuto dare compiuta attuazione alla volontà legislativa, sarebbe stata di senso contrario, riferendosi ad interessi “periodicamente *capitalizzati*”, prevedendo che questi «non possano produrre interessi ulteriori» e che «nelle successive operazioni di *capitalizzazione* sono calcolati esclusivamente sulla “sorte capitale”».

Dato il significato di “capitalizzazione” quale “trasformazione degli interessi in capitale” o “aggiungere a un capitale l'interesse fruttato dal medesimo”²⁸² – e l'immediata operatività della norma

²⁸⁰ Cfr. ad esempio U. MORERA – G. OLIVIERI, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, T.U.B.*, in *Banca Borsa tit. cred.*, I, 2015, 287 e ss.

²⁸¹ Cfr. Decreto Legislativo 4 agosto 1999, n. 342, *Modifiche al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 233 del 4 ottobre 1999; e la Relazione di accompagnamento alla legge n. 147 del 2013, n. 1661 del 2013.

²⁸² Cfr. U. MORERA – G. OLIVIERI, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, T.U.B.*, cit., nt.10.

avrebbe potuto condurre a soluzioni in contrasto con le finalità volute dal legislatore del 2013 e finire per ratificare, nella sostanza, l'attuale prassi bancaria di capitalizzare con cadenza trimestrale gli interessi attivi e passivi maturati nel periodo e scaduti al termine dello stesso.

A sostegno di tale impostazione è stato evidenziato che coloro che sostenevano la tesi dell'immediata applicabilità della nuova norma primaria, pur in assenza di quella secondaria di attuazione²⁸³, avrebbero dovuto forzare il dato letterale della nuova norma, affermando che il legislatore, per errore, avesse utilizzato il termine *capitalizzazione* in luogo di quello (più corretto) di *contabilizzazione*. Tale discrasia aveva indotto parte della dottrina²⁸⁴ ad auspicare un "intervento correttivo del legislatore al fine di sostituire i termini "capitalizzati" e "capitalizzazione", con i termini "contabilizzati" e "contabilizzazione"»²⁸⁵.

In secondo luogo, nell'allora formulazione dell'art. 120, comma 2, t.u.b. si sarebbe rinvenuta la totale mancanza di indicazioni concernenti le modalità e i criteri per regolare il pagamento degli interessi (attivi e passivi) nelle diverse tipologie di operazioni poste in essere dalle banche con la clientela, a fronte del divieto di conteggiare ulteriori interessi sugli interessi periodicamente maturati e scaduti (cfr. art. 120, comma 2, lett. *b*, t.u.b.). Pertanto, ad ogni scadenza contrattualmente prevista, gli interessi da pagare avrebbero dovuto essere calcolati esclusivamente sulla somma rappresentata dal capitale (quindi al netto degli interessi precedentemente maturati e scaduti). In tal senso, il nuovo secondo comma dell'art. 120 t.u.b. sembrava dettare

²⁸³ A. TANZA, *Anatocismo bancario: le novità introdotte dalla legge di stabilità 2014*, in *Altalex.com*; e v. anche la *Relazione* 10 febbraio 2014 della VI Sezione civile del Tribunale di Milano, in <http://www.ildirittodegliaffari.it/>, in cui si rileva come "l'espressione 'capitalizzazione' è impropriamente usata come sinonimo di 'conteggio'" (p. 2 del dattiloscritto).

²⁸⁴ C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, p. 98 e ss.

²⁸⁵ Cfr. *Atti Parlamentari Camera dei Deputati*, Seduta 6 agosto 2014, n. 280, p. 21.

una regola (imperativa) concernente esclusivamente la produzione ed il calcolo degli interessi derivanti da rapporti tra banca e cliente; mentre nulla era detto in merito ai tempi e alle modalità di pagamento degli interessi maturati e scaduti.

Alla luce di quanto predetto, la norma non avrebbe avuto un significato sufficientemente chiaro e univoco per essere ritenuta di immediata applicazione, e avrebbe altresì comportato una serie di problemi applicativi e di tecnica bancaria nel calcolo degli interessi. Pertanto, secondo il citato orientamento, si sarebbe dovuta attendere l'emanazione della normativa secondaria di attuazione ad opera CICR, e, fino a quel momento, l'allora vigente sistema di conteggio degli interessi attivi e passivi seguito dalle banche italiane avrebbe dovuto ritenersi legittimo e conforme a regole di correttezza professionale generalmente condivise²⁸⁶.

Di tale avviso si era mostrata anche parte della giurisprudenza²⁸⁷, evidenziando il fatto che l'art. 120 del t.u.b., in combinato disposto con l'art. 161, co. 5 del t.u.b., avrebbero individuato un meccanismo normativo secondo il quale sarebbe stato indispensabile attendere la delibera del CICR, sul presupposto della specialità della normativa creditizia e della conseguente necessità di raggiungere un maggiore coordinamento tra le disposizioni. Pertanto, l'art. 120 del t.u.b. così come riformato non avrebbe potuto avere efficacia immediata.

²⁸⁶ Per approfondimenti S.V. U. MORERA – G. OLIVIERI, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, T.U.B., cit.*, 295 e ss.

²⁸⁷ C.f.r. Ord. Trib. di Bologna, 9 dicembre 2015, in www.expartecreditoris.it; Trib. di Torino, 16 giugno 2015, in www.dirittobancario.it; Trib. di Parma, 26 giugno 2015, in www.dirittobancario.it; Trib. di Cosenza, 27 maggio 2015, in www.expartecreditoris.it; Trib. di Siena, del 4 luglio 2015, *ivi*, secondo cui l'art. 120 del t.u.b., così come riformato, non poteva ritenersi operativo in quanto l'iter normativo non poteva considerarsi ultimato in assenza della delibera del CICR.

Di contrario avviso era stata l'opinione di altri Autori²⁸⁸ e di parte della giurisprudenza, tra cui il Tribunale di Milano, il quale con due ordinanze²⁸⁹ quasi coeve, aveva affermato che «la disposizione in esame non può che leggersi nel senso della rigorosa esclusione dell'anatocismo nei rapporti bancari, sulla base della mera interpretazione letterale, in forza della quale è difficile assegnare all'espressione "gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori" significato diverso dall'esclusione dell'anatocismo; ciò anche alla luce della correlazione con il successivo periodo, che impone di calcolare gli interessi capitalizzati, ossia annotati in conto, esclusivamente sulla sorte capitale. In tal senso depone anche il raffronto con la precedente versione del comma 2 dell'art. 120, che rimetteva al CICR di stabilire criteri e modalità "per la produzione di interessi sugli interessi scaduti", espressione che

²⁸⁸ S.V. ad es. R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00. Dall'anatocismo sfilacciato al divieto dell'art. 1283 c.c.: nell'indifferenza dell'Organo di Vigilanza, l'intermediario bancario persevera nella capitalizzazione degli interessi, con oltre € 2 mil.di di illegittimi ricavi nell'anno in corso*, Roma, 5 dicembre 2014, in www.studiomarcelli.com, p. 2 e ss. «Con la sostituzione, dal 1 gennaio '14, del comma 2 dell'art. 120 del T.U.B. è venuta meno la norma primaria che legittimava l'anatocismo bancario in deroga al divieto imperativo di cui all'art. 1283 c.c.: di riflesso la Delibera CICR del 9/2/002 risulta privata dell'originaria norma delegante e la prevista fusione degli interessi al saldo capitale con produzione di interessi su interessi risulta illegittima» e ancora nt. n. 3 «La nuova 'norma imperativa prevale – sia perché posteriore, sia perché contenuta in una fonte gerarchicamente sovraordinata – su quella attualmente dettata dalla Deliberazione del CICR in data 9 febbraio '00. Le disposizioni degli artt. 1, 3 e 5 della Delibera 'devono ritenersi tacitamente abrogate a decorrere dal 1° gennaio 2014, anche prima quindi che venga emanata la nuova deliberazione del CICR, cui fa riferimento il novellato art. 120, comma 2, T.U.B. (deliberazione il cui rilievo si esaurisce nel profilo della trasparenza, cui è intitolato l'intero titolo VI del testo unico bancario, in cui è inserito l'art. 120 in commento; ma la cui mancata emanazione non può in ogni caso pregiudicare l'applicazione di una norma imperativa come quella in esame)'. S.V. G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, II sem. 2013.

²⁸⁹ Tribunale di Milano, ord. del 25.03.2015 seguita a pochi giorni da quella del 03.04.2015, entrambe in www.dirittobancario.it. Le due ordinanze hanno sancito un importante principio secondo cui la riforma non necessita di attuazioni e si può quindi considerare in vigore fin dal 1° gennaio 2014. Pertanto, l'anatocismo bancario dovrebbe ritenersi vietato. Si afferma infatti nel testo delle Ordinanze che "l'interpretazione s'impone in forza del dato letterale della norma, lapidario, dove precisa che gli interessi non possano produrre ulteriori interessi".

all'art. 1283 c.c. definisce l'anatocismo, e che oggi non è più riproposta nella norma in esame, che si limita a parlare di "produzione di interessi". Tale interpretazione è peraltro coerente con la relazione di presentazione della proposta di legge alla Camera, nella quale era espressamente chiarito che la proposta di legge intendeva sancire l'illegittimità della prassi bancaria dell'anatocismo»²⁹⁰

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 9127/2015²⁹¹, aveva poi osservato che non solo non esisterebbero regole *ad hoc* per disciplinare la capitalizzazione degli interessi, ma nella realtà storica non si rileva alcuna consuetudine o uso alla capitalizzazione annuale degli interessi debitori, né di necessario bilanciamento con quelli creditori. Pertanto, l'anatocismo bancario avrebbe dovuto ritenersi una

²⁹⁰ Trib. di Milano, ord. del 25.03.2015, *cit.* Cfr. anche il *Documento per la consultazione* di Banca d'Italia, emanato nell'agosto 2015, "Attuazione dell'articolo 120, comma 2, del Testo unico bancario in materia di produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria", Agosto 2015, in www.bancaditalia.it, dove si legge espressamente quanto segue: «L'intenzione del legislatore, quale emerge dall'esame dei lavori parlamentari, era quella di stabilire "l'improduttività degli interessi composti", onde "mettere la parola fine a un comportamento riconosciuto illegittimo dalla giurisprudenza, ma costantemente tollerato dal legislatore". Questo proposito, tuttavia, sconta alcune difficoltà ricostruttive originate dal tenore letterale della norma; si è resa necessaria, pertanto, un'opera di interpretazione finalizzata a far emergere pienamente lo scopo cui la riforma mirava. Nella formulazione della proposta di delibera, inoltre, si è inteso delineare soluzioni che consentissero di evitare che l'intervento legislativo, finalizzato ad assicurare un regime di maggior favore per la clientela, potesse avere ricadute negative per la stessa. Le soluzioni tecniche adottate – specie con riferimento alla "contabilizzazione" separata degli interessi – risultano in linea con le prime pronunce della giurisprudenza in materia. Le opzioni interpretative seguite nella presente proposta di delibera, inoltre, sono state condivise con il Ministero dell'Economia e delle Finanze». Pertanto, la Banca d'Italia in tale occasione ha in primo luogo ribadito che vi fosse stata una chiara volontà legislativa tesa all'eliminazione dell'anatocismo bancario e che il termine "capitalizzazione", dovesse essere inteso come "contabilizzazione".

²⁹¹ Cass. Civ. sez. I, sent. 6 maggio 2015, n. 9127, reperibile in www.dirittobancario.it, e Cass. Civ., sez. VI, ord., 7 maggio 2015, n. 9169, *ivi*, secondo cui tanto la clausola di capitalizzazione trimestrale quanto quella di capitalizzazione annuale degli interessi passivi inserita in un contratto di conto corrente bancario è nulla e, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice, anche senza una tempestiva deduzione del profilo di invalidità da parte dell'interessato.

pratica assolutamente arbitraria, e non sarebbe stato in alcun modo necessario attendere la delibera del CICR sul punto.

In tale contesto di incertezza interpretativa, il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91²⁹² ha nuovamente cercato di modificare la norma ma non ha trovato accoglimento in sede di legge di conversione²⁹³.

Successivamente Banca d'Italia aveva redatto un'ulteriore proposta di delibera attuativa dell'art. 120 del t.u.b. da sottoporre all'attenzione del CICR²⁹⁴. La banca d'Italia aveva indetto una pubblica consultazione tesa a coinvolgere gli Intermediari e gli operatori del settore bancario, nonché finalizzata a raccogliere le osservazioni e considerazioni sulla proposta. La pubblica consultazione si è conclusa

²⁹² Il testo della norma non approvata era il seguente: «Art. 31 D.L. n. 91/14: 1. Il comma 2 dell'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è sostituito dal seguente: "2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo. Nei contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento è assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nell'addebito e nell'accredito degli interessi, che sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti interessi; per i contratti conclusi nel corso dell'anno il conteggio degli interessi è comunque effettuato il 31 dicembre". 2. Fino all'entrata in vigore della delibera del CICR prevista dal comma 2 dell'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, continua ad applicarsi la delibera del CICR del 9 febbraio 2000, recante "Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (art. 120, comma 2, del Testo unico bancario, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. 342/99)", fermo restando quanto stabilito dal comma 3 del presente articolo. 3. La periodicità di cui al comma 2 dell'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si applica comunque ai contratti conclusi dopo che sono decorsi due mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto; i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge e quelli conclusi nei due mesi successivi sono adeguati entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con l'introduzione di clausole conformi alla predetta periodicità, ai sensi dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385».

²⁹³ Secondo il Tribunale di Milano, ord. 23 marzo 2015, *cit.*, la *voluntas legis* di abolire l'anatocismo bancario con la L. 147 del 2013 sarebbe stato ulteriormente riscontrabile nella mancata conversione in legge dell'art. 31 D.L. n. 91/14, che avrebbe mirato a reintrodurre la legittimità dell'anatocismo bancario.

²⁹⁴ Proposta di Delibera CICR, «Modalità e criteri per la produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria (art. 120, comma 2 del Testo Unico Bancario, come sostituito dall'art. 1, comma 629, legge 27 dicembre 2013, n. 147)», agosto 2015, reperibile su www.bancaditalia.it.

ad ottobre 2015 ma il Comitato per il credito e il risparmio non si è mai pronunciato sul testo di delibera così formulato.

Tuttavia pare di poter affermare che la proposta di delibera formulata dalla Banca d'Italia abbia comunque sortito importanti effetti, in quanto, come verrà analizzato a breve, l'attuale formulazione dell'art. 120 del t.u.b., ricalca sensibilmente alcuni passaggi della suddetta delibera.

Infine, come noto, attraverso il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18 è stata presentata un'ulteriore proposta di modifica del comma 2 dell'art. 120 del t.u.b.²⁹⁵

Anche prima che intervenisse la formale approvazione in Parlamento del nuovo testo di legge, era ormai assodato che vi fosse la chiara volontà da parte del legislatore di introdurre a livello di normativa primaria la previsione di alcuni aspetti tecnici e operativi che prima erano demandati a disposizioni secondarie, elevando quindi al rango di norma primaria tecnicismi tipici della normativa secondaria (il

²⁹⁵ ART. 17-*bis* «(Modifiche all'articolo 120 del decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, relativo alla decorrenza delle valute e al calcolo degli interessi).

1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le lettere a) e b) sono sostituite dalle seguenti: «a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;

b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

riferimento è appunto la recente proposta di delibera sottoposta all'attenzione del CICR²⁹⁶).

Ad Agosto 2016 è intervenuta, appunto, la nuova Delibera CICR²⁹⁷, che sostanzialmente ricalca l'attuale testo legislativo dell'art. 120 del t.u.b., e ha sostituito la precedente delibera CICR del 9 febbraio 2000 (*“Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (art. 120, comma 2, del Testo unico bancario, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. 342/99)”*).

In relazione alla lett. a) del nuovo art. 120 del t.u.b. si fa riferimento alla stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno. Riguardo alla lettera b) il legislatore ha previsto che gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possano produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora²⁹⁸, e gli stessi dovranno essere calcolati esclusivamente sulla sorte capitale²⁹⁹.

Il nuovo art. 120 del t.u.b. certamente pone importanti problemi, in primo luogo di natura organizzativa per le banche e gli intermediari finanziari, oltre ad alcune incertezze di natura giuridica. Come vedremo, la riforma talvolta pubblicizzata come quella che avrebbe escluso l'anatocismo bancario, in realtà ha consentito una reintroduzione di tale fenomeno nel nostro ordinamento, nelle modalità che verranno analizzate a breve.

²⁹⁶ Cfr. Proposta di Delibera CICR, «Modalità e criteri per la produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria», *cit.* e la Consultazione pubblica indetta da Banca d'Italia, terminata a fine Ottobre 2015.

²⁹⁷ Delibera CICR, n. 343 del 3 agosto 2016, in www.bancaditalia.it.

²⁹⁸ Un problema specifico è sorto in relazione alla mora sui finanziamenti, in quanto ci si è chiesti se in caso di rata non pagata, la banca debba applicare il tasso di mora sull'intera rata non adempiuta o, viceversa, sulla sola quota capitale.

²⁹⁹ Il divieto si applica nell'ambito di tutte le operazioni di raccolta del risparmio ed esercizio del credito.

Nell'atto di emanazione della norma ci si chiedeva infatti se la capitalizzazione degli interessi d'ora in avanti avrebbe avuto cadenza annuale (e non più trimestrale come è stato per lungo tempo), o se invece si sarebbe assistito all'effettivo tramonto di un istituto che da sempre continua a far parlare di sé³⁰⁰.

Oltre alle problematiche che verranno originate dal nuovo testo dell'art. 120 del t.u.b., in ogni caso gli interpreti e gli operatori del diritto dovranno comunque affrontare il complesso contenzioso giudiziale sorto in tutti questi anni. Ciò rende inevitabilmente centrale e nevralgico il tema della corretta ripartizione degli oneri probatori tra banca e cliente, già affrontato nei precedenti capitoli, quale aspetto che attualmente costituisce terreno di acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

2. La Delibera CICR del 3 agosto 2016.

Con la delibera del 3 agosto 2016, n. 343, di seguito definita semplicemente "Delibera", il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) ha emanato le nuove disposizioni attuative dell'art. 120, comma 2, del d.lgs 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), così come modificato dall'art. 17 *bis* del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella Legge 8 aprile 2016, n. 49, contenenti le nuove modalità e criteri per il calcolo e la liquidazione degli interessi nelle operazioni bancarie.

La Delibera riguarda i rapporti bancari conclusi dai clienti, vale a dire qualsiasi soggetto³⁰¹ - privato o azienda - che abbia in essere un

³⁰⁰ Ciò in quanto la nuova norma dispone: «gli interessi debitori maturati (...) non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale».

³⁰¹ Ai sensi dell'art. 1 Delibera CICR 3 agosto 2016, si definisce si definisce: «cliente», qualsiasi soggetto che ha in essere un rapporto contrattuale con un intermediario. Non sono clienti le banche, le società finanziarie, gli istituti di

rapporto contrattuale con un intermediario, con le banche, gli intermediari finanziari e gli altri soggetti abilitati ad erogare a titolo professionale finanziamenti.

Le operazioni interessate dalla Delibera sono in generale “tutte” le operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito (ivi compresi i finanziamenti a valere su carte di credito).

La Delibera prevede che le Banche possano adeguare i contratti in essere con l'introduzione di clausole conformi, proponendo la modifica unilaterale, e che tale adeguamento costituisca giustificato motivo per procedere alla variazione unilaterale di cui all'art. 118 del t.u.b.³⁰².

Le nuove regole si applicano agli interessi maturati a partire dal 1° ottobre 2016 e la variazione dei contratti in essere ha decorrenza 31 dicembre 2016.

L'art. 118 del t.u.b. prevede che il Cliente potrà decidere entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta variazione unilaterale, frequentemente allegata all'estratto conto³⁰³, di recedere dal contratto senza spese aggiuntive.

La Delibera introduce particolari regole con riferimento:

1. ai rapporti di conto corrente

moneta elettronica, gli istituti di pagamento, le imprese di assicurazione, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, i fondi di investimento alternativi, le società di gestione del risparmio, le società di gestione accentrata di strumenti finanziari, i fondi pensione, Poste Italiane s.p.a., la Cassa depositi e prestiti e ogni altro soggetto che svolge attività di intermediazione finanziaria. Non si considerano clienti nemmeno le società aventi natura finanziaria controllanti, controllate o sottoposte al comune controllo dei soggetti sopra indicati; - «intermediario», le banche, gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del TUB e gli altri soggetti abilitati a erogare a titolo professionale finanziamenti ai quali si applica il titolo VI del TUB»

³⁰² Art. 118 del Testo Unico bancario, *cit.*

³⁰³ Di regola al 30.9.2016 o trasmessa con invio *ad hoc* per i rapporti che hanno rendicontazione diversa da quella trimestrale.

2. alle aperture di credito regolate in conto corrente (ivi incluse le aperture di credito anche quando la disponibilità sul conto, nella forma ex art. 1842 c.c., è generata da operazioni di anticipo su crediti e documenti) e agli sconfinamenti.

Come regola generale, per quanto concerne le operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito la Delibera stabilisce che “gli interessi debitori non possano produrre interessi con la sola eccezione degli interessi di mora”.

Con specifico riferimento ai:

1. rapporti di conto corrente la Delibera prescrive che:
 - gli intermediari debbono assicurare ai clienti la stessa periodicità, comunque non inferiore ad un anno, nel conteggio degli interessi creditori e debitori;
 - gli interessi debbono essere conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti;
2. contratti di apertura di credito³⁰⁴ regolate in conto corrente ed agli sconfinamenti³⁰⁵:

³⁰⁴ Da intendersi ai sensi dell’art. 4, lett. a) della Delibera CICR del 3 agosto del 2016, *cit.* “I) le aperture di credito regolate in conto corrente ex art. 2, comma 1, lett. a), del D.M. 30 giugno 2012, n. 644, *Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze del 30 giugno 2012, n. 644 – Disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell’articolo 117-bis del Testo unico bancario* (ossia alle aperture di credito regolate in conto corrente, in base alle quali il cliente ha la facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell’affidamento); II) le aperture di credito regolate in conto di pagamento anche quando la disponibilità sul conto, nella forma ex art. 1842 c.c., è generata da operazioni di anticipo su crediti e documenti”.

³⁰⁵ Da intendersi, ai sensi dell’art. 4, lett. b) della Delibera CICR del 3 agosto del 2016, *cit.*

«quelli specificati all’articolo 2, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 30 giugno 2012, n. 644, art. 1, comma 1, lettera d)», ovvero «b) agli sconfinamenti nei contratti di conto corrente in assenza di apertura di credito; c) agli sconfinamenti qualora vi sia un contratto di apertura di credito regolata in conto corrente; d) agli affidamenti e agli sconfinamenti a valere su conti di pagamento, concessi conformemente a quanto previsto ai sensi dell’articolo 114-*octies*, comma 1, lettera a), del T.U.B., con l’esclusione degli affidamenti a valere su carte di credito»

la Delibera prevede che gli interessi debitori vadano conteggiati al 31 dicembre di ciascun anno con una periodicità non inferiore ad un anno. Inoltre gli interessi debitori devono essere contabilizzati separatamente rispetto al capitale. La Delibera prevede inoltre che:

- gli interessi debitori siano esigibili dal 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati;
- gli intermediari debbano concedere ai clienti un periodo di 30 giorni, decorrenti dal ricevimento dell'estratto conto al 31.12 di ogni anno, prima che gli interessi maturati siano esigibili;
- il termine di 30 giorni può essere derogato contrattualmente tra le parti soltanto in senso più favorevole per il cliente.

Alla luce di quanto disposto dal t.u.b. e dalla Delibera, il Cliente può preventivamente autorizzare la Banca a procedere all'addebito degli interessi debitori maturati sul conto corrente su cui è regolata l'apertura di credito, anche in caso di sconfinamento in assenza di fido o oltre il limite del fido, al momento in cui gli interessi stessi diventano esigibili. In questo caso la somma addebitata è considerata dal momento dell'addebito "come capitale".

Il Cliente ha facoltà di revocare, in qualsiasi momento, la precitata autorizzazione a condizione che non abbia ancora avuto luogo l'addebito dell'importo.

In assenza dell'autorizzazione all'addebito in conto, o in caso di revoca della stessa, gli interessi debitori, nel rispetto del termine di esigibilità, devono essere comunque pagati dal Cliente utilizzando una delle modalità di pagamento accettate dalla Banca. La Banca potrà, quindi utilizzare i versamenti, i fondi e gli accrediti, provenienti dal Cliente o da soggetti terzi, destinati ad affluire sul conto del Cliente, per estinguere il debito del Cliente esigibile da interessi che saranno pertanto imputati, automaticamente e prioritariamente, al pagamento degli interessi debitori maturati divenuti esigibili; operare la

compensazione³⁰⁶ tra i saldi attivi ed i saldi debitori se esistono tra la Banca ed il Cliente più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti.

2.1 Il nuovo co. II dell'art. 120 del t.u.b.

Ovviamente le modifiche introdotte sono molto recenti, e per poter esprimere valutazioni compiute occorrerà attendere il tempo necessario per poter analizzare le concrete applicazioni tecniche da parte delle banche. Certamente i primi studi dottrinali possono fungere da valido aiuto per formulare alcune considerazioni sulla nuova disposizione³⁰⁷.

In primo luogo, è possibile affermare che formalmente la nuova normativa avrebbe dovuto essere tesa all'eliminazione del fenomeno anatocistico in tutte le sue forme. In realtà pare di poter affermare che non sia stato così, e che uno "spiraglio" per consentire di effettuare una capitalizzazione degli interessi residua, in quanto la norma stabilisce che in caso di autorizzazione ad addebitare gli interessi la somma imputata è considerata dal momento dell'addebito come "sorte capitale". Ciò significa che gli interessi maturati, e il cui pagamento venga effettuato con addebito in conto corrente, costituiranno la base di calcolo di futuri interessi debitori, replicando, seppur con modalità e cadenza diversa (una volta all'anno e non più ogni tre mesi) la produzione di interessi sugli interessi.

Di fatto attraverso l'art. 17 *bis* del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella Legge 8 aprile 2016, n. 49, il legislatore autorizza la

³⁰⁶ Un ulteriore tema di discussione riguarda la possibilità di compensare, ovvero se sia o meno possibile effettuare una compensazione anche all'interno dello stesso rapporto che ha originato il debito, oppure se, di contro, il meccanismo compensativo possa operare solo tra rapporti bancari distinti (ad es. più conti correnti di cui il cliente sia titolare con la stessa banca).

³⁰⁷ Cfr. R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00.*, cit.

capitalizzazione degli interessi sugli interessi in determinati casi, che verranno analizzati di seguito, e a fronte dell'avvenuta autorizzazione da parte del cliente a procedere con l'addebito automatico degli interessi a debito.

In tal modo, come anticipato, la legge introduce una giusta causa di variazione unilaterale del rapporto da parte della banca, ai sensi dell'art. 118 del t.u.b., e attraverso la predisposizione di un modulo *ad hoc* si chiede alla clientela di rilasciare la suddetta autorizzazione all'addebito automatico in conto corrente³⁰⁸.

Verrà mantenuta la stessa periodicità nel conteggio degli interessi tra banca e cliente che però, come ricordato, sarà conteggiata una volta all'anno, e non più ogni tre mesi, per espressa volontà legislativa.

Il 31/12 di ogni anno verranno calcolati gli interessi a credito/debito relativi a tutto l'anno in corso, che per i successivi 30 giorni non saranno esigibili. Il pagamento degli interessi a debito dovrà essere effettuato a partire dal 1° marzo dell'anno successivo, momento dal quale gli interessi a debito saranno esigibili.

Pertanto, a fronte della nuova disposizione normativa, il cliente può decidere di sottoscrivere l'autorizzazione, oppure di non sottoscrivere l'autorizzazione all'addebito automatico degli interessi, evitando, almeno secondo quanto emerge dai primi studi, il rischio di incorrere in fenomeni anatocistici.

Alla luce di questa considerazione, si potrebbe essere indotti a ritenere che negare l'autorizzazione possa essere la soluzione più

³⁰⁸ La comunicazione in oggetto è stata inviata in forza della modifica legislativa che ha interessato l'articolo 120 del t.u.b. Pertanto, ogni banca è tenuta a trasmetterla a tutta la clientela.

prudente, per non replicare i problemi già noti e di cui si è cercato di rendere conto nel presente elaborato.

In realtà è necessario analizzare alcuni ulteriori aspetti, poiché gli interessi a debito al 1° marzo dell'anno successivo dovranno comunque essere pagati, il che significa, escludendo l'addebito automatico in conto corrente, che occorrerà provvedere al pagamento in contanti o tramite bonifico, assegno ecc.

Inoltre, gli interessi costituiranno un debito immediatamente esigibile da parte della banca, pertanto, in caso di mancato pagamento, da tale data potranno generarsi interessi di mora. Inoltre, non pagare il debito a scadenza potrebbe esporre il cliente a segnalazioni pregiudizievoli come la quella in Centrale dei rischi, per chi beneficia di "fidi" di importo pari o superiore a 30.000 euro. Considerando che l'addebito avverrà in un'unica soluzione, non è difficile ipotizzare che in contesti di grandi dimensioni gli interessi possano anche superare tale soglia.

Altre "banche dati" analoghe alla Centrale dei rischi non prevedono limiti di importo, pertanto, ci si espone a potenziali segnalazioni anche per un ammontare di interessi non pagati in misura inferiore.

Viceversa, decidendo di sottoscrivere l'autorizzazione all'addebito automatico di interessi (compilando il modulo predisposto dalla banca), come anticipato, ci si espone ad un potenziale rischio anatocistico (sia per rapporti affidati, sia per rapporti non affidati ma "scoperti") poiché gli interessi pagati attraverso l'addebito automatico in conto corrente possono diventare sorte capitale e base di calcolo per il futuro calcolo di interessi a debito.

Tuttavia, la scelta del singolo cliente deve tener conto delle esigenze individuali e organizzative.

Certamente, l'effetto economico maggiormente significativo, e che richiede le maggiori riflessioni, è quello che coinvolge le imprese. Difatti, l'eventuale "sopravvivenza" di un effetto anatocistico potrebbe verosimilmente determinare numeri molto più elevati nel mondo delle imprese, che di regola devono fare ricorso al mercato del credito, e che, di conseguenza, sono quelle maggiormente esposte al verificarsi di fenomeni anatocistici sottoscrivendo l'autorizzazione all'addebito automatico in conto corrente³⁰⁹.

In ogni caso, sia che l'autorizzazione venga firmata o meno, il pagamento degli interessi non sarà più diluito ogni tre mesi, bensì dovrà avvenire in un'unica soluzione a marzo di ogni anno (salvo future variazioni legislative). Pertanto, sia che si consenta l'addebito automatico, sia che non si consenta, privati, famiglie e imprese devono necessariamente provvedere ad un accantonamento di somme sufficienti per far fronte al debito di interessi, onde evitare il rischio di conseguenti segnalazioni pregiudizievoli nelle specifiche banche dati, con conseguente rischio di vedersi revocare i fidi già erogati o un inasprimento nella concessione di nuovi³¹⁰.

³⁰⁹ Per quanto concerne l'anno 2016 le nuove regole si applicano agli interessi maturati a partire dal 1° ottobre 2016 (fino al 30 settembre 2016 sarà ancora vigente la normativa precedente) e la variazione dei contratti in essere avrà decorrenza 31 dicembre 2016.

Al Cliente è stata data la possibilità di decidere entro 60 giorni – senza spese – dalla ricezione della comunicazione della variazione unilaterale, allegata ad un estratto conto, o trasmessa con invio *ad hoc* per i rapporti che hanno rendicontazione diversa da quella trimestrale, di recedere dal contratto senza spese aggiuntive. Le banche dovranno raccogliere (o tentare di raccogliere) l'autorizzazione per ogni rapporto bancario oggetto della nuova normativa prima del 1.3.2017 (avvio periodo di esigibilità interessi debitori).

³¹⁰ Si noti che l'art. 4, co. 6 della delibera CICR del 2016, *cit.*, prevede che «il contratto può stabilire che, dal momento in cui gli interessi sono esigibili, i fondi accreditati sul conto corrente dell'intermediario e destinati a ad affluire sul conto del cliente sul quale è regolato il finanziamento siano impiegati per estinguere il debito da interessi». Ciò significa che anche in caso di mancata autorizzazione all'addebito automatico di interessi, la banca, se espressamente pattuito, potrà trattenere le somme che confluiranno sul conto corrente di un cliente (ad es. a attraverso un bonifico bancario) per provvedere al pagamento delle somme dovute a titolo di interessi.

In caso di rilascio dell'autorizzazione, il persistere di interessi a debito addebitati in conto in assenza di provvista, potrebbe determinare scoperti di conto corrente (se non affidati) o versamenti *extra* fido, per conti affidati, integrando in tal modo una rimessa solutoria, con le relative conseguenze in termini di decorso della prescrizione³¹¹.

Ora, anche se la nuova norma desta perplessità sotto diversi profili ha piena valenza normativa ed è, pertanto, vincolante.

Nonostante la modifica venga presentata come l'espressione di un "divieto di anatocismo", residua ancora uno spazio per il verificarsi di fenomeni anatocistici.

3. Le prime considerazioni e aspetti critici.

Tra le varie considerazioni che possono essere svolte in questa sede, la prima prende in esame valutazioni di opportunità. Ovvero, quale sia la *ratio* legislativa di aver abolito l'anatocismo bancario nel 2013, per poi averlo nuovamente reintrodotta, seppur con modalità diverse, a distanza di poco tempo.

In particolare poi, non ci si può esimere dall'evidenziare l'anomalia della nuova disposizione normativa nel suo complesso, poiché si parla formalmente di divieto dell'anatocismo bancario, che di fatto è tutt'ora ammesso poiché in caso di addebito automatico degli interessi, concesso attraverso l'autorizzazione rilasciata dal cliente, la norma stabilisce che «in questo caso la somma addebitata è considerata "sorte capitale"». Ora, non si comprende appieno perché e in quale modo un'autorizzazione, spesso rilasciata dal cliente più per necessità

³¹¹ In ogni caso è verosimile ipotizzare che all'atto di apertura di nuovi rapporti bancari (conti corrente, aperture di credito, linee di credito in generale) o di rinnovo di precedenti fidi e linee di credito, tra la documentazione che la banca chiederà di firmare alla clientela vi sia anche l'autorizzazione all'addebito automatico di interessi di cui sopra.

operativa (come presumibilmente avverrà per le grandi aziende) e per non esporsi a potenziali segnalazioni pregiudizievoli, possa rendere legittima una pratica bancaria fortemente discussa e che da tempo immemore si è cercato di eliminare. Allo stesso modo se davvero la norma fosse tesa ad istituire un divieto generale di anatocismo, non si comprende pienamente perché la firma del cliente su un modulo preconstituito dovrebbe rendere legittima una pratica che avrebbe dovuto essere vietata.

Inoltre, la nuova normativa non parrebbe aver scalfito in qualche modo la *ratio* sottesa al generale divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., che non pare assumere un significato diverso a seconda che vi sia o meno l'autorizzazione del cliente, o che il disvalore del comportamento vietato (eccetto i casi stabiliti dalla norma civilistica) sia ad oggi diverso per effetto della riforma. Il generale divieto di anatocismo, come già ricordato, è stato coniato dal legislatore del '42 con lo scopo di tutelare il debitore rispetto ad una crescita esponenziale, e spesso inconsapevole, del proprio debito e non pare che quest'esigenza sia ad oggi meno stringente o che la *ratio* della norma possa ritenersi mutata con l'avvento del nuovo testo dell'art. 120 del t.u.b.

Ancora, l'art. 17 *bis* del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, prevede una deroga al dettato dell'art. 1283 c.c. solo in favore dell'unico creditore "banca e intermediario abilitato". Non si comprende appieno il senso di tale scelta normativa. La banca svolge certamente una funzione che risulta essere centrale nel nostro sistema economico, ovvero quella di erogazione del credito, indispensabile per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Tuttavia, per percepire un legittimo compenso, non parrebbe necessario dover ricorrere al sistema anatocistico o dell'interesse composto, il quale, come evidenziato, può comportare una crescita

esponenziale del debito. Forse dovrebbe ritenersi sufficiente il pagamento degli interessi semplici e delle varie commissioni e oneri che vengono regolarmente applicate nelle operazioni bancarie e la loro trasparente evidenziazione alla clientela.

Questa deroga espressa in favore delle sole banche e intermediari, rispetto ad altri creditori del medesimo cliente, potrebbe porre ulteriori problemi di ragionevolezza, anche secondo principi di natura costituzionale, integrando una potenziale forma di disparità di trattamento tra operatori giuridici, a vantaggio di alcuni rispetto ad altri.

Ora, certamente il sistema bancario vive un momento di difficoltà, economico e reputazionale, tuttavia non ci si può esimere dall'evidenziare che questa difficoltà complessiva sia stata anche "auto procurata" attraverso il ripetuto ricorso a politiche bancarie di natura altamente speculativa, alcune delle quali sono oggetto di analisi del presente elaborato, seppur senza alcuna pretesa di esaustività.

Ancora, non si può non ricordare che i soggetti veramente colpiti dagli effetti della crisi economica – finanziaria che ha interessato il nostro Paese negli ultimi anni, sono state in primo luogo le imprese, fortemente pregiudicate anche dalla contrazione del credito (c.d. *credit crunch*). Detto fenomeno ha comportato un sensibile inasprimento della concessione di finanziamenti, attraverso l'aumento dei tassi di interesse e l'applicazione di condizioni peggiorative, o irrigidendo i criteri di valutazione del merito creditizio (s.v. *infra*, capitolo XI in tema di *rating* e valutazione del merito creditizio), oppure attraverso il rifiuto di concessione del credito.

E' stato poi osservato che la norma mal si coordina con alcuni principi che presiedono l'ordinamento giuridico, e potrebbe non incontrare un'agevole e facile applicazione. Una prima sostanziale contraddizione si pone nello stesso limite al tasso di interesse posto dall'art. 644 c.p. Infatti, risultando il presidio d'usura disposto con

riferimento al costo del credito erogato dall'intermediario, potrebbero risultare nello stesso compresi sia gli eventuali interessi di mora richiesti sugli interessi corrispettivi scaduti ed esigibili, sia gli interessi corrispettivi ulteriormente prodotti su quelli che, non risultando pagati da rimesse solutorie, vengono addebitati e divengono "sorte capitale". Come già enunciato, il riferimento espresso dall'art. 644 c.p. al «corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità» espresso da «commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, collegate all'erogazione del credito», oltre che agli «altri vantaggi o compensi» contemplati nell'art. 644 c.p., 3° comma, pare ricomprendere anche gli interessi di natura anatocistica, quale ulteriore costo connesso all'erogazione del credito. In tal senso anche per quanto concerne gli interessi addebitati e divenuti 'sorte capitale'³¹² permanerebbe la qualifica di "remunerazione del capitale" originariamente concesso dalla banca³¹³.

Pertanto, anche con la nuova formulazione dell'art. 120 del t.u.b. sembrano persistere gli stessi problemi in relazione al rapporto con le soglie usurarie già esaminati in precedenza. Ciò che muterà sarà principalmente la frequenza dell'addebito di interessi, ma la nuova disposizione, almeno sulla base delle prime analisi, non potrebbe dirsi "immune" dal poter (potenzialmente) violare la normativa antiusura. Si è già evidenziato, infatti, che se da un lato è vero che la velocità di ascesa dell'indebitamento si accentua ulteriormente nel caso in cui la periodicità della capitalizzazione intervenga trimestralmente anziché annualmente, è indubbio che la crescita dell'indebitamento sia, in primo

³¹² Sia che li si voglia considerare o meno come "pagamenti" secondo i principi disposti dalla Cassazione 24418/10.

³¹³ Cfr. R. MARCELLI, *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 T.U.B. si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c., cit.*, 45 e ss.

luogo, fortemente condizionata dall'ammontare del tasso di interesse applicato nel caso di specie, oltre che dalla frequenza dell'addebito.

Ancora, è stato evidenziato che uno degli aspetti più critici del meccanismo della capitalizzazione, come poc'anzi descritto, non risiederebbe tanto nella periodicità (trimestrale o annuale) di calcolo, bensì nell'automatismo della capitalizzazione contabilmente preordinato, e tale da favorire la reiterazione del meccanismo, sottraendo al cliente un'autonomia operativa e una effettiva consapevolezza.

Pertanto, è stato sottolineato in dottrina ciò che si renderebbe necessario sarebbe una specifica e libera disposizione di pagamento, senza la quale la banca non sarebbe autorizzata a mutare automaticamente gli interessi in capitale. Al contrario secondo il testo del nuovo art. 120 del t.u.b., attraverso l'autorizzazione l'importo da addebitare continuerà ad essere automaticamente sottratto dalla disponibilità del cliente, determinando in tal modo una "corsia privilegiata di pagamento del capitale", rispetto agli altri fattori che intervengono nell'attività d'impresa³¹⁴.

4. Conclusioni.

Con l'avvento della legge n. 147 del 2013, nonostante fosse stata considerata foriera di molti dubbi e incertezze³¹⁵, l'anatocismo risultava vietato a livello di norma primaria³¹⁶. Sennonché tale divieto legislativo

³¹⁴ Cfr. ancora R. MARCELLI, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., 15.

³¹⁵ V. in relazione ad alcuni dubbi tecnico-giuridici, R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00.*, cit.

³¹⁶ Secondo taluni studi diversi Paesi europei avrebbero vietato l'anatocismo, con modalità e termini più o meno stringenti. Cfr.: Institut für finanzdienstleistungen e. V. (IFF) e Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH (ZEW), "*Study on interest rate restrictions in the EU*" (2010); "*La capitalizzazione degli interessi bancari*". Studio di diritto comparato (Francia, Germania, Inghilterra, Spagna), a cura di K. Roudier, V. Keil, G. Scaccia, P. Passaglia, T. Giovannetti, C. Guerrero Picò -- Collana Studi e ricerche di diritto comparato della Corte costituzionale (maggio

è stato rapidamente eliminato attraverso l'art. 17 *bis* del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella Legge 8 aprile 2016, n. 49, innovando nuovamente il 2° comma dell'art. 120 del t.u.b. e consentendo, di conseguenza, la reintroduzione del tanto discusso anatocismo, seppur sotto “mentite spoglie”.

Di fatto, l'art. 1283 c.c. che consentiva la produzione di interessi sugli interessi solo per interessi scaduti da almeno sei mesi e a fronte di una (successiva) domanda giudiziale o accordo convenzionale, non ha mai trovato³¹⁷ e, ci si permette di rilevare, forse difficilmente troverà compiuta applicazione.

Certamente la nuova norma desta molte perplessità, e i dubbi che si è cercato di esporre, seppur in breve, in questa sede sono molteplici, a cominciare dall'opportunità di una scelta legislativa che oltre ad aver contraddetto un recente intervento legislativo di segno contrario, ha di fatto reintrodotta una figura giuridica così fortemente discussa e criticata, che da sempre incontra la disapprovazione della giurisprudenza e della dottrina, o almeno di una parte considerevole della stessa. Ancora, molto dubbia è la ragionevolezza di una norma che consente una deroga espressa alla disposizione di cui all'art. 1283 c.c., in favore di un unico soggetto, ovvero degli intermediari abilitati.

2007); S. Bernheim-Desvaux, “*Clause d'anatocisme ou de capitalisation des intérêts*”, in “*Contrats Concurrence Consommation*”, n. 6, giugno 2014, form.6; C. Bragantini-Bonnet, “*L'anatocisme conventionnel*”, in “*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*”, n. 28, 11 luglio 2008, 1240; British Bankers' Association, *Code of conduct for the advertising of interest bearing accounts* (marzo 2011); Law Commission, *Pre-judgment Interest on Debts and Damages* (24 febbraio 2004); CGE, *Littlewoods Retail Ltd c. HMRC*, 19 luglio 2012 (Caso 591/10); María Medina Alcoz, *Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference, Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2011, 59 pp.; *Una sentencia pionera en España anula el pacto de anatocismo en una hipoteca*, ABC. es (16 giugno 2014).

³¹⁷ R. MARCELLI, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., p. 39, il quale ricorda che l'art. 1283 c.c. nella sostanza non ha mai trovato effettiva applicazione, «prima nella convinzione degli usi normativi, poi con la riserva posta dalla Delibera CICR del 9/2/00, l'automatica contabilizzazione a capitale è sempre stata la regola. Il tentativo di ripristino dei limiti all'anatocismo disposti dall'art. 1283 c.c., operato dalla legge 147/13, è stato, nel volger di un biennio, prima arenato, poi bloccato».

La scelta di mantenere in essere le pratiche anatocistiche, seppur con diverse modalità rispetto al passato, potenzialmente consentirà alle banche di percepire margini di profitto e, stavolta, questo avverrà in forza di una norma di natura primaria. In questo senso, se si pensa alla mole di contenzioso che è stata originata dal perpetrarsi di pratiche anatocistiche, pare calzante quanto affermato in dottrina, ovvero che «In una stretta visione aziendalistica, la mera valutazione dei costi/benefici induce a sospingere i rischi legali e reputazionali sino a quando i riflessi economici delle vertenze giudiziarie e dei danni di immagine non sopravanzano i benefici economici che gli intermediari traggono dalle aggressive strategie di comportamento»³¹⁸.

È stato osservato da autorevole dottrina, che di fatto con questa proposta di delibera, sostenuta dalla stessa Banca d'Italia e poi diventata norma primaria, si torna ad introdurre una deroga all'art. 1283 c.c., ancor più pervasiva di quella prevista dalla Delibera CICR 9/2/00, poiché il meccanismo della «periodicità annuale del computo degli interessi è accompagnato da uno “stravolgimento” dei principi di pagamento stabiliti dalla nota sentenza della Cassazione n. 24418/10, con la rimozione della fondamentale distinzione fra anatocismo e capitalizzazione. Non si ha più la produzione di interessi su interessi: più semplicemente, la somma addebitata diviene capitale»³¹⁹.

E' stato poi puntualmente osservato che la Banca d'Italia, alla quale il Testo Unico bancario ha destinato il compito di vigilare sulla “sana e prudente gestione” degli intermediari creditizi, oltre che sull'osservanza delle disposizioni in materia creditizia, spesso si astiene dall'intervenire, oppure asseconda i comportamenti degli

³¹⁸ R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00.*, cit. 31 e ss.

³¹⁹ R. MARCELLI, *Anatocismo e capitalizzazione*, cit., p. 4.

intermediari³²⁰. Ci si permette di evidenziare che la sana e prudente gestione, non dovrebbe essere tesa al solo guadagno a breve termine, bensì dovrebbe mirare al legittimo profitto e alla remunerazione dell'attività svolta per la quale, tuttavia, pare di poter affermare che la corresponsione dell'interesse anatocistico non dovrebbe essere veramente necessaria, percependo comunque le banche altre forme di remunerazione nel pagamento degli interessi ordinari, oneri, commissioni e spese di altra natura, che regolarmente vengono corrisposte dalla clientela per le attività svolte dall'intermediario.

³²⁰ R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00*, cit., 32.

CAPITOLO VII

MUTUO E USURA: ASPETTI DI PARTICOLARE RILIEVO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Interessi di mora e interessi corrispettivi: presunta disomogeneità dei tassi e soglie antiusura. - 2.1. Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi contraria. - 2.2. Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi favorevole. - 3. Divieto di sommatoria dei tassi corrispettivi e dei tassi di mora. - 4. Analisi applicativa: “Verifica del rispetto del tasso soglia usurario relativamente ad un contratto di mutuo”.

1. Premessa.

Nel presente capitolo si vorrebbe focalizzare l’attenzione su alcune tematiche che paiono essere di maggiore interesse in tema di mutuo.

Il contratto di mutuo rappresenta una delle tipologie “più classiche” fra le forme tecniche di erogazione del credito e per prima ha richiamato l’attenzione sulle tematiche connesse al rispetto delle soglie usuarie. Il rapporto tra mutuo e usura ha forse costituito l’occasione per l’affermarsi di principi fondamentali nella materia, che la dottrina e la giurisprudenza hanno, in modo assolutamente condivisibile, ritenuto essere applicabili anche ad altre tipologie di finanziamento³²¹.

Occorre pertanto premettere che le considerazioni svolte in apertura in tema di usura in generale, sono certamente valide anche in relazione al contratto di mutuo e per questioni di spazio devono ritenersi in questa sede richiamate.

³²¹ Sul punto v. *supra*, cap. I. L’art. 1815 c.c. costituisce la norma civilistica di riferimento in tema di usura ed è espressamente riferita al contratto di mutuo. Tuttavia, è pacifico in dottrina e giurisprudenza che il complesso delle misure antiusura si estende ad ogni operazione di finanziamento.

Nel presente capitolo si cercherà di analizzare alcune delle problematiche che paiono essere maggiormente rilevanti in relazione al contratto di mutuo, che possono tuttavia ritenersi applicabili anche per altre tipologie di finanziamento (quali, a titolo meramente esemplificativo, le aperture di credito in conto corrente assistite da garanzia ipotecaria).

Una prima questione che ha interessato il contratto di mutuo, che ha poi assunto portata più ampia, è quella relativa agli interessi di mora, ovvero, se debbano o meno rientrare nella verifica delle soglie antiusura.

In secondo luogo, pare interessante soffermarsi a ragionare sul concetto di “capitale”, quale base economica sulla quale verranno periodicamente calcolati gli interessi e, come mostrerà l’analisi applicativa di seguito riportata, sull’unicità del concetto di “prestito”.

L’analisi applicativa evidenzierà alcuni ulteriori spunti in merito al c.d. “tasso complessivo del prestito”.

2. Interessi di mora e interessi corrispettivi: presunta disomogeneità dei tassi e soglie antiusura.

2.1 Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi contraria.

Un primo quesito che gli interpreti hanno dovuto risolvere è se gli interessi di mora, di regola contemplati nei contratti di mutuo, e più in generale di finanziamento, dovessero o meno essere inseriti nella verifica del rispetto delle soglie usurarie.

La prima domanda, la cui risposta è in realtà propedeutica al quesito relativo all’inserimento o meno degli interessi di mora nella verifica della usurarietà, è se gli interessi moratori abbiano o meno natura giuridica diversa rispetto agli interessi corrispettivi.

Partendo dal tema legato alla natura giuridica degli interessi di mora, si segnala una corrente di pensiero secondo la quale i due interessi in esame sarebbero caratterizzati da una diversa essenza. Di conseguenza i sostenitori di tale impostazione tendono a dare risposta negativa in merito alla rilevanza dei medesimi ai fini della usurarietà del contratto. In tal modo, solo gli interessi corrispettivi dovrebbero essere conteggiati ai fini della verifica della normativa antiusura³²².

Una prima argomentazione a sostegno di tale orientamento viene individuata nella lettera dell'art. 644 c.p., che parrebbe circoscrivere la valutazione di interesse usuario entro il perimetro degli interessi corrispettivi, poiché la *ratio* della norma sarebbe la medesima che anima l'art. 1815 c.c., sancendo entrambe la tutela del medesimo bene giuridico, ossia il divieto di sproporzione tra le prestazioni. In tal senso non si dovrebbe attribuire una diversità di significati alle due disposizioni, civilistica e penalistica, attribuendo rilevanza ai soli interessi corrispettivi.

Questa analogia tra le *ratio*, troverebbe conferma nella differenza sussistente tra l'interesse corrispettivo e l'interesse moratorio, poiché l'interesse moratorio sarebbe assimilabile ad una clausola penale, prevista per il ritardo o per l'inadempimento, di cui all'art. 1382 c.c.³²³ Come noto, la disciplina della clausola penale,

³²² V. ad es. Cass., 10 maggio 1966, n. 1217, secondo cui «Gli interessi convenzionali nel mutuo hanno una funzione diversa dagli interessi moratori; gli uni, pattuiti dalle parti, costituiscono per il mutuante il corrispettivo delle utilità che il mutuatario trae dalla disponibilità del denaro preso in mutuo, gli altri invece sono dovuti, nella misura e con gli effetti previsti nell'art. 1224, per il fatto del ritardo del debitore nell'adempimento delle obbligazioni che, come il mutuo, hanno per oggetto una somma di denaro e costituiscono la liquidazione operata *ex lege* del danno presuntivo che l'inadempimento ha prodotto al creditore», in G. CIAN – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2010, A. DE SIMONE - W. G. CATURANO, *Usura bancaria: il "dilemma" degli interessi moratori. Cinque ragioni per le quali gli interessi moratori non dovrebbero sottostare al tasso soglia antiusura*, in *Gazz. Forense*, maggio – giugno 2014, 33 e ss.

³²³ Art. 1382 c.c. «La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione,

prevede che se l'interesse moratorio è eccessivo, si possa richiedere una riduzione in via equitativa all'autorità giudiziaria³²⁴. Secondo i sostenitori di tale impostazione, l'ordinamento avrebbe quindi già previsto a livello di normativa primaria il corretto strumento teso a porre rimedio alla sproporzione tra le prestazioni, e non si dovrebbe fare ricorso al meccanismo di cui all'art. 1815 c.c.

Alla stregua di tale impostazione, pertanto, l'interesse moratorio avrebbe una *ratio* e una funzione differente rispetto all'interesse corrispettivo, poiché il primo risponderebbe alla logica dell'inadempimento, mentre il secondo risponderebbe alla logica della naturale fecondità del denaro. L'interesse corrispettivo avrebbe, infatti, una natura remunerativa, tesa a corrispondere un'utilità per il mancato godimento del bene e in forza della naturale fecondità del denaro³²⁵. L'interesse moratorio al contrario, non avrebbe una natura remunerativa bensì solo risarcitoria, e sarebbe riconducibile allo schema della clausola penale, teso a fornire una liquidazione forfettaria minima per ristorare del danno patito dal soggetto per il ritardo nell'adempimento. L'interesse corrispettivo è poi un interesse effettivo, ossia un interesse che deve essere corrisposto al creditore regolarmente. Al contrario l'interesse moratorio sarebbe un interesse "virtuale" che andrebbe erogato solo in caso di inadempimento.

Alla stregua di quanto affermato, la diversa natura dell'interesse corrispettivo rispetto a quello moratorio, giustificherebbe il fatto che la

ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

³²⁴ Art. 1384 c.c. «La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

³²⁵ V. da ultimo la Decisione del 28 marzo 2014, n. 1875 dell'Arbitrato Bancario Finanziario, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it.

norma penale, e la norma civile di conseguenza, prendano in considerazione solo l'interesse corrispettivo.

A prescindere poi da tutte le considerazioni esposte di natura civilistica, uno degli argomenti che hanno contribuito a rafforzare la teoria secondo cui l'interesse di mora non dovesse rientrare nel calcolo dell'usura, creando le maggiori incertezze sul punto, sono state le affermazioni contenute nelle Istruzioni di Vigilanza³²⁶.

Nel dettaglio, le Istruzioni della Vigilanza relative alle rilevazioni dei Tassi Medi applicati dalle banche e dagli intermediari ogni trimestre, affermano che dal «calcolo del tasso» rilevante ai fini dell'usura «sono esclusi (...) gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo»³²⁷. In via correlata, i decreti trimestrali non includono la voce moratoria nel conto, e pertanto si legge «i tassi effettivi globali medi ... non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento»³²⁸.

2.2 Gli interessi di mora rilevano ai fini della verifica delle soglie di usura: tesi favorevole.

Risulta difficile negare che escludere il tasso di mora dal calcolo del tasso di usura costituisca un approccio a favore della parte più forte del rapporto negoziale. In effetti tale esonero comporta necessariamente una riduzione del costo complessivo del credito applicato nella specifica situazione fattuale.

³²⁶ V. Istruzioni Banca d'Italia del 1996, in *www.bancaditalia.it* e i Decreti Ministeriali, tra cui il primo decreto emesso in data dal 22 marzo 1997, in *www.gazzettaufficiale.it*.

³²⁷ «Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura», agosto 2009, in *www.bancaditalia.it*, p. 14.

³²⁸ Così l'art. 3, comma 4, dei decreti a far tempo da quello del 25 marzo 2003. Cfr. anche v. P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, nel *Tratt. dir. civ. Consiglio nazionale del notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, p. 174 e ss.

Per la verità l'orientamento più recente tende a ricondurre nel calcolo del tasso di usura anche gli interessi moratori, come interessi speculari rispetto agli interessi corrispettivi, considerandoli dotati della medesima funzione, ossia quella di risarcire e riparare il danno derivante dalla indisponibilità del denaro subito dal creditore. Si parla infatti di "omogeneità funzionale" dei due interessi³²⁹, a prescindere dal fatto che materialmente tale remunerazione sia collocata nella fase fisiologica o patologica del rapporto. Pertanto, se la *ratio* e la funzione sono identiche, gli interessi moratori devono rilevare ai fini del calcolo del tasso di usura.

Questa prospettiva troverebbe un doppio riscontro nel dato normativo. *In primis* analizzando l'art. 1224 c.c. co. 1, ultimo periodo, in quanto la norma prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Ciò significa che se le parti hanno convenuto interessi corrispettivi in misura superiore a quella legale (purché inferiore al tasso soglia) e non è stata convenuta la misura degli interessi moratori, a questi ultimi si applica lo stesso tasso previsto per quelli corrispettivi. Secondo tale impostazione, pertanto, sarebbe lo stesso codice civile ad equipararli, trattando gli interessi moratori alla stregua degli interessi corrispettivi, e riconducendoli sotto l'alveo dell'art. del 1815, co. 2°.

Ulteriore testuale conferma di tale assunto, si ricaverebbe dall'art. 644 c.p. il quale, come più volte ribadito, fa riferimento alle "remunerazioni" a "qualunque titolo".

Altro riscontro normativo a sostegno di tale orientamento sarebbe rappresentato dal d.l. 394 del 2000, art. 1³³⁰, in cui vengono

³²⁹ Cfr. anche sul punto Trib. di Massa, ord. 23 marzo 2016, in *www.assoctu.it*.

³³⁰ Ai sensi dell'art. 1, 1° co., d.l. 29/12/00 n. 394, di interpretazione autentica della L. 108/96, secondo cui sono considerati usurari, ai fini di cui all'art. 644 c.p. e dell'art.

richiamati gli “interessi convenuti a qualsiasi titolo”. Quindi sarebbero ricompresi nella citata disposizione anche gli interessi moratori dovuti per il ritardo nell’adempimento dell’obbligazione pecuniaria e, pertanto, la predetta norma includerebbe anche gli interessi moratori nel calcolo dell’usura.

Inoltre, la relazione governativa di accompagnamento al menzionato d.l. fa riferimento a ogni tipologia di interesse che rileva nel calcolo del tasso di usura, sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio.

Parrebbe quindi legittimo ritenere che sussista una espressa volontà del legislatore nel dare rilevanza all’interesse moratorio nel calcolo dell’usura.

Tale ultima l’impostazione sembra essere la più corretta e quella maggiormente condivisibile, in forza del principio di solidarietà, di non sproporzione e di equilibrio dei rapporti e delle prestazioni. Inoltre, parrebbe essere la chiave di lettura più consona anche in relazione all’interpretazione dell’art. 644 c.p. che pare essere maggiormente condivisibile.

Ancora, per quanto riguarda il valore da attribuire alle Istruzioni di Vigilanza della Banca d’Italia, è opportuno ricordare che nell’ambito della normativa sull’usura al Ministero dell’Economia e alla Banca d’Italia non risulta affidato nessun potere secondario di specificazione dei precetti primari di legge. Come puntualmente ha osservato proprio il Supremo Collegio³³¹, le rilevazioni trimestrali non hanno la funzione

1815 cod. c.c., gli interessi che superano il limite di legge “nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento”.

³³¹ Cfr., tra le altre, Cass. Pen., 18 marzo 2003, n. 20148, *cit.*, secondo cui il principio di riserva di legge era è stato rispettato in quanto la legge n. 108 del 1996 ha dettagliatamente delineato il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministero del Tesoro solo il compito di “fotografare”, secondo rigorosi criteri tecnici, l’andamento dei tassi finanziari. *Conf.* Cass Pen., Sez. II, ud. 19

di produrre opinioni o di determinare autonomamente il tasso soglia, bensì quella esclusiva di «fotografare» l'esistente, ovvero di rilevare il fatto storico dei tassi applicati dall'operatività bancaria e finanziaria, così come di dare seguito e riscontro alle consolidate letture del dato normativo fornite dalla Corte di Cassazione. In particolare la Corte di legittimità con la pronuncia n. 12028 del 2010³³² ha ribadito con chiarezza quanto già precedentemente chiarito dalla Suprema Corte³³³, ovvero che compito del Ministero del Tesoro è solo quello di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari. Non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'Autorità amministrativa deve compiere per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari. Questo percorso postula l'intervento della Banca d'Italia, che nella sua qualità di Organo di Vigilanza deve fornire le dovute istruzioni alle banche ed agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario, in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie.³³⁴

Questo intervento tecnico per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari postula comunque delle scelte interpretative da parte

febbraio 2010, dep. 26 marzo 2010, n. 12028, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* e in *www.ilcaso.it*.

³³² Cass. Pen., Sez. II, 26 marzo 2010, n. 12028, *cit.*

³³³ Ovvero, Cass. Pen., 18 marzo 2003, n. 20148, *cit.*

³³⁴ La citata sentenza n. 12028 del 2010, oltre ad aver sancito importanti principi in tema di Commissione di massimo scoperto (c.d. CMS), ha altresì ribadito che in tema di usura è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto dell'art. 644 c.p., comma 3 e della L. 7 marzo 1996, n. 108, l'art. 2 per presunto contrasto con l'art. 25 Cost., secondo cui le predette norme, nel rimettere la determinazione del "tasso soglia" ad organi di natura amministrativa, avrebbero determinato una violazione del principio della riserva di legge in materia penale. La Corte ha ribadito che il principio della riserva di legge è rispettato in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministro del Tesoro solo il limitato ruolo di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari e che non vi fosse dubbio sul fatto che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari.

dell'Organo di vigilanza tanto in merito alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali effettuare la rilevazione dei tassi medi effettivamente praticati nel trimestre, quanto in merito all'individuazione "delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese (..) collegate all'erogazione del credito", che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche, quanto delle voci che devono essere escluse, in quanto imposte o tasse, ovvero oneri non collegati all'erogazione del credito. Tale meccanismo, tuttavia, non costituisce violazione del principio di riserva di legge costituendo una mera esigenza tecnico – operativa, in quanto solo il Ministero può rilevare periodicamente e con esattezza l'andamento dei tassi finanziari.

Nel 2013 la Banca d'Italia ha poi diramato una Comunicazione di «chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura» (3 luglio 2013)³³⁵, che si è pronunciata anche in merito al rapporto "interessi usurari e interessi di mora", confermando la contrarietà dell'Autorità di Vigilanza all'inclusione del tasso di mora nel TEG. L'organo di Vigilanza ha affermato che «gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo», argomentando che tale esclusione sarebbe dovuta in quanto si tratterebbe di oneri eventuali, la cui debenza e applicazione cadono solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente.

In chiusura della predetta comunicazione però la Banca d'Italia ha affermato che «in ogni caso anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura».

Pertanto, dal contesto del Comunicato non si riesce oggettivamente a comprendere se, a parere dell'organo di Vigilanza, gli interessi di mora rientrano nel calcolo dei tassi usurari, allorché la

³³⁵ *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013, in www.bancaditalia.it.

fattispecie concreta presenti effettivamente un inadempimento del debitore oppure non vi rientrino mai; e allora rilevino fuori dal complesso degli altri oneri economici caricati sul cliente. La Banca d'Italia ha poi concluso segnalando che, «per evitare il confronto tra tassi disomogenei», i decreti trimestrali «riportano i risultati di un'indagine per cui “la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali”». L'Autorità di Vigilanza ha poi affermato che, «in assenza di una previsione legislativa che determini la specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati» dell'importo determinato dalla detta indagine. La predetta Autorità ha comunque confermato che «la verifica dell'usurarietà dei tassi (...) e le conseguenti valutazioni, sotto l'aspetto civile e penale, sono rimesse all'Autorità giudiziaria»³³⁶.

Nonostante la suddetta comunicazione abbia lasciato spazio ad una serie di incertezze interpretative, pare comunque riconoscere il ruolo centrale dell'Autorità giudiziaria. Non si deve del resto dimenticare che nell'interpretare le leggi le Autorità amministrative – quand'anche di prestigio, come nel caso della Banca d'Italia – hanno per definizione un ruolo subalterno nei confronti dell'Autorità giudiziaria. Secondo i principi del sistema, inoltre, la funzione

³³⁶ Non risulta chiaro cosa intendesse effettivamente statuire l'Autorità amministrativa con la dicitura «gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG» con l'ulteriore affermazione della Comunicazione, per cui «in ogni caso anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura, e permane un'incertezza di fondo. Ci si chiede, pertanto, come debba essere correttamente interpretata, in sostanza, questa «diversa» rilevanza usuraria degli interessi di mora. Chiaramente nel caso in cui si volesse dare rilievo alla mora, si dovrebbe avere riguardo alle rilevazioni trimestrali anche per i tassi di mora, ai sensi della legge anti-usura del '96. Nel caso in cui si ritenesse di escludere gli interessi moratori dalla verifica del rispetto delle soglie di usura, potrebbe cadere la necessità normativa di una specifica rilevazione trimestrale dei medesimi e bisognerebbe valutare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c.

nomofilattica risulta affidata alla Corte di Cassazione, senza alcuna riserva di materia. Pertanto, già sulla base di questa considerazione le rilevazioni trimestrali dell'usura dovrebbero mostrarsi specchio fedele degli orientamenti consolidati della Corte di legittimità³³⁷.

Tenuto conto di quanto precede, sembrerebbe certamente condivisibile l'interpretazione che ritiene doveroso l'inserimento degli interessi di mora nella verifica del rispetto delle soglie usuarie.

Sul punto sembra peraltro opportuno effettuare alcune precisazioni in merito ai tassi di interesse presi in esame dalla predetta Comunicazione della Banca d'Italia, analizzando la natura dei suddetti tassi. In effetti, anche se la mora non rientra nel calcolo del Tasso Medio (TEGM), non significa che non debba rientrare nel calcolo del Tasso Effettivo Globale (TEG).

In primo luogo occorre comprendere cosa sia il Tasso Medio, in quanto lo scopo di tale indice è quello di fornire un dato statistico, di quello che è il costo medio del credito in un dato momento storico-economico.

A tal proposito, le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, hanno escluso dalle voci di costo da inserire nel calcolo del Tasso Medio, classi di operazioni creditizie che rappresentano forme di

³³⁷ Poco chiaro appare poi anche il passaggio in cui la Comunicazione dichiara che «per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti trimestrali riportano i risultati» dell'indagine di maggiorazione».

Nei fatti, l'effetto fisiologico della «divergente opinione» tra Cassazione e Autorità amministrativa è che – mentre il calcolo del TEG (in quanto predisposto da Ministro e Vigilanza) esclude gli interessi di mora - il calcolo usurario della fattispecie concreta tiene per conto anche di quelli (posto che l'intervento dei giudici si esplica proprio sulla fattispecie concreta). Secondo il disposto dell'art. 2 comma 4 legge n. 108/1996, il «limite ... oltre il quale gli interessi sono sempre usurari è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ... aumentato» nei modi prescritti e l'impostazione adottata dall'Autorità di Vigilanza non pare coerente con la lettera della norma e, in ogni caso, la Vigilanza dovrebbe consigliare la maggiore prudenza e attenzione alle imprese. Sull'argomento v. anche A. A. DOLMETTA, *A commento della comunicazione Banca d'Italia 3.7.2013: usura e interessi moratori*, in *www.ilcaso.it*, 8 luglio 2013.

“credito agevolato”, come ad es. i “finanziamenti infragruppo” o i prestiti effettuati ai dipendenti di banca. Allo stesso modo, sono escluse quelle voci che segnalano forme di patologia connesse all’erogazione del credito, ad es. “crediti a sofferenza”, “crediti revocati/ristrutturati”. La *ratio* di tali esclusioni è che tutte quelle voci di costo relative a forme di credito agevolato (che possono determinare il ricorso a tassi più favorevoli) o di situazioni di patologia, non sono voci di costo standardizzabili e replicabili *erga omnes*, poiché rappresentano un costo del credito peculiare, legato a situazioni specifiche che esulano dalla normalità operativa. Inserirli nel Tasso Medio vorrebbe dire inficiare un dato, in un senso o nell’altro, che nasce per essere la rappresentazione numerica del costo medio - statistico, attendibile per una molteplicità di operazioni. La rilevazione del costo medio deve essere effettuata nella fase di fisiologia del rapporto e, per tale ragione, anche la mora è rimasta esclusa dalle Istruzioni di Vigilanza. In caso contrario, l’inserimento di tale voce di costo, comminata al cliente in una situazione di patologia del rapporto, porterebbe ad una lievitazione del Tasso Medio del credito, che invece deve costituire un “calmiere” dei costi generalmente applicati alla clientela, e non delle peculiarità del singolo caso.

Cosa ben diversa, invece, è la *ratio* che anima la legge n.108 del 1996, che invece richiede di prendere in considerazione tutti i costi connessi all’erogazione del credito nella situazione specifica. Pertanto, si potrà (e si dovrà) tenere conto di eventuali tassi di interesse agevolati (come nel caso eventuali di operazioni infragruppo concesse a tassi di interesse migliorativi), se materialmente applicati al cliente, e, allo stesso modo, sarà necessario conteggiare ulteriori costi, come la mora e altri oneri effettivamente comminati al cliente.

E’ quindi possibile che il Tasso Medio (TEGM), quale calmiera dei costi applicati alla normale clientela, e il Tasso Effettivo Globale

(TEG)³³⁸, quale costo effettivo dell'operazione, possano essere diversi tra loro, perché diversa è la *ratio* e la funzione che anima le due voci. La disomogeneità dei due indici è intrinseca nella funzione degli stessi.

Il ragguglio tra il Tasso Medio e il Tasso Soglia, che indica l'eccessiva onerosità del credito concretamente applicato, viene fornito dal cuscinetto del 50%, oggi 25% + 4 punti percentuali (la differenza non può essere comunque superiore a otto punti percentuali), che rappresentano una forbice entro la quale vanno inseriti i costi e le remunerazioni ulteriori rispetto al Tasso Medio. Se le ulteriori remunerazioni concretamente applicate all'operazione restano nella forbice legislativamente prevista, il costo del credito è considerato legislativamente equo, rimanendo entro il TSU. Diversamente, se lo supera, il costo del credito diventa usurario ed è illecito.

Inoltre, il rinvio effettuato dai decreti trimestrali pari al 2,1%, quale cifra che si dovrebbe aggiungere al tasso soglia, è stato rilevato nel 2001 - 2002, non è più stato aggiornato, quindi non pare possa legittimamente fondare la valutazione di usurarietà o meno del credito.

Allo stesso modo, affermare che l'art. 644 c.p. sarebbe una norma penale in bianco, che rinvia a dati tecnici di natura secondaria i quali, in quanto richiamati dalla norma primaria, sarebbero norme tecniche legittimate a stabilire in assoluta autonomia quali sono i costi effettivamente rilevanti, non pare essere una soluzione condivisibile. Tale argomento pare infatti essere privo di pregio, poiché la lettera della

³³⁸ Il TEG (Tasso Effettivo Globale) viene impiegato per le verifiche di usurarietà delle operazioni di credito praticate da banche ed altri intermediari finanziari; serve a determinare il tasso massimo che non può essere oltrepassato secondo quanto previsto dalla legge 108/96 contro l'usura.

Il TEG viene segnalato su base annuale, dagli intermediari finanziari alla Banca d'Italia, ai fini della determinazione delle soglie d'usura. Dall'aggregazione statistica dei TEG segnalati dagli intermediari, viene determinato il Tasso Effettivo Globale Medio, per ciascuna delle categorie indicate dal Ministro del Tesoro: tale valore, aumentato della metà, viene a costituire la soglia d'usura, oltre la quale si applicano le sanzioni previste dall'art. 644 c.p.

norma non legittima una fonte secondaria a stabilire il paniere delle voci di costo rilevanti, in quanto tale valutazione è effettuata a monte dalla norma primaria. Il dato tecnico secondario deve solo “fotografare” i dati ministeriali pubblicati trimestralmente³³⁹.

Inoltre, non si deve dimenticare che l’art. 644 c.p. è nato per disciplinare l’erogazione del credito effettuato in senso ampio, non solo da parte del sistema bancario (cui sono destinate le Istruzioni di Vigilanza). Anche se attualmente tale attività viene svolta principalmente dalle banche e dagli intermediari finanziari, questo non muta la *ratio* che ha portato all’origine della normativa, tesa a tutelare l’equilibrio tra le prestazioni da chiunque fornite. Pertanto, nel caso di prestiti forniti da privati le Istruzioni di Vigilanza non sarebbero operative, ma non è ipotizzabile una diversità di tassi soglia a seconda dei soggetti coinvolti. Il tasso soglia è unico per tutti gli operatori economici.

Ancora, l’eventuale errore commesso dalle Istruzioni di Vigilanza nell’escludere una voce dal Tasso Medio, non può inficiare l’operatività dell’art. 1815 c.c. e 644 c.p., che devono continuare a produrre effetti e a regolare l’attività di erogazione del credito indipendentemente da fattori esterni. Anche perché una determinata voce di costo connesso all’erogazione del credito, non cessa di essere tale perché le istruzioni di Vigilanza hanno ommesso, forse per errore o per svista, di contemplarla³⁴⁰.

Tutto quanto esposto, dovrebbe valere non solo per la mora, quale forma di remunerazione del credito, bensì per ogni altra forma di

³³⁹ Cfr. Convegno “*Usura e Anotocismo: strumenti operativi nel contenzioso bancario Derivati Irs, il nuovo 120 T.u.b., Usura dopo sent. Cass.n.10941*”, Torino, 17 ottobre 2016.

³⁴⁰ Si pensi all’ipotesi della c.d. Commissione di massimo scoperto, che le Istruzioni di Vigilanza hanno escluso dal computo fino al 2009, quando la normativa ha imposto l’inserimento della medesima nella valutazione del tasso soglia. Si veda anche il caso delle polizze assicurative obbligatorie, inserite nel calcolo solo nell’agosto del 2009.

remunerazione del credito medesimo (es. penale di estinzione anticipata)³⁴¹.

Appare legittimo ritenere che tale soluzione sia stata definitivamente accolta con la sentenza resa dalla Corte di legittimità n. 350 del 2013³⁴², con la quale i Giudici hanno affermato che il tasso di mora debba rientrare nella verifica dell'usura, richiamando la precedente sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 25 febbraio 2002³⁴³. Secondo il Giudice delle leggi, il riferimento agli "interessi a qualunque titolo convenuti", contenuto nel d.l. n. 394 del 2000³⁴⁴ (legge di Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura), e precisamente dell'art. 1, comma 1, rende plausibile l'assunto che "il tasso soglia si riferisca anche gli interessi moratori".

In tale occasione la Corte Costituzionale ha affermato altresì che il regime civilistico della nullità delle clausole contenenti la pattuizione di interessi usurari, è del tutto distinto dal profilo penalistico, ed in sé autosufficiente, e questo sarebbe confermato dal fatto stesso che il

³⁴¹ Cfr. Convegno "Usura e Anatocismo: strumenti operativi nel contenzioso bancario Derivati Irs, il nuovo 120 T.u.b., Usura dopo sent. Cass.n.10941", Torino, 17 ottobre 2016.

³⁴² Cass. Civ. Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Cfr. anche Corte Cass. Civ. Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 603, in www.ilcaso.it. Con la sentenza indicata la Corte di legittimità ha statuito che ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p. si considerano usurari gli interessi che superano il limite stabilito nella legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti a qualunque titolo, e quindi anche a titolo di "interessi moratori". La sentenza è ulteriormente meritevole di considerazione in quanto è una delle prime sentenze che prendono in considerazione una fattispecie concreta sorta interamente sotto la vigenza della legge n. 108 del 1996. Da tale pronuncia non si può certo dedurre che, nella verifica dell'usura per i finanziamenti, si debba procedere a sommare l'interesse corrispettivo all'interesse di mora.

³⁴³ Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Il Foro Italiano*, Vol. 125, No. 4, aprile 2002, pp. 933 e ss., con nota di A. PALMIERI.

³⁴⁴ Decreto legge 29 dicembre 2000, n. 394, in *Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 303 del 30 dicembre 2000*, coordinato con la legge di conversione 28 febbraio 2001, n. 24, recante: "Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, concernente disposizioni in materia di usura".

legislatore del 1996 redigendo la legge n. 108, ha provveduto a riscrivere tanto la norma di cui all'art. 644 c.p. quanto, separatamente, quella di cui all'art. 1815, 2° co., c.c. Da ciò ne deriverebbe, secondo l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi, che non sarebbe neppure necessaria la contestazione della fattispecie penale di cui all'art. 644 cod. pen. per ottenere la dichiarazione di nullità civilistica, della clausola del mutuo che sia ritenuto usurario, ai sensi dell'art. 1815 cod. civ., trattandosi di norma da ritenersi autonoma e in sé sufficiente.

Inoltre la valutazione di usurarietà deve prendere in esame l'intero contratto e tutti i suoi costi, non la singola rata.

Si auspica che detta soluzione venga a esprimere un orientamento ormai consolidato del Supremo Collegio.³⁴⁵

Diverso aspetto attiene al momento in cui la mora può materialmente essere presa in considerazione ai fini della verifica dell'usurarietà, ovvero se si debba considerare il momento della pattuizione dei tassi, quindi anche di quelli di mora, come parrebbe essere indicato dalla legge di interpretazione autentica del 2000 che fa riferimento alla "pattuizione"³⁴⁶ (c.d. scenario potenziale).

³⁴⁵ La stessa impostazione si trova recepita, in effetti, dalla pronuncia di Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, ove si legge: «non v'è ragione per escludere l'applicazione [della nuova normativa] anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori, risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia»; come pure da quella di Cass., 4 aprile 2003, n. 5324: «il tasso-soglia di cui alla ... legge n. 108/1996 riguarda anche gli interessi moratori»; oltre che dalla citata Cass., 11 gennaio 2013, n. 603. In tale occasione la Corte afferma che al di sopra dei tassi soglia «gli interessi corrispettivi e moratori ulteriormente maturati vanno considerati usurari». Altre sentenze danno poi per presupposto l'indirizzo in discorso (della ricomprensione dei moratori nel calcolo usurario, cioè): si vedano in particolare, sebbene in via non esaustiva, le sentenze di Cass., 26 giugno 2001, n. 8742; di Cass., 13 dicembre 2002, n. 17813; di Cass., 22 luglio 2005, n. 15497; di Cass., 13 maggio 2010, n. 11632 e di Cass., 22 aprile 2010, n. 9532. Le ultime sentenze indicate sono incentrate, nello specifico, sulla questione del diritto transitorio (circa l'applicazione della legge del 1996 a contratti stipulati in tempi anteriori, che viene esclusa da tali pronunce pure per gli effetti degli stessi di produzione successiva alla vigenza della detta legge, ai sensi del citato art. 1 decreto legge n. 394/2000)⁴

³⁴⁶ Cfr. Tribunale di Benevento, sent. 30.12.2015, Est. Genovese; Tribunale Collegiale di Pescara, Pres. Fortieri, ord. del 28.11.2014; Tribunale Collegiale di Bari, ord. del

Diversa impostazione, invece, afferma che ai fini della mora si debba valutare il momento in cui l'interesse "è dovuto", non solo in termini di effettivo pagamento, bensì anche nel senso di attribuire rilevanza al momento in cui l'interesse dovrebbe essere pagato, a fronte dell'inadempimento o del ritardo nell'inadempimento. Ovvero, del momento in cui l'interesse o l'onere aggiuntivo, come la penale di anticipata estinzione, è diventato esigibile (c.d. scenario della effettività)³⁴⁷.

La questione parrebbe essere ancora aperta e si attendono future valutazioni della dottrina e della giurisprudenza in merito.

3. Divieto di sommatoria dei tassi corrispettivi e dei tassi di mora.

Un ulteriore problema emerso dal recente contenzioso ha evidenziato che non sono mancate negli ultimi anni azioni legali fondate sul presunto superamento del tasso soglia in forza della somma del tasso corrispettivo e del tasso di mora. Tale impostazione è

01.12.2014, Pres. Magaletti; Tribunale di Bari, ord. del 19.10.2015; Tribunale di Bari, ord. del 27.11.2015, Pres. Pasculli; Tribunale di Bari ord. del 24.08.2015, Pres. Pasculli; Tribunale di Bari, ord. 24.08.2015; Tribunale di Bari, ord. del 30.12.2015, Est. Magaletti, Tribunale collegiale di Ascoli Piceno, ord. del 13.10.2015, Pres. Poggi; Tribunale di Chieti, ord. del 27.01.2016, Est. Romandini; Trib. di Massa, ord. del 23.03.2016, Pres. Ermellini. Nella vicenda esaminata dalla nota Cass. Civ. Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, *cit.* il mutuo è usurario solo perché contempla la pattuizione di interessi moratori usurari, che, naturalmente, al momento della pattuizione, costituiscono la fase patologica eventuale e futura del contratto di mutuo. A parere della sentenza non occorre attendere che la fase patologica si concretizzi né che la mora venga pagata: è sufficiente solo verificare, con un giudizio *ex ante*, che, per tale fase, il mutuatario abbia promesso di pagare alla banca un costo usurario.

³⁴⁷ V. Trib. di Torino, 27 aprile 2016, in *www.diritto bancario.it*, con nota D. NARDONE - F. CAPPELLUTI, *La promessa usuraria. Costi eventuali e momento della verifica. Sulla sentenza del Tribunale di Torino del 27 aprile 2016, Est. Dott. Enrico Astuni*. Gli Autori accolgono con favore l'impostazione del Tribunale in merito al fatto che la mora debba (astrattamente) rientrare nel calcolo dell'usura. Non condividono, invece, l'assunto secondo cui, a parere dell'Organo giudicante, la mora, come altri costi eventuali ma solo promessi, non possano materialmente essere ricompresi nel calcolo se non sono divenuti concretamente esigibili (c.d. scenario dell'effettività).

certamente errata in quanto sommare il tasso corrispettivo al tasso di mora significa, di fatto, computare due volte il tasso corrispettivo e tale operazione risulta del tutto priva di qualsiasi fondamento logico, matematico e giuridico.

La circostanza che spesso il tasso di mora sia espresso come maggiorazione del tasso corrispettivo pattuito, ha probabilmente tratto in errore, ingenerando talvolta la convinzione (errata) che il tasso di mora dovesse essere *in toto* escluso dal computo.

Al contrario, come recentemente affermato dalla Corte di Cassazione³⁴⁸, il tasso di mora deve essere certamente preso in considerazione nel calcolo delle soglie anti - usura ma non è il tasso di mora in quanto tale che deve essere sommato al tasso corrispettivo, bensì è la maggiorazione che va sommata al tasso corrispettivo per ottenere il tasso di mora, ossia la differenza tra il tasso corrispettivo e il tasso di mora. Ciò in quanto i due tassi non si sommano, bensì si succedono, poiché a seguito dell'inadempimento sono dovuti solo gli interessi di mora e non si realizza alcun cumulo. La somma dei due tassi risulta, pertanto, logicamente scorretta in quanto il tasso corrispettivo, è riferito all'intero capitale di credito e copre il periodo contrattualmente previsto per il finanziamento (mutuo ed erogazione del credito in senso ampio), il secondo, quello di mora, è riferito all'inadempimento (ad esempio alla rata scaduta) ed è dovuto per il periodo successivo. Per cui l'applicazione del tasso di mora non si cumula con il tasso corrispettivo, risultando il primo "sostitutivo" del secondo dal momento dell'inadempimento, ad esempio dalla scadenza della rata rimasta non pagata.

³⁴⁸ Cass. Civ. Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, *cit.*

4. **Analisi applicativa: “Verifica del rispetto del tasso soglia usurario relativamente ad un contratto di mutuo”.**

Fermo restando quanto precede e per completezza espositiva sembra poi opportuno ricordare cosa si debba intendere per “capitale”, ovvero, identificare l’effettiva prestazione iniziale di denaro sulla base della quale calcolare gli interessi ed altri oneri comunque collegati all’erogazione del credito. Si richiama in merito, il contenuto degli artt. 820³⁴⁹ e 821³⁵⁰ c.c. e il concetto, pacifico, che l’obbligazione di interessi è accessoria a quella per il capitale, con una funzione economica propria ed autonoma e che la fonte degli interessi è unicamente il capitale.

Il calcolo è poi disciplinato dagli artt. 1284 e 1283 c.c.

Sul corretto significato da attribuirsi al concetto di “capitale” di un finanziamento, quale base di calcolo su cui calcolare periodicamente gli interessi dovuti, pare opportuno riportare uno stralcio di un’analisi applicativa³⁵¹, relativa ad un caso concreto, che appare utile per dare maggiore concretezza ai concetti esposti.

Nello specifico l’analisi riportata pare particolarmente meritevole in quanto introduce un concetto di grande importanza, in quanto evidenzia la necessità, ai fini di un corretto esame delle

³⁴⁹ Art. 820 c.c.: «Sono frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l’opera dell’uomo come i prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere.

Finché non avviene la separazione, i frutti formano parte della cosa [516 c.p.c.]. Si può tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura [771 l, 1348, 1472; 531 c.p.c.]. Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi dei capitali [1224], i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita [1861], il corrispettivo delle locazioni».

³⁵⁰ Art. 821 c.c.: «I frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce, salvo che la loro proprietà sia attribuita ad altri. In quest’ultimo caso la proprietà si acquista con la separazione. Chi fa propri i frutti deve, nei limiti del loro valore, rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione e il raccolto. I frutti civili si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto».

³⁵¹ Si ringrazia la società *Zucchinali & Partners S.r.l.*, società di consulenza indipendente, che ha gentilmente e disinteressatamente concesso la perizia riportata, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della privacy dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

problematiche sottese, di effettuare una verifica del c.d. “tasso complessivo del prestito”.

Nella parte riportata, la Consulenza evidenzia altresì i contrasti interpretativi che si rilevano anche in relazione agli aspetti di matematica finanziaria, applicabili alle verifiche in materia di usura.

1. Concetto di capitale.

Il capitale nominale di un finanziamento è indicato nel contratto ed è la somma di denaro sulla quale l'intermediario calcola gli interessi al tasso prestabilito.

Il capitale effettivo rappresenta invece la somma effettivamente ricevuta dal soggetto finanziato al netto delle spese ed oneri che devono essere riconosciuti all'intermediario al momento della stipula del contratto.

Nel caso particolare di un finanziamento stipulato per estinguere un precedente debito con lo stesso intermediario, il capitale effettivo deve tenere conto di eventuali somme non dovute (per eventuali illegittimità pregresse) contenute nel debito in estinzione.

Pare opportuno effettuare un'ulteriore precisazione in merito agli interessi scaduti contenuti in ciascuna rata, in quanto la nota sentenza della Corte di Cassazione del 20 febbraio 2003, n. 2593, ha affermato che: « Occorre, in primo luogo, rilevare che in ipotesi di mutuo per il quale sia previsto un piano di restituzione differito nel tempo, mediante il pagamento di rate costanti comprensive di parte del capitale e degli interessi, questi ultimi conservano la loro natura e non si trasformano invece in capitale da restituire al mutuante, cosicché la convenzione, contestuale alla stipulazione del mutuo, la quale stabilisca che sulle scadute decorrono gli interessi sull'intera somma integra un fenomeno anatocistico, vietato dall'art. 1283 c.c. Il principio è stato affermato da questa Corte a partire dalla sentenza n. 3479 del 1971, la quale osservò che il semplice fatto che

nella rete di mutuo vengono compresi sia una quota del capitale da estinguere sia gli interessi a salare non operi un conglobamento ne vale tanto meno a mutare la natura giuridica di questi ultimi, che conservano la loro autonomia anche dal punto di vista contabile». Per questo motivo gli interessi corrispettivi scaduti, non potendo essere confusi con il capitale, non possono essere inseriti al denominatore nella formula del TEG (v. *infra*)

2. Riduzione del capitale per la presenza di spese ed oneri.

Le principali voci di costo che devono essere ricomprese nel calcolo del tasso effettivo e che sostanzialmente intervengono con una riduzione del capitale effettivamente prestato (si veda lo sviluppo della formula del TEG proposta dalla Banca d'Italia) sono le seguenti:

<i>Voci che diminuiscono il capitale finanziato</i>
<i>Spese Istruttoria</i>
<i>Costo Perizia</i>
<i>Costo Mediazione</i>
<i>Costo implicito derivati interni</i>
<i>Imposta Sostitutiva</i>

Le spese di istruttoria, il costo della perizia e della mediazione sono espressamente indicate nelle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi" della Banca d'Italia e sono generalmente di facile individuazione nel contratto o nella contabilità del debitore.

3. Riduzione del capitale per la presenza di indebiti pregressi.

Quando il finanziamento viene concesso allo scopo di estinguere debiti con lo stesso intermediario, riscontrabili come saldo negativo di uno o più rapporti di conto corrente o di altra natura, occorre verificare preventivamente l'intero rapporto tra il correntista e l'intermediario per

evidenziare la presenza di eventuali somme illegittimamente addebitate per interessi anatocistici, interessi ultralegali, commissioni di massimo scoperto ed ogni altra violazione delle norme.

4. Modifica del piano di ammortamento effettivo in seguito alla riduzione del capitale.

La riduzione del capitale prestatato effettivamente dall'intermediario al soggetto finanziato si riflette automaticamente con una riduzione proporzionale su tutte le quote capitale del piano di ammortamento nominale contrattualmente previsto.

Per chiarire con un semplice esempio:

- un finanziamento di capitale nominale pari a 100.000 Euro con piano di rimborso del capitale in dieci rate da 10.000 Euro, prevede in contratto oneri e spese per un totale di 5.000 Euro;
- il capitale effettivo erogato dall'intermediario, come corollario dell'applicazione della formula del TEG (paragrafo 4.1), risulta quindi diminuito a 95.000 Euro (95% del capitale nominale);
- il piano di ammortamento effettivo deve quindi prevedere dieci quote capitale di 9.500 Euro ciascuna (95% delle quote capitale nominali).

5. Tasso corrispettivo.

Il **tasso corrispettivo** nominale di un finanziamento deve essere chiaramente evidenziato in una specifica clausola del contratto ed è generalmente definito con riferimento all'anno; esso rappresenta il costo teorico del prestito che può coincidere con il costo reale solo nel caso di frequenza dei pagamenti annuale ed in assenza di spese ed oneri aggiuntivi. Il tasso effettivo di un finanziamento rappresenta il diverso rendimento finanziario che si ottiene quando la frequenza di pagamento delle rate non coincide con il periodo di definizione del tasso nominale. La frequenza dei pagamenti influisce sul tasso effettivo: se la frequenza è inferiore all'anno (o al diverso periodo di definizione del tasso nominale) il tasso effettivo

sarà superiore al tasso nominale; nel caso opposto di frequenza superiore all'anno (caso raro ma non escluso) il tasso effettivo risulterà inferiore a quello nominale.

Il tasso effettivo globale di un finanziamento rappresenta il costo reale del prestito ed il suo valore è influenzato, oltre che dalla frequenza di pagamento delle rate, anche dalla presenza di spese ed oneri aggiuntivi.

Le spese e gli oneri previsti contrattualmente intervengono sia riducendo la componente di capitale (come esposto nel precedente capitolo 3) sia aumentando la componente di interessi. Si riporta nelle seguenti tabelle un elenco delle tipologie più frequenti:

a. Voci che diminuiscono il capitale finanziato
<i>Spese Istruttoria</i>
<i>Costo Perizia</i>
<i>Costo Mediazione</i>
<i>Costo implicito derivati interni</i>
<i>Imposta Sostitutiva</i>

b. Voci che incrementano gli interessi
<i>Premio polizze assicurazioni (annuo)</i>
<i>Spese incasso rate (per singola rata)</i>
<i>Costo estinzione anticipata</i>

La formula più utilizzata per determinare il tasso effettivo globale tenendo conto sia dell'effetto della frequenza dei pagamenti, sia dell'effetto delle componenti di costo, è quella individuata dal Testo Unico Bancario e successivamente ripresa dalle istruzioni della Banca d'Italia in materia di rilevazione dei tassi medi:

$$(1) \quad \sum_{k=1}^{k=m} \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{k'=m'} \frac{A'_{k'}}{(1+i)^{t_{k'}}$$

dove:

- i è il TEG annuo, che può essere calcolato quando gli altri termini dell'equazione sono noti nel contratto o altrimenti;
- K è il numero d'ordine di un "prestito";
- K' è il numero d'ordine di una "rata di rimborso";
- A_k è l'importo del "prestito" numero K;
- A'_{k'} è l'importo della "rata di rimborso" numero K';
- m è il numero d'ordine dell'ultimo "prestito";
- m' è il numero d'ordine dell'ultima "rata di rimborso";
- t_k è l'intervallo espresso in anni e frazioni di anno tra la data del "prestito" n.1 e le date degli ulteriori "prestiti" da 2 a m;
- t_{k'} è l'intervallo espresso in anni e frazioni di anni tra la data del "prestito" n.1 e le date delle "rate di rimborso" da 1 a m'.

6. Applicabilità dei limiti di usura al tasso corrispettivo nominale.

La Legge 108/1996, ai fini della determinazione della soglia di usurarietà, prevede il rilevamento del tasso effettivo globale medio "comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese" da confrontare con il tasso effettivo globale dei singoli finanziamenti da controllare.

E' dunque pacifica, in quanto espressamente prevista dalla legge 108/1996, la necessità di verificare il rispetto dei limiti di usura con riferimento al tasso effettivo globale medio, così come definito nel precedente paragrafo, (comprensivo dunque di qualsiasi spesa e commissione).

La verifica dell'usurarietà di un finanziamento non può però prescindere anche dalla verifica dell'usurarietà del tasso nominale, anche se nella maggior parte dei casi riscontrabili tale tasso è inferiore al tasso effettivo globale (e quindi sarebbe sufficiente la verifica di quest'ultimo).

Tuttavia abbiamo già visto nel paragrafo precedente che in taluni casi il tasso corrispettivo nominale può essere superiore al tasso effettivo globale (che coincide con il tasso effettivo in assenza totale di commissioni e spese). Se infatti il contratto prevede una frequenza di pagamento delle

rate superiore all'anno e non prevede alcun tipo di spesa od onere a carico del soggetto finanziato, il tasso corrispettivo nominale è superiore al tasso effettivo globale.

Un altro caso che determina un tasso nominale superiore al tasso effettivo globale è quello in cui il contratto prevede una clausola degli interessi con un tasso corrispettivo nominale differenziato per periodi temporali: un tasso più basso all'inizio ed un tasso più alto nella seconda parte, o viceversa. E' possibile quindi che il tasso effettivo globale di questo finanziamento si ponga ad in livello di tasso intermedio tra il tasso nominale del primo periodo ed il tasso nominale del secondo periodo, risultando quindi inferiore al tasso nominale di uno dei due periodi.

Si consideri ad esempio un finanziamento di qualunque importo con piano di ammortamento italiano, durata 10 anni e rata semestrale di capitale ed interessi, con un tasso nominale annuo del 10% per i primi tre anni e del 5% per i successivi sette anni (senza nessun tipo di onere o spesa).

TASSO EFFETTIVO GLOBALE							
Data	Deb Residuo	Quota cap	Rata Int	Rata	t	$C/(1+i)^t$	TEG
01/01/2015	100.000,00				0,0000	100.000,00	8,036%
01/07/2015	95.000,00	-5.000,00	-4.958,90	-9.958,90	0,4956	-9.584,60	8,036%
01/01/2016	90.000,00	-5.000,00	-4.789,04	-9.789,04	0,9995	-9.061,27	8,036%
01/07/2016	85.000,00	-5.000,00	-4.487,67	-9.487,67	1,4978	-8.450,44	8,036%
01/01/2017	80.000,00	-5.000,00	-4.284,93	-9.284,93	2,0016	-7.953,99	8,036%
01/07/2017	75.000,00	-5.000,00	-3.967,12	-8.967,12	2,4973	-7.393,02	8,036%
01/01/2018	70.000,00	-5.000,00	-3.780,82	-8.780,82	3,0011	-6.962,91	8,036%
01/07/2018	65.000,00	-5.000,00	-1.735,62	-6.735,62	3,4967	-5.140,38	8,036%
01/01/2019	60.000,00	-5.000,00	-1.638,36	-6.638,36	4,0005	-4.872,65	8,036%
01/07/2019	55.000,00	-5.000,00	-1.487,67	-6.487,67	4,4962	-4.583,06	8,036%
01/01/2020	50.000,00	-5.000,00	-1.386,30	-6.386,30	5,0000	-4.339,13	8,036%
01/07/2020	45.000,00	-5.000,00	-1.246,58	-6.246,58	5,4984	-4.083,82	8,036%
01/01/2021	40.000,00	-5.000,00	-1.134,25	-6.134,25	6,0022	-3.857,20	8,036%
01/07/2021	35.000,00	-5.000,00	-991,78	-5.991,78	6,4978	-3.626,01	8,036%
01/01/2022	30.000,00	-5.000,00	-882,19	-5.882,19	7,0016	-3.423,73	8,036%
01/07/2022	25.000,00	-5.000,00	-743,84	-5.743,84	7,4973	-3.217,54	8,036%
01/01/2023	20.000,00	-5.000,00	-630,14	-5.630,14	8,0011	-3.033,39	8,036%
01/07/2023	15.000,00	-5.000,00	-495,89	-5.495,89	8,4967	-2.849,77	8,036%
01/01/2024	10.000,00	-5.000,00	-378,08	-5.378,08	9,0005	-2.682,17	8,036%
01/07/2024	5.000,00	-5.000,00	-249,32	-5.249,32	9,4989	-2.519,02	8,036%
01/01/2025	0,00	-5.000,00	-126,03	-5.126,03	10,0027	-2.365,90	8,036%

Il tasso effettivo globale del suddetto finanziamento, calcolato al

momento della stipula, è pari all'8,036% che risulta superiore al tasso nominale del secondo periodo ma inferiore al tasso nominale del primo periodo. In questo caso, pur in presenza di un tasso effettivo globale inferiore al Tasso Soglia (8,34% per il primo trimestre 2015) che dovrebbe garantire la non usurarietà complessiva del prestito, verrebbe tuttavia consentita al creditore la pattuizione di un tasso di periodo (10,00%) ben superiore alla soglia di usura.

Considerato che il finanziamento già nel primo periodo potrebbe essere soggetto ad estinzione anticipata, consensuale o per effetto della clausola risolutiva a favore del creditore (presente in ogni contratto di finanziamento), il tasso pattuito al momento della stipula per il primo periodo diventerebbe nei fatti superiore al Tasso Soglia.

Pertanto la verifica del rispetto delle soglie di usura con riferimento al solo tasso effettivo globale non risulta esaustiva ai fini verifica dell'usurarietà del finanziamento ma deve essere estesa anche al tasso nominale (ed al tasso nominale globale).

7. Tassi Soglia applicabili al tasso corrispettivo.

I Tassi Soglia applicabili ai finanziamenti sono emessi trimestralmente con decreto dal Ministero del Tesoro e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale distinti in diverse categorie: mutui ipotecari a tasso fisso, mutui ipotecari a tasso variabile, leasing ed altri finanziamenti.

I Tassi Soglia sono applicabili sia al tasso effettivo globale, sia al tasso nominale senza suscitare problemi di omogeneità in quanto la Banca d'Italia nelle istruzioni per la segnalazione non distingue i finanziamenti in base alla frequenza delle rate. Ad esempio un mutuo con frequenza di pagamento annuale (per il quale il tasso nominale e tasso effettivo coincidono) viene segnalato nella stessa categoria dei mutui con frequenza mensile, trimestrale o semestrale.

8. Tasso di mora.

All'interno dei contratti di finanziamento è possibile riscontrare la presenza di un tasso diverso da quello corrispettivo, da applicare nel caso in cui il debitore non effettui il pagamento delle rate alle scadenze pattuite: tale tasso prende generalmente il nome di **tasso di mora**.

La definizione contrattuale del tasso di mora nominale può fare riferimento ad uno spread da aggiungere al tasso corrispettivo nominale oppure può avere un autonomo metodo di calcolo in base ai parametri di mercato.

Per gli interessi di mora esiste il divieto di anatocismo e non possono essere quindi capitalizzati per produrre ulteriori interessi. Gli interessi di mora sono pertanto calcolati secondo la formula del tasso semplice:

$$(2) \quad \text{interessi di mora} = \text{tasso di mora} * \text{rata scaduta} * \frac{gg}{365}$$

In generale le clausole contrattuali relative alla mora prevedono il calcolo dell'interesse sull'intera rata scaduta, comprensiva degli interessi corrispettivi scaduti. Anche se questa pratica anatocistica potrebbe essere considerata legittima per i finanziamenti stipulati nel periodo dal 20/04/2000 al 31/12/2013 (esistono sul punto opinioni discordanti), non si può trascurare la verifica del rispetto delle soglie di usura, considerando che gli interessi corrispettivi conservano la loro natura e non si trasformano in capitale.

Per determinare la misura del tasso di mora realmente stabilito in contratto si deve quindi rapportare l'importo dell'interesse di mora previsto alle sole quote capitale delle rate, tenendo altresì conto della decurtazione operata su queste ultime dalla presenza in contratto di oneri e spese a carico del soggetto finanziato (come evidenziato nel precedente paragrafo).

Il tasso di mora globale si ottiene dividendo gli interessi di mora calcolati sull'intera rata per un certo periodo (espresso in giorni) per la "quota

capitale effettiva scaduta":

$$(3) \quad TMG = \frac{\text{interessi di mora}}{\text{quota capitale effettiva scaduta}} * \frac{365}{99}$$

formula che diventa, in forza della (2):

$$(4) \quad TMG = \frac{\text{rata scaduta}}{\text{quota capitale effettiva scaduta}} * \text{tasso di mora}$$

Entrambi i tassi definiti per gli interessi di mora (tasso di mora nominale e tasso di mora globale) sono tassi semplici. Infatti, per quanto riguarda l'usura originaria, determinata dalle pattuizioni contrattuali già al momento della stipula, non è possibile calcolare un tasso mora effettivo perché non sono conosciute le date di rientro del capitale prestato e la frequenza di pagamento degli interessi di mora: la formula del tasso effettivo globale (1) riportata nel precedente paragrafo, non è infatti risolvibile per la presenza contemporanea di due incognite (il tasso ed il tempo).

9. Applicabilità dei limiti di usura al tasso di mora.

La Suprema Corte di Cassazione ha più volte coerentemente enunciato il principio dell'applicabilità delle soglie di legge in tema di determinazione dell'usura del tasso d'interesse anche con riferimento agli interessi di mora (Cassazione 5324/2003, 350/2013 e 603/2013).

La Suprema Corte ha infatti precisato che devono intendersi usurari i tassi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono convenuti, a qualunque titolo, quindi anche se relativi ad interessi moratori. La legge 108/96 è infatti volta ad assicurare una copertura completa dall'usura, estesa in ogni direzione, dai costi immediati a quelli procrastinati, da quelli ricorrenti a quelli occasionali.

La giurisprudenza di merito ha più volte sottolineato che non sussistono ragioni plausibili per escludere gli interessi di mora dai limiti previsti dalla soglie di usura, nonostante quanto espressamente ribadito ripetutamente nelle "istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi" redatte dalla Banca d'Italia. L'orientamento ormai consolidato a tutti i livelli è quello secondo cui le istruzioni della Banca d'Italia non costituiscono fonte di diritto e dunque non sono in alcun modo vincolanti per gli istituti intermediatori, né ovviamente per gli organi giurisdizionali, neppure quale mezzo di interpretazione.

10. Tassi Soglia applicabili al tasso di mora.

I Tassi Soglia da utilizzare come riferimento per il tasso di mora sono gli stessi a cui fa riferimento il tasso corrispettivo. Sono dunque quelli emessi trimestralmente con decreto dal Ministero del Tesoro e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale distinti in diverse categorie: mutui ipotecari a tasso fisso, mutui ipotecari a tasso variabile, leasing ed altri finanziamenti.

Non è infatti necessario che la Banca d'Italia rilevi trimestralmente il tasso di mora mediamente praticato dagli intermediari. Infatti la soglia d'usura oggettiva deve essere separatamente stabilita per legge in funzione della natura e della tipologia del credito, ma non della natura del tasso praticato. Pertanto le previsioni contrattuali in tema di mora, che devono comunque essere assoggettate alla normativa antiusura, dovranno essere confrontate con la soglia d'usura trimestralmente stabilita per la categoria di appartenenza del finanziamento.

Non è infatti corretto postulare che la Banca d'Italia dovrebbe realizzare un'indagine apposita per determinare il TEG medio di mora, per omogeneità del confronto. In tal modo si farebbe assurgere la mora ad una specifica categoria di credito con sue proprie soglie d'usura. Inoltre si verrebbe a creare una soglia specifica più alta rispetto all'ordinario costo del credito: in pratica, si determinerebbe un tasso medio della patologia

che genererebbe inevitabilmente un limite d'usura più elevato, vanificando così l'intero sistema, perché il limite dell'usura crescerebbe proprio al crescere del rischio, quando la legge intende invece proprio tutelare il debitore in tale ipotesi.

Non si può nemmeno considerare valida come indicazione di un diverso tasso di soglia per gli interessi di mora la segnalazione, che da più di dieci anni viene riportata nei Decreti Ministeriali, riguardo ad una remota indagine statistica della Banca d'Italia, che mostra una maggiorazione media pari a 2,1 punti percentuali. Se così fosse, si avrebbe infatti la creazione di una ulteriore soglia per una categoria di credito già sottoposta ad una specifica soglia di usura, con palese conflitto tra i due diversi valori. L'utilizzo di un'unica soglia di usura per la verifica del tasso corrispettivo e del tasso di mora è una ovvia conseguenza del fatto che la natura del prestito non cambia quando le rate di ammortamento previste in contratto non vengono rispettate.

11. Unicità del prestito.

Come abbiamo appena descritto, quando il debitore non riesce a pagare le rate in scadenza la natura del credito scaduto non cambia, ma ad esso verrà soltanto applicato un tasso superiore, contrattualmente prestabilito, e la durata del prestito diventa indefinita (fatta salva la possibilità dell'intermediario di richiedere l'immediato rientro della somma prestata, attivando la clausola di risoluzione prevista in contratto).

La situazione è molto simile a quella che si riscontra quando un affidamento in conto corrente non viene rinnovato alla scadenza: il tasso applicato dall'intermediario al correntista sale immediatamente al livello previsto per gli "utilizzi senza affidamento", senza mutare le caratteristiche del credito.

La pattuizione ad una certa data di un tasso "entro fido" e di un tasso "extra fido" è una prassi comune per gli affidamenti in conto corrente:

nessuno ha mai messo in discussione la continuità e l'unicità del prestito nel momento in cui l'affidamento giunge a scadenza e non viene immediatamente rimborsato. Inoltre nessuno ha mai messo in discussione l'usurarietà dell'intero rapporto quando uno dei due tassi (od entrambi) supera le soglie di usura, confermando di fatto l'unicità del rapporto anche quando l'utilizzo prosegue oltre la scadenza dell'affidamento.

Il confronto è ancora più evidente se consideriamo un finanziamento a medio/lungo termine con rata trimestrale di soli interessi e rimborso integrale del capitale alla scadenza ("bullet"). Supponendo che il debitore paghi regolarmente gli interessi corrispettivi trimestrali ed alla scadenza non riesca però a rimborsare il capitale, ma abbia ancora la possibilità di pagare gli interessi di mora con frequenza trimestrale, la situazione del finanziamento pre-scadenza e post-scadenza sarebbe perfettamente identica, con interessi pagati trimestralmente sullo stesso importo, calcolati ad un diverso tasso.

Come nel caso dell'affidamento in conto corrente scaduto, anche per il finanziamento sopra descritto la data di pagamento del capitale diventa indefinita, ed il prestito continua a tempo indeterminato fino al momento in cui l'intermediario non attiva le procedure legali per il recupero forzato della somma prestata.



Per un finanziamento con piano di ammortamento rateale la situazione sopra descritta si ripete per ogni singola rata. Supponendo infatti che alla scadenza di una rata il debitore paghi solo la quota interessi, ma non la quota capitale, la frazione di prestito scaduta prosegue oltre la scadenza

con la sola variazione del tasso applicato, che passa dal tasso corrispettivo a quello di mora.

La dimostrata l'unicità di rapporto in relazione alla singola rata si riflette nell'unicità di rapporto per l'intero capitale (tra la situazione pre-scadenza e post-scadenza) per l'ovvia unicità di rapporto esistente tra le rate di ammortamento del prestito.

L'unicità del rapporto di finanziamento nella situazione pre-scadenza e post-scadenza non è quindi in discussione e non saranno quindi in discussione le conseguenze logico-giuridiche relativamente alla verifica del superamento delle soglie di usura e relativamente alle penalità corrispondenti al reato eventualmente commesso dall'intermediario.

12. Tasso complessivo del prestito.

Dopo aver fatto il doveroso controllo che entrambi i tassi, corrispettivo e di mora, stipulati per regolare le due fasi possibili del prestito siano individualmente al di sotto dei Tassi Soglia, è possibile passare all'esame del **tasso complessivo del prestito**, calcolato come unico tasso considerando tutte le componenti di costo del finanziamento, compresi gli interessi di mora.

Il primo problema che si pone è l'individuazione del capitale a cui rapportare tutti i costi per interessi corrispettivi, interessi di mora e spese periodiche (assicurazioni, incasso rate, ecc.): il **capitale di riferimento** non può che essere il capitale effettivo come precedentemente determinato, che rappresenta la misura esatta del prestito ricevuto dal soggetto finanziato.

Nel caso di mancato pagamento delle rate fin dalla prima scadenza, il capitale di riferimento così individuato rimarrà costante nel tempo. Infatti in questo caso il soggetto finanziato sarà sempre debitore di una parte di interessi corrispettivi sul capitale residuo non ancora scaduto ed una parte di interessi di mora sulla parte di capitale già scaduta: la somma

del capitale residuo e del capitale scaduto sarà ovviamente sempre pari al capitale iniziale considerato.

13. Utilizzo della formula corretta per il calcolo del tasso complessivo.

La particolare situazione che si crea quando il debitore non rispetta le date di pagamento impedisce l'utilizzo della formula del tasso effettivo (1) riportata nel precedente paragrafo, poiché irrisolvibile per la presenza simultanea di due incognite (il tasso ed il tempo).

Si potrebbero fare infinite ipotesi sulle modalità di effettivo pagamento delle rate del finanziamento e degli interessi di mora ma, come vedremo nel prossimo paragrafo, l'utilizzo della formula del tasso effettivo porta sempre a risultati assurdi dal punto di vista logico e matematico.

Nella fase di verifica dell'usurarietà originaria, la formulazione corretta del tasso di interesse da confrontare con i tassi di usura è quella che mette in rapporto diretto il capitale effettivo prestato con la somma degli interessi corrispettivi pattuiti e degli interessi di mora tempo per tempo maturati, calcolati in base ai tassi originariamente stipulati per le due fasi.

$$(5) \quad TMG = \frac{\text{interessi corrispettivi} + \text{interessi di mora}}{\text{capitale prestato effettivo}} * \frac{365}{gg}$$

Si noti che al denominatore risulta solo il capitale prestato e non gli interessi corrispettivi scaduti, per le ragioni esposte dalla Cassazione nella citata sent. n. 2593 del 2003.

14. Tassi Soglia applicabili al tasso complessivo del prestito.

I Tassi Soglia da utilizzare come riferimento per il tasso di complessivo del prestito sono gli stessi a cui fa riferimento il tasso corrispettivo. Sono dunque quelli emessi trimestralmente con decreto dal Ministero del Tesoro e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale distinti in diverse categorie:

mutui ipotecari a tasso fisso, mutui ipotecari a tasso variabile, leasing ed altri finanziamenti.

Per quanto riguarda eventuali pretestuose obiezioni riguardanti l'omogeneità del tasso complessivo del prestito calcolato con la formula (5) si rimanda alle precise ed esaurienti risposte date al problema dalla Corte di Cassazione e da numerosi giudici di merito, con sentenze già ampiamente commentate nei precedenti paragrafi.

15. Assurdità conseguenti all'eventuale utilizzo della formula dell'interesse effettivo.

A partire dalle note sentenze di Cassazione n. 350/2013 e 603/2013 si sono susseguite numerose sentenze che hanno cercato di chiarire i vari aspetti relativi alle problematiche degli interessi di mora in relazione al reato di usura. Tra queste sentenze, di rilevante interesse sembrano essere la sentenza del Tribunale di Palermo del 11/02/2014 e la sentenza del Tribunale di Udine del 26/09/2014.

Quest'ultima sentenza in particolare evidenzia in concetto di unitarietà del rapporto di finanziamento: con riferimento alle due fasi pre-scadenza e post-scadenza afferma infatti che si tratta di un mero "mutamento che interviene nel piano di rimborso" con "l'applicazione del maggiore tasso di mora". Secondo il giudice, gli interessi di mora devono essere dunque valutati complessivamente insieme a tutti gli altri costi del finanziamento ed in caso di superamento dei Tassi Soglia di usura deve applicarsi pienamente la penalità prevista dall'art.1815 c.c. e l'azzeramento totale degli interessi, compresi quelli corrispettivi.

Tuttavia la sentenza si appoggia, senza disporre una specifica CTU, su generiche analisi di matematica finanziaria che erroneamente cercano di convincere il lettore della necessità di utilizzare la formula del tasso effettivo globale per il confronto con le soglie di usura:

"Le più persuasive analisi di matematica finanziaria condotte in casi simili (... omissis...) mostrano che la pattuizione o la concreta applicazione di un tasso di mora di per sé superiore alla soglia non comportano necessariamente un tasso effettivo globale annuo sull'intero rapporto di credito a carico del cliente superiore a detta soglia.

Come detto, infatti, con la rata che rimane insoluta alla scadenza si genera una mera modifica del piano di rimborso con queste conseguenze:

- per la parte già scaduta decorre un interesse più alto, applicato anche agli interessi corrispettivi inclusi nella rata (gli interessi si computano - per i contratti stipulati fino al 2013 - con anatocismo sull'intera rata scaduta, comprensiva di capitale ed interessi corrispettivi, come consentito dall'art. 3 della Delibera CICR 9/2/00);

- tuttavia nel seguito la capitalizzazione semplice degli interessi corrispettivi insoluti, nonché il fatto che la formula del rendimento 'spalma' gli interessi maturati alla scadenza anche sugli interessi precedenti rimasti insoluti, sono fattori che moderano l'incidenza della penale per la mora nel calcolo del TAEG (secondo le consuete e corrette formule) sino a svilarla significativamente se l'insolvenza perdura nel tempo."

Questo dispositivo della sentenza fa indirettamente riferimento a quella dottrina che propone come criterio di verifica delle soglie di usura il tasso effettivo globale, portando esempi dettagliati che dimostrerebbero l'invalidità logico-matematica delle verifiche che effettuate utilizzando il tasso nominale globale, sia corrispettivo che di mora.

Tuttavia non possiamo esimerci dal discostarci dall'interpretazione fornita dalla dottrina in questione perché l'utilizzo del tasso effettivo globale, nel caso degli interessi di mora, porta a evidenti conflitti con la normativa vigente oltre che a conclusioni giuridiche non conformi ed astrazioni matematico-finanziarie assurde:

1) innanzi tutto si evidenzia che lo "svilimento" del tasso del prestito (che diventa addirittura inferiore al tasso nominale) per effetto di

un'insolvenza che perdura nel tempo non è un fatto casuale, ma voluto dal legislatore che non ha consentito la produzione di ulteriori interessi sugli interessi di mora vietando l'anatocismo;

utilizzando il tasso effettivo che rimane basso (e sotto la soglia di usura) soltanto a causa del mancato anatocismo, mentre il tasso reale calcolato giornalmente dall'intermediario tempo per tempo risulta molto più elevato (e sopra le soglie di usura) si commette evidentemente un grave errore, e si produce un contrasto con la normativa vigente;

infatti, con questa procedura di verifica si permetterebbe all'intermediario di alzare il tasso nominale in modo spropositato mantenendo però il tasso effettivo ad un soffio dal tasso soglia di usura, reintroducendo di fatto dalla finestra il rendimento da anatocismo che è stato fatto uscire dalla porta principale;

2) il tasso effettivo globale applicato al caso estremo, di mancato pagamento di tutte le rate del finanziamento con periodico pagamento degli interessi di mora tempo per tempo maturati (come prospettato dalla Dottrina richiamata), misura in realtà il rendimento dell'intermediario e non il costo effettivo a carico del debitore; infatti se la situazione va avanti all'infinito, la situazione diventa simile a quella di un conto corrente con utilizzo "inchiodato" (fisso nel tempo); senza l'anatocismo però il rendimento effettivo per l'intermediario si abbassa velocemente e tende ad annullarsi, mentre il debitore paga correntemente 15.828 Euro all'anno pari al 15,83% (esempio) decisamente superiore al tasso soglia;

3) la normativa sull'usura non stabilisce in alcun modo che il tasso da confrontare con i tassi soglia di usura sia il tasso effettivo globale; infatti l'art.644 c.p. così come modificato dalla Legge 108/1996 recita testualmente:

"per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse

quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito"
il tasso definito nella norma è evidentemente un "tasso globale", perché deve tenere conto di costi e remunerazioni varie, ma può essere sicuramente sia un tasso nominale globale che un tasso effettivo globale: è evidente la necessità di verificare entrambi i tassi, a meno che non si sia certi che uno dei due sia sempre inferiore all'altro;
nella norma penale non si parla del tasso effettivo, che viene citato solo all'art. 2 della Legge 108/1996, con riferimento alle rilevazioni trimestrali dei tassi ("il Ministro del tesoro, sentito la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio") che servono per la determinazione delle soglie di usura; soglie che sono però valide anche per i tassi nominali, essendo la questione dell'omogeneità delle soglie con i tassi da verificare già ampiamente risolta dall'ordinamento giuridico;
un ulteriore segnale (blando, vista la fonte) di inadeguatezza della formula del tasso effettivo, alla verifica dell'usura dei finanziamenti in caso di interessi moratori, si ha dalla Banca d'Italia che nelle "istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi" sembra riservare tale formula alle operazioni con rimborso rateale a scadenze prefissate, mentre per le operazioni senza scadenza propone una formula molto simile a quella del tasso nominale;

- 4) utilizzare la formula il tasso effettivo per ottenere il tasso complessivo del prestito da confrontare con i tassi soglia porta a **conclusioni matematiche assurde**. Consideriamo nuovamente il seguente esempio:

l'esempio considera il caso di un finanziamento quinquennale, supponendo che il debitore non paghi le rate alle scadenze convenute. Il tasso nominale ed il tasso effettivo annuo (identici in assenza di spese) sono pari al 10%, il tasso di mora è il 12%, la soglia d'usura è il 12,30%. A partire dal secondo anno, accanto agli interessi corrispettivi

ricompresi nella rata, rimangono insoluti anche gli interessi di mora sulle rate scadute. L'inadempimento si protrae oltre il termine quinquennale del finanziamento con pagamento integrale del dovuto alla fine del decimo anno:

PAGAMENTO ALLA FINE DEL DECIMO ANNO								
N. Rata	Deb Residuo	Quota capitale	Quota interessi	Rata	Debito impagato	Mora	Tasso nominale	TEG
1	100.000	16.380	10.000	26.380	26.380		10,00%	10,000%
2	83.620	18.018	8.362	26.380	52.760	3.174	11,54%	10,240%
3	65.602	19.819	6.560	26.379	79.139	6.331	12,89%	10,360%
4	45.783	21.801	4.578	26.379	105.518	9.497	14,07%	10,390%
5	23.982	23.982	2.398	26.380	131.898	12.662	15,06%	10,340%
6					131.898	15.871	15,87%	10,230%
7					131.898	15.828	15,83%	10,080%
8					131.898	15.828	15,83%	9,790%
9					131.898	15.828	15,83%	9,530%
10					131.898	15.871	15,87%	9,270%
Totale		100.000,00	31.898,00	131.898,00		110.889,84	15,871%	9,270%

il tasso effettivo del prestito è quindi pari al 9,27%, inferiore sia al tasso corrispettivo che al tasso di mora, e molto inferiore al tasso soglia; il tasso nominale del prestito sale invece nel tempo fino al 15,871% superiore al tasso soglia, per l'effetto anatocistico dell'interesse di mora sull'interesse corrispettivo (la deroga al divieto di anatocismo non esclude infatti il rispetto del limite di usura sul solo capitale finanziato); la situazione dovrebbe cambiare radicalmente ipotizzando che il debitore alla fine del quinquennio riesca a saldare in parte il suo debito versando una somma da destinare al pagamento degli interessi di mora ed parzialmente al pagamento delle rate scadute. Sul residuo debito (pari ad esempio a 20.000 Euro) maturano gli interessi di mora; il saldo finale di quanto dovuto avviene anche in questo caso alla fine del decimo anno:

PAGAMENTO PARZIALE INTERMEDIO								
N. Rata	Deb Residuo	Rata cap	Rata Int	Rata	Debito impagato	Mora	Tasso nominale	TEG
1	100.000	16.380	10.000	26.380	26.380		10,00%	10,000%
2	83.620	18.018	8.362	26.380	52.760	3.174	11,54%	10,240%
3	65.603	19.819	6.560	26.379	79.139	6.331	12,89%	10,360%
4	45.783	21.801	4.578	26.379	105.518	9.497	14,07%	10,390%
5	23.982	23.982	2.398	26.380	131.898	12.662	15,06%	10,340%
6					20.000	2.407	15,87%	11,480%
7					20.000	2.400	15,83%	11,120%
8					20.000	2.400	15,83%	10,810%
9					20.000	2.400	15,83%	10,530%
10					20.000	2.407	15,87%	10,280%
		100.000,00	31.898,00	131.898,00		43.677,46	15,871%	10,280%

il tasso nominale continua a segnalare l'anomalia degli interessi di mora annuali sopra le soglie di usura, mentre il tasso effettivo sembra apparentemente sotto controllo perché, nonostante il largo anticipo nel pagamento del debito, il tasso sale soltanto di un punto percentuale; per l'intermediario esiste quindi lo spazio per incassare interessi di mora ancora più alti senza incorrere nel superamento delle soglie da parte del tasso effettivo; infatti il limite teorico stipulabile nel contratto è pari al 56,435% (che corrisponde al 42,70% rapportando gli interessi alla rata intera):

DETERMINAZIONE DEL LIMITE MASSIMO PER GLI INTERESSI DI MORA								
N. Rata	Deb Residuo	Rata cap	Rata Int	Rata	Debito impagato	Mora	Tasso nominale	TEG
1	100.000	16.380	10.000	26.380	26.380		10,00%	10,000%
2	83.620	18.018	8.362	26.380	52.760	3.174	11,54%	10,240%
3	65.603	19.819	6.560	26.379	79.139	6.331	12,89%	10,360%
4	45.783	21.801	4.578	26.379	105.518	9.497	14,07%	10,390%
5	23.982	23.982	2.398	26.380	131.898	12.662	15,06%	10,340%
6					20.000	8.557	56,43%	14,658%
7					20.000	8.534	56,28%	13,913%
8					20.000	8.534	56,28%	13,290%
9					20.000	8.534	56,28%	12,759%
10					20.000	8.557	56,43%	12,299%
		100.000,00	31.898,00	131.898,00		74.380,87	56,435%	12,299%

è quindi **evidente l'assurdità del metodo** di verifica con l'utilizzo del tasso effettivo complessivo del prestito, che risulterebbe sotto la soglia

di usura anche nel caso di interessi di mora estremamente elevati, pari a 8.500 Euro annui su un debito residuo di soli 20.000 Euro);

Per gli intermediari la possibilità di percepire simili interessi usurari è reale ed ancora più concreto per le banche che hanno inserito in contratto la c.d. clausola di salvaguardia; infatti, non avendo indicato nel contratto il tasso di mora ed avendolo soltanto subordinato al rispetto del Tasso Soglia tempo per tempo vigente, l'intermediario si potrà ritenere libero di applicare la regola, suggerita da parte della dottrina, stabilendo per la mora il più alto tasso nominale possibile che conduca ad un tasso effettivo un centesimo al di sotto della soglia elusione della norma penale³⁵².

³⁵² Per completezza si richiama quanto recentemente affermato dalla Corte di legittimità, nella sentenza della Sez. I, del 22 giugno 2016, n. 12965, *cit.* in merito alla c.d. clausola di salvaguardia, ovvero che «La clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del c.d. tasso soglia usurario, ma solo mediante l'astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla ex art. 1344 c.c., perché tesa a eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall'art. 1815, co. 2 cod. civ. per il mutuo, regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro remunerazione»

CAPITOLO VIII

DEFINIZIONE E FUNZIONE DI CONTRATTO DERIVATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Contratti derivati e cenni storici. - 3. Definizione di “contratto derivato”: lo “strumento finanziario” e il “prodotto finanziario”. - 3.1. Definizione di “contratto derivato”. Il duplice significato. - 3.2. Definizione di “contratto derivato”: Le caratteristiche contrattuali. - 4. La funzione protettiva e speculativa del contratto derivato. La componente previsionale. - 5. Funzioni del derivato: duplicità, inscindibilità, irrilevanza. - 6. La causa del derivato: il problema dell’astrazione pura. - 6.1. Causa speculativa, tesi della scommessa e la teoria della “causa concreta”. - 7. Limite alla classificazione dei contratti derivati. - 7.1. Gli archetipi principali: il *future*, l’*option* e lo *swap*. - 7.2. Derivati uniformi e derivati *o.t.c.*

1. Introduzione.

Il contenzioso in tema di contratti finanziari derivati è certamente stato uno dei più accesi degli ultimi anni. Numerose sono state le problematiche sorte per individuare con esattezza quale fosse, in primo luogo, la “nozione” e la natura giuridica del “contratto derivato”; la liceità di tale figura negoziale e la corretta disciplina in concreto applicabile.

Uno degli aspetti che ha creato molte incertezze e che ha determinato i maggiori problemi in relazione alla liceità o meno di tale strumento finanziario, sono le implicazioni in termini di superamento delle soglie usuarie, considerando l’ammontare effettivo di costi, commissioni e oneri (talvolta occulti) che sono stati applicati a fronte della sottoscrizione di contratti derivati.

Prima di affrontare nello specifico il tema del rapporto tra derivati e usura, che maggiormente interessa la presente trattazione,

sembra opportuno fornire un preliminare inquadramento sulla natura giuridica dello strumento finanziario derivato e una breve ricostruzione delle principali problematiche che hanno interessato l'istituto in merito ad aspetti come l'inquadramento giuridico, la causa (e la funzione di tale strumento finanziario), il funzionamento del derivato e le principali tipologie contrattuali³⁵³, al fine di meglio comprendere le problematiche relative al rispetto delle soglie usuarie.

2. Contratti derivati e cenni storici.

Collocare storicamente la nascita degli strumenti derivati con esattezza è un'opera pressoché impossibile ed è altrettanto difficile individuare, anche con approssimazione, il primo avvento sul mercato delle tipologie tradizionali di derivati (c.d. archetipi). Il riferimento è in particolare al *future* e all'*option*. Già in epoca antichissima, infatti, si può ritrovare la logica dell'acquisto a termine di derrate alimentari, posta in essere con lo specifico scopo di creare una copertura contro rialzi o riduzioni del valore della merce causati dagli eventi meteorologici che influenzavano la quantità e la qualità della merce. Inoltre, le regole del commercio sui contratti a termine risalgono

³⁵³ Il contenzioso in tema di derivati è stato in realtà molto complesso, coinvolgendo molteplici aspetti, soprattutto connessi alla negoziazione degli strumenti finanziari a cui, in questa sede, non è possibile dare il giusto spazio. Si ricordano, a titolo esemplificativo, i problemi connessi alla violazione degli obblighi informativi posti in capo all'intermediario abilitato (la normativa maggiormente interessata dallo "scandalo derivati" è stata la Del. Consob n. 11522 del 1998; poi sostituita dalla Del. 16190 del 29 ottobre 2007- e successive variazioni - frutto del recepimento della direttiva MIFID, entrambe reperibili in *www.consob.it*). Ancora, il problema della qualificazione del cliente quale "operatore qualificato" ai sensi dell'art. 31 Del. Consob n. 11522 del 1998; e la questione relativa alla validità dei suddetti strumenti finanziari derivati, poi culminata con le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, reperibili, tra le varie fonti, in *www.ilcaso.it*. In questa sede si cercherà di fornire una breve introduzione degli strumenti finanziari derivati, al fine di poter meglio comprendere il problema dei rapporti tra derivati e usura che maggiormente interessa la presente trattazione.

certamente al tempo delle fiere medioevali in Francia e Inghilterra³⁵⁴. La stessa origine della moderna compravendita a termine, su cui si basa il *future*, si perde in un passato piuttosto lontano, mentre lo schema dell'*option* ha un esplicito riconoscimento normativo nel codice civile italiano del 1942 (art. 1331).

Il fatto che le primigenie manifestazioni dei derivati abbiano radici così lontane dimostra la fondamentale importanza di questo istituto. Difatti il tradizionale strumento assicurativo utilizzato come mezzo di tutela contro le incertezze future, si è spesso rivelato inadeguato a coprire questa tipologia di rischio in quanto, in condizioni di normalità, ovvero in assenza di sinistri, determina un guadagno per l'assicuratore e una perdita per l'assicurato, cosa che risulta spesso impropria e insoddisfacente in un rapporto commerciale bilaterale.

Per tutti questi motivi fin dall'antichità i derivati sono stati considerati accessori commerciali leciti e insostituibili, fino a creare dalla metà dell'800 in poi appositi mercati regolamentati in varie parti del mondo, ad esempio il *Chicago Board of Trade* fondata nel 1842 e il *London Metal Exchange* fondato nel 1877³⁵⁵.

3. Definizione di contratto derivato: lo “strumento finanziario” e il “prodotto finanziario”.

Dopo questa breve premessa storica pare opportuno affrontare la questione relativa definizione di “contratto derivato”, che ha sempre diviso Dottrina e Giurisprudenza.

³⁵⁴ Cfr. G. GEMMIL, *La funzione economica dei prodotti finanziari derivati*, in *Lezioni Moar*, Milano, 1995, 12.

³⁵⁵ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001, p. 24-26.

Una possibile definizione è infatti la seguente: «Il contratto derivato può definirsi come la combinazione di uno strumento finanziario e di una serie di accordi (clausole) contrattuali»³⁵⁶.

Occorre pertanto partire dal concetto di “strumento finanziario”, più ampio del concetto di “derivato” per comprendere appieno la natura giuridica del medesimo. Riguardo al concetto di “strumento finanziario”, indicato all’articolo 1, co. 2 del Testo unico finanziario (t.u.f.), contenuto nel d.lgs. n. 58 del 24 febbraio del 1998, occorre svolgere un’analisi sull’evoluzione che il termine ha subito nel tempo. Infatti, la nozione di “strumento finanziario” prende le mosse da quella di “valore mobiliare”³⁵⁷.

Tuttavia, neanche la nozione di “valore mobiliare” è risultata di facile delimitazione. Si era anzi affermato che non sarebbe esistita una definizione universalmente valida di “valore mobiliare”, ma tante definizioni funzionali agli specifici contesti normativi (c.d. “microsistemi”), all’interno dei quali la definizione compariva.³⁵⁸

Il “passaggio” dalla nozione di “valore mobiliare” a quella di “strumento finanziario” avvenne come conseguenza dell’attuazione in

³⁵⁶ M. LEMBO, *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati”*, Milano, 13-14 dicembre 2004.

³⁵⁷ Tale termine ha fatto ingresso nell’ordinamento italiano negli articoli 2 e 45 della “Legge Bancaria” del ’36 - ’38 e compare ancora nell’art. 7 del d.p.r. n.138 del 1975. La sua presenza nell’ordinamento è stata poi “riconfermata” nell’art. 18-bis della legge n. 216 del ’74, introdotto dalla legge n. 77 del 1983 e dall’art. 1 della legge n. 1 del 1991, ed è poi venuto meno per effetto dell’emanazione del d.lgs. n. 415 del 1996 e del successivo d.lgs. n. 58 del 1998. G. FALCONE, G. L. GRECO, G. ROTONDO, *La responsabilità nella prestazione dei servizi di investimento*, Milano, 2004, p. 7.

³⁵⁸ Si è comunque cercato di pervenire all’individuazione di eventuali caratteri comuni alle diverse e specifiche nozioni di valore mobiliare, giungendo alla soluzione secondo cui nessuna delle realtà chiamate dalla legge “valori mobiliari” fosse un bene destinato al consumo; in quanto tutte, e ciascuna, erano invece da considerarsi beni in quanto coinvolte in operazioni di impiego di capitali. Sul punto, L. SALAMONE, *Unità e molteplicità nella nozione di valore mobiliare*, Milano, 1995, 80-81, secondo cui «In sostanza, tutte le diverse accezioni del termine in questione, sarebbero accomunate dal fatto di avere come referente obiettivo; in termini giuridici, dei beni di secondo grado».

Italia della direttiva 93/22 CEE, per il tramite del decreto Eurosim, tenendo presente che nell'elencazione degli strumenti finanziari, comparivano elementi sicuramente riconducibili alla categoria del valore mobiliare ed altre, invece, non riconducibili alla stessa³⁵⁹. Si è affermato, infatti, che la direttiva 93/22, introducendo lo strumento finanziario come categoria normativa, avesse comunque conservato anche quella di valore mobiliare, cui viene fatto espresso riferimento nella elencazione degli strumenti finanziari³⁶⁰.

Nel catalogo degli strumenti finanziari sarebbero rientrati, quindi, sia i valori mobiliari, intesi nell'accezione tradizionale del termine come i titoli negoziabili nel mercato dei capitali; sia gli strumenti del mercato monetario; sia i vari tipi di contratti derivati³⁶¹.

Nel successivo d.lgs. n. 58 del 1998 (come modificato dal successivo d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164), invece, lo “strumento finanziario” trova una definizione legislativa all'art. 1, co. 2. Tuttavia, come per la maggior parte delle “definizioni” contenute nel t.u.f., non viene fornito un concetto specifico, bensì, la norma si limita ad indicare

³⁵⁹ G. FALCONE, G. L. GRECO, G. ROTONDO, *La responsabilità nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 8.

³⁶⁰ In sostanza, si è ritenuto che la categoria dei valori mobiliari fosse ancora configurabile e si sarebbe caratterizzata, all'interno di quella più ampia di “strumento finanziario”, per la sua “negoziabilità” e, in particolare, per la sua “negoziabilità” nel mercato dei capitali. Per essere più precisi, nella prospettiva comunitaria, dunque, la “negoziabilità” di uno strumento finanziario sarebbe stata condizione necessaria ma non sufficiente per la sua riconducibilità alla categoria dei valori mobiliari. A questa categoria sarebbero appartenuti soltanto i titoli negoziabili nel mercato dei capitali, distinti dagli strumenti del mercato monetario e dai contratti derivati³⁶⁰. Del resto, ancor prima del “passaggio” alla nozione di strumento finanziario, si era evidenziato come la “negoziabilità” fosse un elemento essenziale del valore mobiliare in quanto essa rende ragione al fatto che l'oggetto della compravendita preso in considerazione fosse costituito da valori mobiliari; cfr. F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 31.

³⁶¹ Non sono mancate autorevoli letture volte a considerare il passaggio dalle nozione di valore mobiliare a quella di strumento finanziario come un “semplice mutamento terminologico”, sostanzialmente fondato sulla necessità di conformare il lessico legislativo nazionale a quello comunitario e, in particolare, alla categoria degli strumenti finanziari individuata dalla direttiva 93/22. G. F. CAMPOBASSO, *Testo Unico della Finanza*, UTET, Torino, I-III, 2002, p. 7-8.

“la classe o le classi” cui tale definizione può essere correttamente attribuita. Il legislatore, quindi, non ha delineato una definizione generale di “strumento finanziario”, si è limitato a fornire un catalogo, nel quale sono indicate le principali forme tecnico - contrattuali in cui lo scambio finanziario si attua. Tra queste si ricorda l’attività creditizia; assicurativa; previdenziale e, appunto, mobiliare, che può essere arricchito sulla base di un provvedimento dell’autorità di Governo, come risulta dall’art. 18, co. 5, che espressamente ammette la possibilità di riconoscere nuovi strumenti finanziari: «al fine di tener conto dell’evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie».

La categoria degli strumenti finanziari non ha, pertanto, confini predeterminati e prestabiliti, costituendo un sistema aperto³⁶²; in quanto essi sono tipicamente destinati a soddisfare bisogni primari e diversificati di investimento, di finanziamento, di copertura del rischio e di speculazione e debbono necessariamente essere caratterizzati dalla flessibilità, sia contrattuale che tecnica, per potersi adattare alle nuove e mutevoli esigenze.

Tutto ciò premesso, il t.u.f. presenta un importante elemento di novità all’art. 1, co. 1. lett. u), introducendo la nozione di “prodotto finanziario”, che è caratterizzata da una particolare ampiezza, poiché, secondo la lettera della norma, per prodotti finanziari bisogna intendere “*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*”. E’ stato sottolineato come l’ampiezza della nozione corrisponda ad una precisa intenzione del legislatore, il quale ha voluto ricomprendere nell’ambito di applicazione della disciplina generale

³⁶² E. GUERINONI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, Milano, 2008, nota a p. 2.

tanto le operazioni sui titoli quotati, che quelle sui titoli non quotati³⁶³; apprestando, in tal modo, un adeguato livello di protezione anche alle operazioni “atipiche” di raccolta del risparmio³⁶⁴. Nello stesso tempo, però, la nozione pone un problema interpretativo di carattere generale. Infatti, mentre il concetto di “strumento finanziario”, che è da considerarsi ricompreso in quello di “prodotto finanziario”, presenta, come abbiamo detto, una propria autonoma definizione legislativa all’art. 1, co. 2 del t.u.f.; non vi è un analogo ausilio per la determinazione del contenuto dell’espressione “ogni altro investimento di natura finanziaria”³⁶⁵. A tale riguardo sembra preferibile l’orientamento di chi ritiene che la natura finanziaria dell’investimento debba essere accertata dando rilievo all’impiego di capitali e al rischio direttamente connesso e correlato a tale impiego, concludendo che deve considerarsi “prodotto finanziario” ogni strumento che sia idoneo alla raccolta del risparmio, comunque denominato o rappresentato, purché rappresentativo di un impiego di capitale³⁶⁶. Resterebbe quindi escluso l’investimento che abbia prevalente finalità di godimento³⁶⁷.

³⁶³ Sul punto, s.v. C. MOSCA, *Commento sub art. 102*, in Marchetti P. – Bianchi L. A. (a cura di), *La disciplina delle società quotate*, I, Milano, 1999.

³⁶⁴ Cfr. S. PROVIDENTI, *Appello al pubblico risparmio*, in Lacaita L., Napoleoni V. (a cura di), *Il testo Unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, 95 ss.

³⁶⁵ Tuttavia, si può comunque dire che l’art. 1 del T.U.F. offre in proposito due elementi di giudizio, ravvisabili nella “forma di investimento” e “nella natura finanziaria” dello stesso. Al riguardo, si può dire che per il primo gli elementi di giudizio sono sicuramente pochi, mentre relativamente al secondo la qualificazione “finanziaria” dell’investimento, intesa come la sua idoneità a remunerare l’investitore attraverso una redditività finanziaria, risulta un elemento essenziale per individuare la nozione di prodotto finanziario. Si prendono in considerazione, quindi, quelle fattispecie in cui un soggetto, l’investitore, provvede ad una dazione di denaro accompagnata da un’aspettativa di remunerazione, la quale è una mera aspettativa, sia perché ad essa è sotteso un rischio, sia perché se l’investitore avesse diritto alla remunerazione o al rimborso della sua dazione di denaro si configurerebbe una raccolta di risparmio. Così, L. BONZANINI, *La disciplina del collocamento a distanza di prodotti finanziari*, in *Contratti*, 1999, p. 516.

³⁶⁶ V. F. ANNUNZIATA, *Commento sub artt. 91, 94, 95, 99, 100, 101*, cit.

³⁶⁷ V. G. CANNIZZARO, *Commento sub artt. 94-100*, in Rabitti Bedogni C. (a cura di), *Il Testo Unico dell’intermediazione finanziaria*, Milano, 1998.

In generale i prodotti finanziari sono essenziali in qualunque sistema economico poiché permettono la realizzazione di funzioni di interesse generale, indispensabili per lo sviluppo economico, come l'intermediazione finanziaria, la produzione di moneta bancaria e la circolazione della stessa. I prodotti finanziari si caratterizzano per il loro rendimento, per il rischio, per il contenuto del diritto, per la scadenza, per la loro utilizzabilità come mezzi di pagamento e nella disciplina del mercato mobiliare hanno in buona parte preso il posto, insieme agli strumenti finanziari, dei valori mobiliari di cui agli art.18 e 18-*bis* della legge n. 216 del '74.

Molto significativo è il rapporto che si è venuto ad instaurare tra le nozioni di “prodotto finanziario” e di “strumento finanziario”, che è di genere e specie. Infatti nell'art. 1 del t.u.f. gli strumenti finanziari costituiscono una categoria nominata (2° co., lett. a-j, in cui il legislatore fornisce l'elenco degli strumenti finanziari) nell'ambito del più ampio genere dei prodotti finanziari³⁶⁸. Bisogna poi da aggiungere che l'ampiezza della nuova definizione dirime ogni possibile perplessità in merito all'applicabilità della disciplina in commento ai *futures* ed alle *options*, nonché alle quote di partecipazione di fondi comuni di investimento³⁶⁹.

Al comma 3 dell'art. 1 del t.u.f. invece, troviamo la definizione di “*Strumenti finanziari derivati*”, da intendersi come gli strumenti finanziari previsti al co. 2, lettere d), e), g) ,h), i), e j), nonché gli strumenti previsti dal comma 1-*bis*, lettera d). Tale elenco risulta ampliato rispetto a quello previsto dal d.lgs. n. 58 del 1998, ad opera del già citato d.lgs. 17 settembre 2007 n. 164, che ha attuato la direttiva

³⁶⁸ V. E. GUERINONI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento, cit.*, nota a p. 3.

³⁶⁹ Sul punto v. M. CALLEGARI, *Commento sub artt. 102 e 103*, in Cottino G. (diretta da), *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Torino, 1999, 1 ss.

2004/39/CE (MIFID) relativa ai mercati degli strumenti finanziari la quale aveva come obiettivo primario e diretto l'integrità dei mercati, da un lato, e la tutela dei clienti - investitori dall'altro.

3.1 Definizione di “contratto derivato”. Il duplice significato.

Si può dire che “derivato” è l'espressione sintetica di “contratto derivato”, come recepita dagli ordinamenti di matrice anglosassone in cui si parla di “*derivative*”, ma non ci si può limitare ad una interpretazione letterale del termine in quanto in ambito finanziario la “derivazione” assume un diverso e duplice significato³⁷⁰.

Il primo di questi è stato riconosciuto anche dalla Banca d'Italia³⁷¹ secondo cui “*i derivati sono contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa*”, quindi il contratto sarebbe derivato in quanto il suo valore dipenderebbe, o deriverebbe, dall'attività fondamentale sottostante. Su tale definizione, e altre molto simili, concorda la maggior parte della dottrina³⁷² ma ad un'analisi più approfondita essa appare troppo riduttiva ed inidonea ad esprimere il complesso meccanismo giuridico che presiede alla formazione di questi strumenti. Dalla predetta definizione di “strumenti finanziari derivati” presente nel citato art. 1, comma 3 del T.U.F. si può desumere il secondo e più pregnante significato del termine “derivato”, che starebbe

³⁷⁰ Cfr. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 5.

³⁷¹ Circolare 29.3.88 n. 4, aggiornamento 23.6.94 n. 112, art. 3.

³⁷² Cfr. R. W. KOLB, *Financial derivatives*, Cambridge, 1996, 1, secondo cui “*un derivato finanziario è uno strumento basato su un altro strumento elementare, e il valore del derivato finanziario dipende dall'ulteriore strumento di base*”; F. CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti “derivati” finanziari*, Milano, 1997, 2 il quale afferma che “*si definiscono “contratti derivati” quei contratti il cui valore deriva dal prezzo di un'attività sottostante, ovvero dal valore di un parametro di riferimento (indice di borsa, tasso di interesse, cambio)*”.

ad indicare il processo genetico, ovvero l'accordo stesso, per effetto della stipulazione, diviene di per sé uno strumento finanziario. In altre parole, la stipulazione di un contratto derivato costituisce al tempo stesso atto negoziale e mezzo di generazione dello strumento e anche durante la fase di esecuzione del contratto la disciplina negoziale influirà costantemente sui contenuti dello strumento, costituendone essa stessa l'essenza, con la conseguenza di attribuire alle parti la duplice posizione di contraenti e di creatori di una entità finanziaria³⁷³. Quindi, a titolo esemplificativo, le parti che stipulino un contratto di *swap* non si limitano a negoziare uno strumento finanziario già esistente, bensì lo creano; quindi il derivato è lo strumento finanziario che “deriva” dal contratto, il che non accade, ad esempio, in occasione della stipulazione di un ordinario contratto di compravendita di azioni in cui il titolo fondamentale preesiste alla negoziazione e le parti non aggiungono nulla di nuovo. Ne emerge una inscindibilità tra momento genetico e momento negoziale, e proprio alla luce di tale prospettiva “genetica” il contratto derivato si pone come “ponte tra lo strumento negoziale e lo strumento finanziario”.

Si può quindi affermare che il derivato costituisce un'innovazione rispetto agli ordinari modelli di contratto e di strumento finanziario, riassumendo in sé una sintesi perfetta dei connotati di entrambi gli istituti³⁷⁴.

Cercando ora di analizzare gli aspetti più propriamente contrattuali di tale strumento, un quesito da porsi è se i derivati costituiscano o meno una categoria giuridica a sé stante. La risposta appare essere negativa, in quanto il legislatore non fornisce una definizione della categoria, né sembra presupporla³⁷⁵. Infatti, la stessa

³⁷³ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 7 ss.

³⁷⁴ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 10.

³⁷⁵ F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 589.

citazione di “strumenti finanziari derivati” contenuta nell’art. 1 del t.u.f. non offre una definizione della categoria, si limita a fornire un’elencazione di alcuni prototipi principali e una descrizione di essi, tra l’altro non pienamente esaustiva, senza individuare caratteristiche strutturali comuni alle diverse fattispecie che facciano pensare all’esistenza di una matrice unica.

3.2 Definizione di “contratto derivato”. Le caratteristiche contrattuali.

Anche se pare si debba escludere l’esistenza di un’unica categoria idonea a ricomprendere tutti gli strumenti finanziari derivati, tuttavia, possiamo certamente ritrovare elementi essenziali che appartengono ai diversi contratti derivati e che possono contribuire a delineare la fisionomia dell’istituto. Il derivato è un contratto essenzialmente atipico; bilaterale, ad esecuzione differita; a prestazioni corrispettive; oneroso; caratterizzato da una forte componente di aleatorietà; avente a referente un’entità economica, reale (bene commerciale, titolo, valuta, flussi finanziari di varia natura e origine, etc.) o astratta (tasso di interesse, indice azionario, capitale convenzionale, etc.), e ad oggetto il differenziale del valore assunto nel tempo da tale entità³⁷⁶.

Nei derivati l’oggetto della negoziazione non è mai direttamente l’entità di riferimento, bensì il differenziale scaturente dalla comparazione fra il suo valore al momento della stipulazione e il suo valore al momento dell’esecuzione o della scadenza³⁷⁷.

Per contratti atipici, invece, facciamo riferimento all’art. 1322,

³⁷⁶ V. M. LEMBO, *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati”*, cit., p. 1. Cfr. anche F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 588 ss.

³⁷⁷ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 12-14.

comma 2 del c.c., che consente alle parti di “concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare”. Questa è un’importante espressione della libertà contrattuale riconosciuta ai privati i quali, se non trovano risposte soddisfacenti nei tipi legali (cioè previsti espressamente dal legislatore), possono organizzare autonomamente le proprie operazioni contrattuali, nei modi più conformi e maggiormente idonei alle loro esigenze. Ciò si basa su forti ragioni di opportunità sociale, in quanto le costanti variazioni della società, dell’economia, della tecnologia etc. possono rendere necessario “uscire” dai tipi legalmente previsti e creare un contratto atipico³⁷⁸.

Il derivato è un contratto normalmente bilaterale, cioè con due parti contraenti, le quali hanno interessi antitetici. Questa “dualità” delle parti, tuttavia, non esclude che i soggetti contraenti siano anche più di due, purché gli stessi vengano “raggruppati” in due centri di interesse fra loro uguali e contrari³⁷⁹.

Il derivato è anche un contratto ad esecuzione necessariamente differita, che può essere ad esecuzione unica (quando le parti stabiliscono una sola data di scadenza per l’effettuazione delle rispettive prestazioni) o ad esecuzione periodica (quando le parti stabiliscono una serie di scadenze nel tempo)³⁸⁰. Il derivato, quindi, non può essere un negozio giuridico ad esecuzione istantanea, in quanto è essenziale che intercorra un lasso di tempo tra la conclusione dell’accordo e la sua esecuzione perché in tale intervallo si verificheranno quelle fluttuazioni di valore dell’entità di riferimento che costituiscono l’essenza del derivato.

³⁷⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, Napoli, 2001, p. 422.

³⁷⁹ R. AGOSTINELLI, *Problemi della pratica le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca borsa tit, cred.*, 1997, 1, 112, p. 6.

³⁸⁰ Cfr. R. AGOSTINELLI, *opera ult. cit.*, p. 3; M. LEMBO, *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati”*, *cit.*, p. 1 ss.

Generalmente il derivato è un contratto a prestazioni corrispettive³⁸¹, ma l'incertezza che determina l'oscillazione del valore di riferimento fa sì che non si possa escludere a priori la possibilità che sorgano obbligazioni per una sola delle parti. Tuttavia, proprio perché quest'eventualità è legata ad oscillazioni non predeterminabili essa non consente di qualificare il derivato alla stregua di un contratto unilaterale nel senso dell'art. 1333 c.c.

Per contratto oneroso, invece, si intende quel contratto in cui ciascuna parte effettua una prestazione a favore dell'altra e tale prestazione consiste proprio nel sacrificio che la parte sopporta per ricevere la prestazione della controparte, che invece consiste in un vantaggio. Il concetto di "prestazione" va inteso in senso ampio, poiché può consistere in un'obbligazione, come per esempio quella di pagare un prezzo; nel trasferimento di un diritto; nella costituzione di un diritto nuovo; nella rinuncia ad un proprio diritto verso la controparte; nello scioglimento di un rapporto con la controparte o, più in generale, in ogni modificazione della situazione giuridica esistente fra le parti che costituisca un sacrificio giuridico - economico per una delle due e un vantaggio giuridico - economico per l'altra. E' da tenere presente che tale prestazione rende il contratto oneroso solo se soddisfa un bisogno della parte destinataria, che sia anteriore ed esterno al contratto, e non quando sia un modo per alleviare il sacrificio che la parte destinataria sostiene con la propria prestazione³⁸².

³⁸¹ Sui contratti a prestazioni corrispettive s.v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 439 ss. Cfr. anche G. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963.

³⁸² Per esempio, il comodato e il mutuo senza interessi prevedono, rispettivamente, sia la prestazione del comodante e del mutuante, sia la prestazione del comodatario e del mutuatario, che consiste nella semplice restituzione della cosa e del denaro; però sono contratti gratuiti, in quanto le restituzioni non avvantaggiano i rispettivi destinatari, bensì li rimettono nella posizione originaria e circoscrivono il sacrificio che essi devono sopportare con il contratto. Sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 434 ss.; cfr. anche F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 588; R.

I contratti aleatori sono quelli in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, in sintesi dalla sorte, e i contraenti si assumono il rischio di vedere ingigantita la prestazione a proprio carico, ovvero ridotta, se non addirittura azzerata, la prestazione attesa per effetto del puro caso. Ciò che rende un contratto aleatorio è il rischio giuridico - economico inerente alla prestazione; da non intendersi come il rischio puramente economico relativo al costo della prestazione dovuta (anche se fosse molto elevato) o al valore o utilità della prestazione attesa, in quanto ogni contratto presenta un certo grado di rischio economico³⁸³. Il rischio giuridico, infatti, è proprio l'incertezza sulla prestazione stessa in quanto è questa ad essere subordinata ad eventi incerti, come, ad esempio il contratto condizionato in cui la prestazione è giuridicamente a rischio perché un evento futuro e incerto può porla nel nulla³⁸⁴.

Per quanto riguarda i contratti derivati il tema dell'alea è stato uno dei più dibattuti. Com'è stato ricordato «l'alea si presenta come una manifestazione “normale” in tutti i contratti ad esecuzione non immediata, essendo possibili oscillazioni di valore delle prestazioni cagionate da normali fluttuazioni di mercato o da altre circostanze (...) come la possibile insolvenza del debitore e la variazione dei prezzi»³⁸⁵. La qualificazione di un contratto derivato come “aleatorio” o “commutativo” non ha un rilievo meramente teorico, in quanto l'art.

AGOSTINELLI, *Problemi della pratica le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, cit., p. 7.

³⁸³ Per esempio, nella compravendita di azioni il valore delle stesse può rimanere stabile come raddoppiare o azzerarsi, ma non per questo è qualificabile come contratto aleatorio. Perché un contratto sia aleatorio deve esserci incertezza sull'entità della prestazione stessa e non solo sul suo costo o utilità.

³⁸⁴ Sui contratti aleatori s.v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 443 ss. S. v. anche G. DI GIANDOMENICO, *I contratti aleatori*, in *Giur. Alpa-Bessone. Aggiorn.*, I, Torino, 1999, p. 787; A. PANDOLFI, *Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea*, in *Contratti*, 1999, p. 221; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997.

³⁸⁵ G. SCALFI, *Alea*, in *Digesto civile*, I, 1987, 258.

1467 c.c. contempla l'ipotesi della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità a favore della parte soccombente la quale può chiedere la risoluzione del contratto ove la prestazione a suo carico sia diventata troppo onerosa a causa di avvenimenti straordinari e imprevedibili. Si esclude tuttavia che tale effetto abbia luogo quando la sopravvenuta onerosità rientri nell'alea "normale" del contratto, ovvero quando il contratto sia da considerarsi aleatorio per sua natura o per volontà delle parti (art. 1469 c.c.). Pertanto, ove si concluda per la natura aleatoria del contratto derivato, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità dovrà considerarsi escluso³⁸⁶. Ora, parte della dottrina ha sostenuto la natura aleatoria del contratto derivato (ad esempio lo *swap*, avrebbe sicuramente carattere aleatorio in quanto la prestazione di almeno una delle due parti è subordinata all'evento futuro e incerto della fluttuazione, tra la data di stipulazione e la data di esecuzione, dei parametri presi in considerazione³⁸⁷) negando quindi l'esperibilità del rimedio risolutivo. Altra parte della dottrina ha invece escluso l'aleatorietà anche se pattuita dalle parti espressamente³⁸⁸. Probabilmente è preferibile abbandonare il tentativo di un incasellamento forzoso del derivato nelle categorie note per analizzare

³⁸⁶ Altrimenti, escludendo nel derivato la natura aleatoria, si riapre il problema dei limiti di applicazione del rimedio equitativo. Infatti, se si qualifica il derivato come contratto ad alea normale, in cui l'andamento del mercato sia ordinario e ragionevolmente stimabile al momento della stipula, l'evento straordinario ed imprevisto che alteri sensibilmente l'equilibrio giuridico - economico e sbilanci pesantemente il carico di una delle prestazioni, potrebbe essere motivo di risoluzione ex art. 1467 c.c. poiché tale squilibrio non rientra nell'alea normale del contratto. Sull'argomento, E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 248 ss.

³⁸⁷ Sul punto, R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, *Banca borsa tit. cred.*, 1, 1997, 123.

³⁸⁸ CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, cit., 55, il quale sostiene che "non varrà pertanto una dichiarazione delle parti che qualifica il contratto come aleatorio per escludere l'applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità. Un contratto non diventa aleatorio soltanto perché le parti lo definiscono tale".

invece la natura peculiare del contratto medesimo³⁸⁹. A ben vedere, infatti, si nota che l'accordo stesso contempla normalmente il rischio, esponendo le parti all'eventualità che le fluttuazioni di mercato alterino anche pesantemente l'ammontare delle prestazioni. Quindi il rischio e lo squilibrio, anche gravi ed eccessivi, sono coesenziali alla natura e alla funzione dell'accordo e le parti lo hanno scientemente accettato. Ragion per cui diventa superflua qualsiasi diatriba sull'aleatorietà o meno dell'accordo in quanto il rischio per eccessiva onerosità non potrà per definizione porsi perché costituisce l'oggetto stesso dell'accordo. In definitiva, il derivato si sottrae al rimedio di cui all'art. 1467 c.c. non perché sia aleatorio o perché la sua alea normale sia illimitata, ma perché la fluttuazione dei parametri di riferimento costituisce propriamente, tipicamente e specificamente lo strumento per determinare le prestazioni dedotte nel contratto. L'evento esterno che vada ad influire sui valori dei parametri non sarà mai né straordinario né imprevedibile, anzi può dirsi ordinariamente previsto, le parti lo accolgono a completamento dell'oggetto della loro stipulazione; quindi non saranno mai integrabili i presupposti dell'art. 1467 c.c. che

³⁸⁹ Per completezza si segnala che la dottrina ha anche tentato di affermare un distinguo tra alea giuridica e alea economica. Sul punto s.v. R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, cit., 123 secondo cui la prima ha a che fare con il rapporto fra prestazione e controprestazione: il contratto è aleatorio quando è a carico di una parte (o di entrambe) il rischio di un evento che incide sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione contrattuale. Si tratta dunque di un rischio in senso oggettivo. Per alea economica, invece, si intende la possibilità di ottenere determinati valori con riferimento alle variabili prese in considerazione: allorché la distribuzione degli eventi futuri e dei risultati ad essa associabili sia stimabile, il rischio risulta qualitativamente misurabile (utilizzando parametri statistici) e può essere o meno coperto, a seconda dei mezzi di cui dispone l'agente. A tal proposito v. anche C. MENICHINO, *Contratti commutativi e alea convenzionale*, *Contr.*, 1993, 535, il quale ha rilevato che la giurisprudenza maggioritaria, nel definire il contratto aleatorio, non parla dell'"alea giuridica", ma adotta formule alquanto generiche che per lo più fanno riferimento al rischio come elemento che investe e caratterizza il contratto "nella sua interezza e fin dalla sua formazione", così da rendere incerto "per una o per tutte le parti il vantaggio economico, in relazione al rischio cui le stesse si espongono".

contempla un evento straordinario e imprevedibile³⁹⁰. Tutto ciò forse non deve stupire eccessivamente, considerando la natura unica dello strumento derivato, in cui la componente contrattuale e lo strumento finanziario sono un'unità inscindibile e proprio per questo il meccanismo negoziale si sottrae in parte alla disciplina ordinaria dei contratti.

E' poi necessario evidenziare un'altra caratteristica dei contratti derivati. Essi, come abbiamo detto, hanno sempre un'entità di riferimento di varia natura o specie, ad esempio un titolo; una valuta; un tasso di interesse; un indice finanziario, ma anche un bene o una merce. Tuttavia, è la fluttuazione di valore subita da questa entità negoziata, il differenziale, a costituire propriamente l'oggetto del contratto derivato e non l'acquisto dell'entità in sé. Ciò permette di capire che l'entità fondamentale è relegata ad un ruolo secondario di elemento necessario ma non qualificante, incapace di connotare lo strumento. Questa sostanziale irrilevanza dell'*underlying instrument* conduce ad un'importante conclusione, cioè che l'astrattezza è una componente essenziale e qualificante dello strumento derivato. Analogamente a quanto accade riguardo ai titoli di credito per i quali la legittimazione prescinde dai rapporti precedenti che hanno dato origine all'emissione o al trasferimento del titolo, anche il derivato risulta insensibile alle vicende che coinvolgono lo strumento fondamentale³⁹¹.

³⁹⁰ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 251 ss.

³⁹¹ Vi sono comunque delle differenze in quanto nel titolo di credito l'astrattezza è, per così dire, solo temporanea poiché impedisce di opporre immediatamente l'eccezione, ma essa potrà essere sollevata nell'ambito di un successivo giudizio; viceversa nel derivato i rapporti fondamentali restano perennemente estranei ad esso. Più che di astrattezza forse si dovrebbe parlare di "astrazione pura", con ciò idealizzando il meccanismo costruttivo dello strumento il quale, partendo da un'entità economica di base, arriva a creare un diverso oggetto: il differenziale, appunto. V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 15 ss. Cfr. anche M. LEMBO, *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA "Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati"*, cit., p. 1.

Quanto detto finora conferma la definizione di derivato quale “ponte” tra contratto e strumento finanziario e tale ponte si crea nel momento in cui dalla negoziazione di rapporti o entità economiche di base, un istante dopo, si ricava una diversa e incerta grandezza che dal momento stesso della sua creazione rescinde ogni connessione con il titolo originario, acquisendo un’autonomia perfetta, assoluta e indiscutibile³⁹².

Ora, tornando alla domanda iniziale, ovvero se i contratti derivati costituiscano o meno una categoria giuridica a sé stante, pare di poter affermare che sicuramente le diverse tipologie di derivato presentano connotati comuni. Tuttavia, parrebbe mancare una caratteristica strutturale che possa accomunarli tutti o, perlomeno, che accomuni i prototipi principali.

In definitiva, sembra doversi concludere che sono da intendersi “contratti derivati” quei contratti che il mercato finanziario considera tali accettando l’impossibilità di individuare una definizione giuridica della categoria. Si può, quindi, parlare di una categoria finanziaria dai confini incerti ed in continua evoluzione. Come del resto dimostra la stessa citazione “strumenti finanziari derivati” dell’art.1 del t.u.f., che non offre una definizione della categoria, bensì si limita ad un’elencazione e descrizione, non esaustiva, di alcune tipologie di contratti³⁹³.

4. La funzione protettiva e speculativa del contratto derivato. La componente previsionale.

Nei contratti derivati, come abbiamo precedentemente detto, esiste una forte compenetrazione tra atto e risultato negoziale, cioè tra

³⁹² V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 15.

³⁹³ V. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 594-595.

momento della stipulazione del contratto e la creazione dello strumento finanziario³⁹⁴. Quindi il derivato genera uno strumento finanziario identificandosi in esso, ma non per questo cessa di essere un contratto, ragion per cui non si può prescindere da valutazioni di ordine civilistico riferite alla natura del negozio e alla causa che lo sostiene.

Nel derivato, infatti, permane sempre una componente negoziale, cosa che non si verifica per strumenti finanziari come l'obbligazione, l'azione, la quota di un fondo comune ecc.; essi sono solo strumenti finanziari ma non sono contratti, quindi sono esenti da analisi di natura civilistica.

Il contratto derivato, invece, necessita del riconoscimento di una causa meritevole di tutela giuridica, poiché se la causa è "lecita", sarà lecito anche il contratto e, di conseguenza, lo strumento finanziario che ne deriva. Viceversa, se si nega al contratto una causa meritevole di tutela lo stesso varrà anche per lo strumento finanziario³⁹⁵. Per analizzare le problematiche relative alla causa del contratto derivato, tuttavia, non si può prescindere dal trattare preventivamente della funzione del contratto stesso.

Elementi come l'irrelevanza dello strumento economico sottostante, la logica del differenziale, l'astrazione pura non sono altro che la traduzione giuridica della funzione economica dello strumento. Tutti i contratti derivati hanno, infatti, un comun denominatore: il tempo, ovvero l'incertezza connessa alle fluttuazioni che le grandezze di riferimento possono assumere nel tempo. «Ciò che accomuna funzionalmente tutti i derivati è il loro fine anticipatorio rispetto alle fluttuazioni»³⁹⁶, dato che il valore della grandezza di riferimento è soggetto a variazioni nel tempo, il derivato deve garantire all'operatore

³⁹⁴ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 169.

³⁹⁵ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 169-170.

³⁹⁶ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 16.

un determinato risultato rispetto ad essa, il che può consistere in una riduzione del rischio di mercato, ma anche in un aumento dello stesso, ma comunque sempre in una modificazione rispetto alla condizione economica che l'investitore avrebbe in assenza della stipulazione del derivato.

Si può quindi affermare che la stipulazione di un derivato è sempre fortemente condizionata da una preventiva stima previsionale³⁹⁷. A titolo esemplificativo, come vedremo meglio in seguito, si può dire che l'operatore che stipuli un *future*, fissando ad oggi il prezzo di un bene da consegnarsi tra qualche mese, si tutela del possibile rialzo del prezzo dello stesso; con *l'option* si concede al beneficiario la possibilità di optare o meno per l'esecuzione dell'operazione a scadenza, circoscrivendo così la perdita al solo premio pagato; con lo *swap* sui tassi di interesse o sulle valute si potrà ottenere un controllo sui tassi di interesse o sulle divise, predeterminandone il valore³⁹⁸.

Questa stima previsionale rende il derivato indifferentemente idoneo al perseguimento di due distinte, ma inscindibili, funzioni, una protettiva e l'altra speculativa³⁹⁹. La funzione protettiva chiamata anche *hedging*, ossia "copertura"⁴⁰⁰, come indicata nella prassi finanziaria anglosassone, corrisponde ad un modello di tutela finanziaria che richiama quello assicurativo ma più evoluto. L'operatore, infatti, non paga un premio per tutelarsi contro un evento futuro e incerto, bensì stipula un accordo che ha per effetto di garantirgli la copertura totale del rischio, da un lato, ma, allo stesso tempo, lo espone all'eventualità

³⁹⁷ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 17.

³⁹⁸ Cfr. R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, cit., p. 3 ss.

³⁹⁹ Sul punto, M. LEMBO, *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA "Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati"*, cit., p. 2.

⁴⁰⁰ V. Comunicazione DI/99013791 del 26.02.1999.

di dover sopportare per intero il rischio medesimo.

Sempre a titolo esemplificativo, stipulando un *future* l'operatore che acquisti tra tre mesi un titolo oggi quotato 100, si tutela dal possibile rialzo del prezzo in tale periodo, per cui se alla scadenza il titolo dovesse valere 120 egli sarà comunque tenuto a pagare 100; allo stesso tempo, però, se il valore del titolo si fosse abbassato a 90 l'operatore dovrà sempre 100, come pattuito, pagando così alla controparte un differenziale di 10 rispetto al prezzo di mercato.

Come si può intuire, nelle due ipotesi analizzate il meccanismo negoziale non cambia e anche il principio resta invariato sia nel derivato con finalità protettiva sia in quello con finalità speculativa. In entrambe le situazioni l'operatore acquista sempre il differenziale che, nel primo caso, egli realizza in termini di consolidamento del prezzo del bene, mentre nel secondo per effetto di un'operazione di monetizzazione immediata⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Inoltre un recente Regolamento di fonte europea ha espressamente dichiarato che lo strumento derivato che abbinati un'opzione venduta e un'opzione acquistata (per esempio, un collar su tasso di interesse) non è qualificabile come strumento di copertura se è, in effetti, un'opzione venduta netta alla data della designazione (a meno che sia ammissibile in conformità al paragrafo B6.2.4 del regolamento medesimo). Analogamente, due o più strumenti (o loro quote) possono essere designati congiuntamente come strumento di copertura solo se in combinazione non sono in effetti un'opzione venduta netta alla data di designazione (a meno che siano ammissibili in conformità al paragrafo B6.2.4 del regolamento), Cfr. *Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016, che modifica il regolamento (CE) n. 1126/2008 che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'International Financial Reporting Standard 9*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 29.11.2016, CAPITOLO 6, *Strumenti di copertura*, p. 6.2.6

5. Funzioni del derivato: duplicità, inscindibilità, irrilevanza.

Riguardo alla rilevanza della funzione protettiva o speculativa del derivato ai fini della sua qualificazione, si è a lungo dibattuto in dottrina a cominciare dai primi anni '90. In concreto, tuttavia, è spesso difficile stabilire con certezza se il derivato sia stato stipulato a fini di copertura o di speculazione in quanto le due funzioni sono strettamente connesse e lo strumento è in sé parimenti idoneo a realizzarle entrambe.

Parimenti non è possibile escludere che un'impresa esposta in valuta concluda uno *swap* per finalità soltanto protettive e non speculative o che una banca si esponga ad un rischio valutario per finalità puramente lucrative e viceversa, può infatti essere l'impresa a voler massimizzare le sue eccedenze di tesoreria, così come può essere la banca a volersi tutelare stipulando un *future*.

Ragion per cui non è possibile identificare lo strumento con la sua funzione, né pensare di ricavare da essa una sistemazione istituzionale dato che è pressoché impossibile stabilire quando il derivato sia impiegato per l'uno o per l'altro scopo⁴⁰²: "l'operazione può essere effettuata per finalità di controllo e gestione del rischio (*hedging*) legato alle fluttuazioni del mercato (...) oppure per finalità speculative (*trading*)"⁴⁰³.

Speculazione e protezione possono individualmente sussistere, oppure coesistere, oppure ancora assumere l'una o l'altra una posizione secondaria ed eventuale. Vi è anche l'ipotesi che entrambe le funzioni difettino completamente nella scelta dell'operatore che stipuli un

⁴⁰² Sulla duplicità e inscindibilità delle due funzioni in esame s.v. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 20. Cfr. anche F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 4: "la funzione tipica - e, quindi la causa - dei diversi contratti derivati, i quali, in numerosi casi, hanno come precipua funzione proprio quella di eliminare o trasferire specifici rischi finanziari. Maggiori sono i rischi, maggiore è l'esigenza di capitale da investire per assumerli".

⁴⁰³ R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, cit., 114.

derivato. E' il caso della banca o dell'impresa di investimento che operino in qualità di puro intermediario che è fondamentale per la creazione di un mercato dei derivati, in cui la stipulazione di accordi presuppone spesso l'incontro di soggetti con esigenze eguali e contrarie e non è facile per il singolo reperire sul mercato un operatore con queste caratteristiche.⁴⁰⁴ Qui non si ritrova una funzione protettiva o speculativa da parte dell'intermediario, il quale sarà in costante pareggio dal *netting* delle due operazioni descritte e il suo profitto sarà semplicemente la commissione di intermediazione⁴⁰⁵.

Si potrebbe forse parlare di irrilevanza della distinzione tra le due funzioni⁴⁰⁶.

In definitiva, la funzione cui mira l'investitore e che lo spinge a concludere un derivato può essere indifferentemente speculativa o protettiva, ovvero può assumere entrambe le valenze o nessuna delle due; il che ci porta a concludere che la funzione esprime un'importante

⁴⁰⁴ In particolare, l'intermediario non si limita ad una attività di mediazione in senso proprio, cioè a mettere in contatto parti con esigenze simmetriche, bensì assume lui stesso la posizione di controparte dell'operatore stipulando un *domestic swap* di segno positivo, e ricoprendo quindi il rischio così aperto mediante la stipulazione di un *domestic swap* identico ma di segno negativo con un altro operatore. In tal modo l'intermediario si ritrova in una posizione di perfetta neutralità poiché la perdita o il profitto realizzata nel primo *swap* sarà annullata dal profitto o perdita realizzata sul secondo.

⁴⁰⁵ Sul punto, s.v. G. MIGLIACCIO, *L'attività sui mercati mobiliari: intermediazione e finanza derivata*, Roma, 1996, 313; E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 20 ss. Ciò era già stato osservato in tema di operazioni borsistiche, a tal proposito v. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, *Banca borsa tit. cred.*, I, 1986, 575: "le stesse caratteristiche del mercato e delle operazioni che vi si svolgono presuppongono e consentono il concorso dell'attività di investimento con quella di speculazione e rendono irrilevante il diverso possibile intento che spinge il singolo operatore".

⁴⁰⁶ Tesi che è stata confermata anche da una pronuncia della Corte d'Appello di Milano secondo la quale "non è dato sapere a quali finalità siano predisposte le operazioni rispetto agli altri soggetti che rimangono sconosciuti e rispetto ai quali la SIM o la banca svolge il ruolo di intermediaria, essendo al contrario probabile, proprio in relazione alla funzione tipica dei contratti (di swap), che a soggetti che operano per intenti puramente speculativi si contrappongano soggetti che con il meccanismo dei contratti in parola intendono assicurare le proprie operazioni commerciali dai rischi dei cambi". App. Milano, 26 gennaio 1999, *Contr.*, 2000, 257.

chiave di lettura tecnica dello strumento derivato, ma rimane del tutto irrilevante sul piano giuridico in quanto è incapace di connotare lo strumento, rimanendo circoscritta nell'area dei motivi della stipulazione i quali, per espressa previsione dell'art. 1345 c.c., sono inidonei ad influire sulla validità civilistica del rapporto⁴⁰⁷.

Questi differenti obblighi e limitazioni si traducono essenzialmente in prescrizioni di trasparenza⁴⁰⁸, per consentire al cliente di essere a conoscenza della quantità e qualità del rischio assunto, senza però incidere minimamente sulla validità e tutelabilità dell'operazione⁴⁰⁹.

La stessa Banca d'Italia distingue tra le due funzioni ma ad un mero fine di controllo sull'operato dell'intermediario, senza che ciò implichi valutazioni di ordine civilistico, il che è un'ulteriore conferma che la funzione di per sé non rileva.

Per cercare di comprendere se uno strumento nasca per essere finalizzato a costituire una forma di copertura o meno, la Consob ha ritenuto che le operazioni su strumenti finanziari derivati effettuate nell'ambito dei servizi di negoziazione e raccolta ordini richieste dai clienti possano essere considerate di "copertura" quando: a) siano

⁴⁰⁷ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 22. L'irrilevanza, in ordine alla validità e tutelabilità civilistica del rapporto, della funzione per cui il contratto derivato viene stipulato trova una conferma indiretta ma significativa anche nell'art. 14, comma 1, lett. d) del Regolamento Consob n. 10943 del 30.9.97, Attuativo del d.lgs. 415/1996, poi trasfuso con alcune modifiche nell'art. 37 co. 1° lett. c) del Regolamento 11522 del 1.7.98, attuativo del corrispondente d.lgs. 58/1998. Tale normativa è riferita al contratto di gestione stipulato con l'investitore non istituzionale, ma può desumersi un principio applicabile anche ai derivati, cioè che il derivato è liberamente utilizzabile anche in assenza di un'autorizzazione del cliente, e salvo suo esplicito divieto, per fini di copertura del rischio; per finalità diversa dalla copertura, invece (cioè meramente speculativa), è richiesta un'autorizzazione specifica del cliente.

⁴⁰⁸ Sul punto s.v anche Consob, com. n. DI/99013791, cit., la quale ribadisce che *"l'attuale regolamentazione stabilisce obblighi e limitazioni diversi a seconda che dette operazioni siano effettuate con finalità di copertura ovvero con finalità meramente speculative"*.

⁴⁰⁹ *"Le operazioni su strumenti finanziari derivati, poste in essere da intermediari autorizzati nello svolgimento di servizi di investimento, soggiacciono comunque alla disciplina di settore, indipendentemente dalle finalità in vista delle quali tali operazioni sono state disposte"* (Consob, com. n. DI/98080595 del 14.10.88).

esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente, b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) siano adottate procedure e misure di controllo idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente⁴¹⁰.

6. La causa del derivato: il problema dell'astrazione pura.

Tornando alla questione della causa del derivato, si deve in primo luogo richiamare uno dei tratti caratteristici dello strumento: l'astrattezza, o "astrattezza pura", in quanto tale caratteristica ha creato notevoli incertezze in ordine al tema della causa del contratto.

Per "astrattezza pura" si intende l'assoluta e permanente separazione tra entità fondamentale e contratto derivato, questo insiste strutturalmente su una grandezza economica e pur derivando da essa il suo valore (o per meglio dire la sua base di valorizzazione), assume una propria individualità e assoluta autonomia. Le vicende dell'"*underlying instrument*" non coinvolgono il derivato, anche se si trattasse di un vizio invalidante. Si può quindi affermare che il contratto derivato è un'entità giuridica a sé stante, che trova nella grandezza economica di riferimento una base genetica necessaria ed insostituibile (sia essa un titolo, un'azione, un indice, un tasso, una valuta una merce o altro), ma da cui si affranca assumendo una propria autonomia⁴¹¹. Questa assoluta separazione tra entità di riferimento e contratto (anche se, tuttavia, quest'ultimo non potrebbe esistere in assenza della prima e da essa sarà sempre condizionato in termini di valorizzazione), costituisce la peculiarità della fattispecie ma ha creato nel tempo problemi e

⁴¹⁰ S.v. Comunicazione DI/99013791 del 26.02.1999.

⁴¹¹ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 170 ss.

incertezze, nonché errate interpretazioni, per quanto riguarda la causa del derivato⁴¹².

Dottrina e giurisprudenza muovevano da un valutazione errata su quale fosse l'oggetto del contratto, poiché non lo identificavano con l'acquisto del differenziale, bensì con l'attività sottostante. L'assenza di connessione tra quest'ultima e il contratto, o addirittura l'inesistenza della stessa, suggeriva delle presunte similitudini tra i derivati e la fattispecie del gioco e della scommessa a cui si applica l'art. 1933 c.c., che nega al creditore il diritto ad agire in via giudiziaria per esercitare l'azione di pagamento. Ovviamente assimilare, ad esempio, lo *swap* alla scommessa e applicare di conseguenza l'art 1933 c.c. avrebbe portato a ripercussioni terribili, ragion per cui la dottrina cercò di "salvare" lo *swap* dal rischio di invalidità a cui era sottoposto a causa della sua (errata) collocazione tra i contratti ludici che, in quanto tali, non sono protetti dalla normativa civilistica richiamata⁴¹³. Così opinando, tuttavia, si giungeva ad una soluzione che recava un pericoloso germe di equivocità⁴¹⁴, purtroppo confermata dalla prima giurisprudenza in materia⁴¹⁵, secondo la quale la liceità e la giuridica tutelabilità di un

⁴¹² Tale peculiarità, infatti, ha messo in crisi le teorie tradizionali, insinuando dubbi e soluzioni interpretative errate. Il dubbio era generato dallo stesso concetto di astrattezza, soprattutto relativamente all'astrattezza del contratto di swap domestico, ma si estendeva a qualsiasi contratto privo di un apparente oggetto finanziario di riferimento, cioè a tutti i derivati senza titolo sottostante.

⁴¹³ L'espedito per "salvare" lo strumento consistette nell'individuare due distinte categorie di *swap*: l'una comprendente i contratti finalizzati alla copertura dei rischi di cambio e, in quanto tali, causalmente giustificati e quindi leciti; l'altra comprendente i contratti privi di tale finalità, cioè meramente speculativi, e quindi causalmente ingiustificati e assimilabili alla scommessa con tutte le conseguenze del caso. Cfr., ad es., INZITARI, *Swap (contratto di)*, *Contratto e impresa*, 1988, 623; CAVALLO BORGIA, *Nuove operazioni dirette all'eliminazione del rischio di cambio*, in *CI*, 1988, 406; GIULIANI, *I "titoli sintetici" tra operazioni differenziali e realtà del riporto*, *Dir. e prat. trib.*, I, 1992, 884 ss.

⁴¹⁴ Sul punto si segnalano le critiche di G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*, *Riv. dir. priv.*, 1997, 587.

⁴¹⁵ "Alla luce di un'eccezione richiamante l'art. 1933 c.c. non può essere accolta l'istanza, ex art. 186-ter c.p.c., di ingiunzione di pagamento di un credito derivante da contratti di domestic swap conclusi da entrambe le parti con finalità meramente

contratto sarebbero dipesi dalla finalità soggettiva delle parti nella conclusione dello stesso, quindi dai motivi dei contraenti, che invece sono espressamente considerati irrilevanti dall'art. 1345 c.c.

L'erroneità di tale interpretazione è stata riconosciuta nel tempo, la stessa dottrina ha dovuto prendere coscienza del palese contrasto di tale impostazione con principi cardine dell'ordinamento, oltre all'incoerenza rispetto alla struttura e alla peculiarità del tipo contrattuale in esame⁴¹⁶.

6.1 Causa speculativa, tesi della scommessa e la teoria della “causa concreta”.

Riguardo alla causa del contratto derivato, la prima scienza giuridica del '900 si era mostrata molto più intuitiva di quella successiva; alcuni passi dell'elaborato di un eminente giurista degli anni Venti potranno chiarire il problema in questione: «L'alea è, senza dubbio, la base della maggior parte dei contratti commerciali. Sarebbe, dunque, equivocare il considerare come gioco d'azzardo ogni contratto, il cui vantaggio di uno o dell'altro contraente dipenda da un

speculative”, si legga anche il tenore delle motivazioni: “*rilevato che (l'attore) afferma che le operazioni di swap non erano finalizzate a coprire i rischi delle oscillazioni dei cambi inerenti ad affari commerciali con soggetti stranieri, trattandosi di operazioni meramente speculative (...) si deve escludere che le operazioni di swap fossero obiettivamente finalizzate ad assicurare al cliente la copertura od il controllo dei rischi connessi alla variazione dei cambi rispetto ad obbligazioni sottostanti*”. Trib. Milano 24.11.93, *Giur. comm.*, 1994, II, 450. “*Il contratto di interest rate swap stipulato con fini meramente speculativi non corrisponde obiettivamente e in concreto ad una causa che giustifichi la piena tutela delle ragioni di credito, dovendo pertanto essere qualificato come scommessa non azionabile ex art. 1933 c.c.*”, inoltre recita la motivazione “*Lo swap stipulato dalle parti, quindi, stabilisce il regolamento dell'incidenza delle variazioni dei tassi di interessi nella sfera patrimoniale del cliente, con fini meramente speculativi. Vale a dire, si deve escludere che lo swap n. 72/91 sia finalizzato all'esigenza di coprire concreti rischi d'impresa dipendenti dalle variazioni nel tempo del tasso degli interessi (...)*”. Trib. Milano 26.5.94, *BBTC*, 1995, II, 80.

⁴¹⁶ Cfr. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 176.

avvenimento incerto. Se così fosse, anche il contratto di assicurazione, anche il contratto vitalizio, contratti riconosciuti e legittimi, si dovrebbero considerare a quella stregua. Nel gioco di mera sorte, nel gioco d'azzardo è preponderante l'elemento dell'alea, del rischio, della cieca sorte. La speculazione di Borsa invece, pur nell'incertezza degli eventi, opera rispetto a questi prevedendone e calcolandone dal più al meno le vicende (...). Nel gioco, infatti, inteso nel senso di cui all'art. 1802 del cod. civ., la sorte equivale a caso fortuito, cioè evento indipendente dalle leggi di causalità, poiché detta causa è ignota all'uomo, che non sa arrivarvi con i metodi del raziocinio e della logica comune. Per contrattazioni speculative, fondate sulla oscillazione dei valori di mercato borsistico, si richiedono particolari attitudini e condizioni, in base alle quali è più agevole presagire e valutare, come calcolo più o meno esatto delle probabilità, le cause economiche, finanziarie, politiche e sociali che influiscono sul regime del corso dei titoli o della divisa (...). Qui, dunque, l'alea è fine a sé stessa. Nell'atto di speculazione invece, l'alea è mezzo e non fine a sé stessa e per suo mezzo si conducono a perfezione i più arditissimi negozi. L'atto di speculazione diventa una semplice scommessa quando l'alea, il rischio, anziché per mezzo per cui si vuol conseguire un determinato effetto, è invece fine a sé stessa. Con la scommessa, con il gioco d'azzardo si ha la manifestazione di un'attività fittizia e improduttiva, con l'atto di speculazione si ha manifestazione di un'attività reale ed economicamente apprezzabile e produttiva»⁴¹⁷.

Da queste osservazioni può desumersi un primo fondamentale principio, cioè che la causa ludica è di per sé estranea alle operazioni commerciali, in quanto tra la speculazione e la scommessa vi è una differenza fondamentale: la prima implica l'esercizio di un'attività

⁴¹⁷ G. VALENZANO, *I contratti differenziali di borsa su divisa estera*, 1929, Roma, 23 ss.

produttiva, in totale antitesi rispetto al principio ludico della scommessa. Per essere più chiari, c'è scommessa, e quindi fine ludico, quando il rischio dedotto nel contratto non è preesistente allo stesso, bensì è autonomamente, e artificiosamente, creato dalle parti. I soggetti che scommettono una somma di denaro in una gara di dadi non si espongono ad un rischio esterno, di natura economica e connaturato ai fenomeni di mercato, ma ad un accadimento di pura accidentalità, costruito dalle stesse parti, che esula da possibili previsioni di natura commerciale e finanziaria; questa è manifestazione dell'attività fittizia e improduttiva di cui si è scritto sopra. Viceversa, la speculazione finanziaria ha basi del tutto opposte, il rischio in cui possono incorrere le parti non è stato da esse artificiosamente creato, bensì è preesistente al contratto. Lo scopo della speculazione è quello di intervenire su una realtà economica cui lo speculatore sarebbe comunque sottoposto, cioè a prescindere dal suo atto speculativo, in quanto essa è parte integrante del mercato, come la possibile oscillazione di una valuta, di un'azione, di un indice azionario o di un tasso di interesse⁴¹⁸.

La prima dottrina degli anni Novanta era caduta nell'errore di interpretare l'astrattezza dello strumento come ludicità della causa, soprattutto in riferimento a quei derivati che non avevano nell'entità di riferimento una grandezza economica materialmente palpabile (come per esempio un *future* che insista su un indice azionario invece che su un'azione, che invece è un titolo materialmente esistente). Si incorse quindi in un duplice errore: da un lato, si diede rilievo alla soggettività dei motivi che per definizione sono irrilevanti sul piano giuridico.⁴¹⁹

⁴¹⁸ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 184 ss.

⁴¹⁹ In questo contesto i motivi non possono neanche assumere la rilevanza del motivo illecito comune ex art. 1345 c.c., “*sia perché l'intento di ottenere un guadagno non assume, di per sé, i tratti dell'illiceità, sia in quanto la valutazione pregiudizievole della finalità speculativa non trova alcun fondamento positivo, poiché la stipulazione di contratti a questi fini non incide in modo peculiare sui mercati internazionali*”. Cfr anche G. CAPALDO, *Contratti di swap e gioco*, cit., 599. V. anche E. FERRERO,

Dall'altro lato si confuse erroneamente il concetto di "causa" del negozio con aspetti della struttura, ovvero l'astrattezza, mal interpretando anche il concetto di alea.

Al contrario, il derivato, al pari di ogni altro contratto, richiede una causa meritevole di tutela, da intendersi come "la ragione giustificativa" dell'operazione negoziale, la *ratio* di fondo⁴²⁰.

Anche in relazione ai contratti derivati, si sono poste le incertezze relative al concetto di "causa". Fra queste, come noto, si ricorda la teoria, ormai superata, che indica la causa come "causa astratta", cioè come la "funzione economico-sociale" che il contratto obiettivamente persegue e che l'ordinamento riconosce come rilevante e meritevole di tutela⁴²¹.

Maggiormente in linea con le esigenze della prassi contrattuale è stata accolta la teoria della "causa concreta", secondo la quale la causa non sarebbe semplicemente la funzione "economico sociale" del contratto, bensì "la funzione economico individuale del medesimo". Quindi non più una ragione astrattamente giustificativa, ma una ragione concretamente giustificativa, alla luce degli scopi che le parti hanno voluto perseguire nel concludere il negozio, da intendersi come la sintesi degli interessi reali che il contratto è teso a realizzare.⁴²²

Contratto differenziale, in *Contr. e impr.*, 1992, 483 e F. BOCHICCHIO, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 599.

⁴²⁰ V. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 361.

⁴²¹ Il limite di questa impostazione è che la causa finisce poi per identificarsi e appiattirsi sul "tipo" contrattuale. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 363 ss.

⁴²² In proposito è rilevante una sentenza della Suprema Corte di Cassazione che, pur trattando di una questione diversa rispetto alla causa del contratto derivato (tratta infatti di leasing), afferma l'esistenza di una causa concreta, qualificata come la giustificazione dell'operazione economica posta in essere dai privati, quindi come ragione concreta del contratto. Secondo questa impostazione per individuare la causa si dovrebbe indagare in merito a quali sono gli interessi concretamente perseguiti dalle parti del contratto. Cass. n. 10490, 8.5.2006, in *Corr. Giur.* 2006, 1718.

Un autorevole Autore ha affermato in proposito che “... si deve indagare sui concreti risvolti dell’operazione economica vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi ed oggettivi che sfuggono del tutto ad un’indagine condotta per schemi e tipi”⁴²³.

7. Limite alla classificazione dei contratti derivati.

Come abbiamo già anticipato, i derivati non costituiscono una categoria a sé stante, poiché, pur presentando caratteristiche comuni, sembra mancare una matrice che li accomuni tutti. Tentare di creare una “codificazione” (classificazione) idonea a ricomprendervi ogni futura evoluzione è un’impresa destinata all’insuccesso. L’esperienza di questi anni ha infatti dimostrato che il derivato è anche lo strumento che consente di creare nuove forme di investimento, di copertura e di speculazione, per far fronte alle nuove e sempre mutevoli esigenze di mercato. Dalla fine degli anni’80 ad oggi il mercato dei derivati ha sempre creato nuove e più sofisticate varianti dello strumento, ad una velocità superiore alla concreta capacità di aggiornamento giuridico, rendendo vano ogni sforzo mirato ad una classificazione esaustiva. Anzi, cercare di classificare lo strumento significa “appiattirne e limitarne la natura”, in quanto il derivato gode di opportunità di evoluzione inimmaginabili, in cui la creatività finanziaria può spaziare

⁴²³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015. In merito, altra dottrina si è pronunciata in proposito, affermando che “la nozione di causa è una delle più insidiose (...). Ci si limita a ricordare che il concetto tradizionale di causa intesa come funzione economico sociale del contratto appare in crisi ed è ritenuta da molti ormai insufficiente. Si ritiene che sia necessaria anche un’indagine sulla c.d. causa concreta, ossia la realtà viva di ogni singolo contratto e cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato. Ciò non significa, peraltro, che i motivi individuali, che rimangono nella sfera individuale di ciascuna parte, rientrano nella causa del contratto. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 57-58; V. anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano, 1966; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2015; V. ROPPO, *Il contratto*, cit.

tra combinazioni, innesti, sommatorie, intersezioni dei tipi sino ad ora concepiti, ovvero delle loro più evolute versioni.

L'esigenza di pervenire a soluzioni sempre più confacenti ai bisogni degli operatori e dei mercati ha indotto, e probabilmente continuerà ad indurre, la moderna "ingegneria finanziaria" ad una continua evoluzione ed un continuo perfezionamento⁴²⁴. Lo stesso art. 18, co. 5 del t.u.f. contempla la possibilità di individuare, al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori. Pertanto si può dire che l'attuale sistema giuridico dei derivati è un "sistema aperto", da un lato rimesso alla progressiva e costante creazione del mercato e dall'altro proteso all'immediata legittimazione dei nuovi prodotti che l'ingegneria finanziaria sarà in grado di produrre⁴²⁵. Detto ciò, si può cercare di fornire una panoramica delle principali figure di derivato oggi esistenti, e delle loro più significative filiazioni senza, tuttavia, alcuna pretesa di completezza e sistematicità.

⁴²⁴ Sul punto, R. LENER, *Strumenti finanziari e servizi di investimento, Banca borsa tit. cred.*, I, 1997, 332.

⁴²⁵ Cfr. anche C. PAPA FRANCO, *Struttura, caratteristiche e operatività delle opzioni, Amm. & fin.*, 1987, 10, 595. Secondo cui "Gli strumenti sviluppati, siano essi swap, option, future, sono stati ulteriormente articolati per permettere il pieno sfruttamento delle possibilità offerte congiuntamente dai mercati finanziari e dall'attività produttiva propria. Si è quindi assistito ad una serie di elaborazioni composite che hanno comportato l'introduzione sui mercati di swaption, abbinamenti option-future, currency-interest swap, interest rate swap, interest rate cap, interest rate collar, interest rate floor e così via. Senza dubbio il mercato finanziario italiano si sta, sempre più, adeguando alla realtà internazionale, cercando di applicare tecniche presenti da tempo in altri Paesi". Cfr. anche M. POLATO, *"Combinare" gli strumenti derivati per proteggersi dal rischio di tasso*, *ivi*, 1995, 21, 1185, il quale afferma che "L'aritmetica dell'ingegneria finanziaria consente di individuare le relazioni tra diversi strumenti finanziari. In tale contesto è possibile dimostrare che anche i prodotti più complessi sono riconducibili a combinazioni più o meno articolate di operazioni elementari".

7.1 Gli archetipi principali: il *future*, l'*option* e lo *swap*.

Nell'impossibilità di una classificazione esaustiva degli strumenti derivati ci sono, tuttavia, alcuni modelli o archetipi principali che costituiscono la base per ogni ulteriore creazione o elaborazione.

Il primo di questi è sicuramente il *future*, che rappresenta l'archetipo primigenio, la forma più elementare di derivato; nessun derivato, infatti, anche nella forma più evoluta e peculiare possibile, prescinde da elementi minimi del *future*⁴²⁶.

Esso può definirsi come il contratto con cui una parte si impegna ad acquistare o vendere un certo quantitativo di beni (siano essi titoli, merci, valute, etc.) ad un prezzo predefinito e ad una data scadenza. Provando ad esemplificare: un soggetto A è interessato all'acquisto, tra tre mesi, del titolo X che oggi vale 100 e teme un rialzo del prezzo del bene stesso; il soggetto B è detentore del bene in oggetto ma teme un ribasso del suo valore. I due possono concludere un *future* con cui si impegnano, rispettivamente, ad acquistare e a vendere il bene X al prezzo concordato di 110. Se allo scadere dei tre mesi il valore del bene sarà effettivamente cresciuto, ad esempio 130, il soggetto A avrà

⁴²⁶A titolo meramente esemplificativo, si riportano alcune tipologie di derivati che traggono origine dalla struttura del *future*: *Interest rate future*: è la stipulazione di un *future* su tassi di interesse, con lo scopo di cautelarsi contro la perdita di valore dei titoli detenuti nel proprio portafoglio. Essi hanno quindi ad oggetto gli stessi titoli o titoli con le stesse caratteristiche per cui è disposta l'operazione di *hedging*, in sostanza degli stessi titoli detenuti. *Currency future*: consiste nel *future* sulle valute, cioè l'acquisto a termine di divise estere. Come sempre alla base c'è una previsione dei corsi dei cambi che consente di predeterminare l'importo che l'operatore dovrà pagare alla controparte. Qui il rischio di un'errata previsione si assume in toto all'atto della stipulazione, non ci sono margini di tempo per valutare ed eventualmente rinunciare al contratto, a meno che non esista un mercato secondario che consenta la smobilizzazione anticipata della posizione assunta. Lo strumento in questione conviene soprattutto quando incorra un lungo lasso di tempo tra la data di stipulazione del *future* e la data di scadenza pattuita. Cfr. V. E. GIRINO, *Currency future, Amm. & Fin.*, 1989; E. GIRINO, *I contratti derivati, cit.*, p. 64.

effettuato una previsione corretta in quanto potrà acquistare a 110 e, rivendendolo subito al prezzo corrente, realizzerà un profitto di 20. Viceversa, se a scadenza il titolo dovesse quotare, ad esempio, 95 sarà la previsione del soggetto B a risultare confermata; se egli non avesse stipulato il future dovrebbe vendere al prezzo di mercato (95), invece potrà vendere a 110 al soggetto A, ricavandone un profitto di 15. In sostanza le parti alla scadenza prefissata possono scambiarsi determinate attività al prezzo stabilito ma possono anche decidere di scambiarsi solo il differenziale tra il prezzo pattuito e il valore effettivo dell'attività alla scadenza.

Si può affermare che storicamente il *future* sia nato con finalità di copertura ma nulla esclude, come abbiamo visto, il suo impiego per finalità speculative⁴²⁷.

L'*option* può definirsi come il contratto con cui una parte si impegna a concedere all'altra il diritto di acquistare o vendere un certo quantitativo di beni (siano essi titoli, merci, valute, etc.), ad una scadenza prefissata e ad un prezzo predefinito (*strike price*). La peculiarità della fattispecie sta nel fatto che il beneficiario dell'opzione non si impegna subito alla stipula del contratto, è solo una facoltà, potendo rinunciare a scadenza all'esercizio del diritto potestativo ove egli non considerasse più le condizioni favorevoli. Tuttavia questa "facoltà" ha un prezzo, chiamato "premio", che il beneficiario deve alla

⁴²⁷ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 47 ss.; cfr. anche FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti derivati*, *Rivista del diritto commerciale (RDCO)*, 1992, 63: "I financial futures sono tradizionalmente considerati strumenti di copertura. A seconda dell'attività finanziaria sottostante - valute, tassi di interesse o indici di borsa - essi sono funzionali alla copertura dei rischi derivanti dall'oscillazione dei cambi, dei tassi di interesse o dai prezzi di mercato azionario. La copertura da detti rischi viene normalmente ottenuta mediante l'assunzione nel mercato di futures con una posizione eguale e opposta a quella detenuta nel mercato a pronti. Gli operatori possono in tal modo bloccare ad una data futura il prezzo dell'attività finanziaria a cui sono interessati, evitando così di esporsi ad oscillazioni di prezzo sul mercato".

controparte⁴²⁸. Meglio di qualsiasi altro derivato, quindi, consente all'acquirente un controllo sugli eventi futuri e incerti, poiché è concesso il tempo per valutare l'andamento dello strumento di riferimento e gli eventuali errori di previsione saranno limitati al pagamento del solo premio. Le posizioni del beneficiario dell'opzione e del concedente sono indubbiamente sperequate, i rischi per il venditore possono essere anche molto elevati, quindi si può dire che egli abbia per lo più finalità speculative; mentre l'acquirente può ricercare indifferentemente una copertura o un investimento⁴²⁹. Tale

⁴²⁸ Riprendiamo l'esempio del *future*: A è sempre interessato all'acquisto del titolo X tra tre mesi, e teme un rialzo del suo valore ma, allo stesso tempo, non vuole assumersi totalmente il rischio di aver effettuato una previsione errata e desidera avere il tempo per valutare l'andamento del titolo; B dal lato suo è disposto a concordare l'acquisto al prezzo di 110 e di concedergli uno *spatium decidendi* ma dietro il corrispettivo di un prezzo, il premio appunto, che supponiamo sia di 5. Alla scadenza si possono verificare tre ipotesi: la prima è che il valore di X sia effettivamente cresciuto rispetto allo *strike price*, ad esempio 130, e ad A converrà esercitare l'opzione dato che può realizzare un guadagno di 15 (130-110-5). La seconda ipotesi è che il valore di X si sia abbassato rispetto allo *strike price* (supponiamo sia di 95). Esercitando l'opzione A avrebbe una perdita pari alla differenza tra il prezzo corrente diminuito del prezzo concordato e del premio, quindi sarà di 20 (95-110-5); viceversa non esercitandola egli dovrà pagare solo il premio di 5, ragion per cui si può dire che in quest'ipotesi non conviene esercitare l'opzione.

L'ultima ipotesi è che alla scadenza il prezzo corrente coincida con lo *strike price*, 110, a quel punto per A è indifferente esercitare o meno l'opzione in quanto in entrambi i casi egli dovrà pagare a B solamente il premio di 5, che è sempre dovuto come corrispettivo per lo *spatium decidendi* concessogli. La posizione di B è economicamente inversa rispetto a quella di A, però è in uno stato di giuridica soggezione rispetto a quest'ultimo, che ha facoltà di scelta se acquistare o meno, mentre B dovrà rispettare la scelta di A. Dal punto di vista finanziario, in sostanza, l'opzione assicura al beneficiario la garanzia di una perdita limitata al solo premio e la possibilità di un guadagno illimitato; al concedente, invece, la certezza di un profitto limitato al solo premio e il rischio di una perdita illimitata

⁴²⁹ V. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 49 ss. V. anche M. LEMBO, *opera cit.*, nota a p. 2, secondo cui le opzioni sono "a loro volta divisibili in opzioni di acquisto (call option) o di vendita (put option), entrambe articolantesi in due o più tipologie: europea quando il diritto può essere esercitato alla scadenza o americana quando il diritto può essere esercitato sino alla scadenza. L'opzione, disciplinata dal codice civile all'art. 1331, è il contratto con il quale una delle parti, dietro pagamento di un corrispettivo, ottiene la facoltà di vendere o di acquistare ad un prezzo prestabilito. L'essenza del contratto si incentra in una sostanziale asimmetria delle posizioni: il venditore è esposto alla decisione (esercizio) dell'acquirente il quale ha a disposizione il metro di valutazione dato dall'andamento del mercato; in ciò si distingue l'opzione dal contratto a termine ove la prestazione, ad una data futura, comunque va effettuata".

sperequazione trova compensazione nel solo premio e questo è indice di una caratteristica tipica dell'opzione: l'elasticità, la quale fa sì che l'opzione sia una delle componenti maggiormente impiegate nella creazione di prodotti derivati combinati poiché consente, meglio di ogni altro derivato, di esercitare un perfetto controllo dell'evento futuro e incerto, dato dalla variabile di valore dell'entità di riferimento, e di circoscrivere l'impatto dell'eventuale errore di valutazione al solo ammontare del premio⁴³⁰. Pertanto, l'*option* è sicuramente il derivato che conta il maggior numero di filiazioni⁴³¹, per la flessibilità e

⁴³⁰ Sul punto s.v. anche GIRINO, *Opzioni sintetiche*, A&F, 9, 1993, 836: "L'opzione si rivela uno strumento particolarmente idoneo ad operare con estrema elasticità sul mercato, favorendo soluzioni di arbitraggio ovvero riducendo i margini di rischio connessi con l'andamento dei valori mobiliari di base".

⁴³¹ A titolo meramente esemplificativo, si ricordano *Interest rate option*: opzione sul tasso di interesse, è uno dei modelli più diffusi dell'opzione derivata, essi prendono il nome di *interest rate cap*; *interest rate floor* e *interest rate collar*.

Il *cap* è il contratto con cui un soggetto opera una manovra protettiva contro aumenti dei tassi di interesse quando egli si trova ad essere indebitato ad un determinato tasso e teme un rialzo dello stesso, la controparte del contratto, dal canto suo, avrà diritto di pretendere il pagamento di un premio a fronte della stipulazione del *cap* (Per spiegare meglio immaginiamo l'impresa A indebitata per 6 anni al tasso del 5% per una somma X e che teme un rialzo del tasso stesso; essa può stipulare con l'impresa B, che invece prevede un calo dei tassi, un *interest rate cap* con scadenza trimestrale, mantenendo il 5% come tasso di riferimento e percepire a B un premio dello 0,5% su base annua. Se alla fine del trimestre il tasso interbancario fosse salito al 7% B sarà tenuto a corrispondere ad A la differenza tra i due tassi ($7 - 5 = 2$) calcolata sul capitale convenzionale X. Viceversa, se il tasso scendesse al di sotto di quello concordato, il 5% appunto, A non avrebbe alcun guadagno, la sua posizione debitoria invece aumenterebbe poiché oltre al tasso del 5% dovrà versare a B il premio, quindi $5 + 0,5 = 5,5\%$ da calcolare sul capitale convenzionale X).

Il *floor* (che in inglese significa "*minimum level*") è un contratto speculare al *cap*, le posizioni delle parti si invertono e la parte concedente l'opzione paga alla controparte beneficiaria solo in caso di calo del tasso di interesse.

Con il *collar* si uniscono le possibilità offerte dai *caps* e dai *floors*, poiché lo stesso soggetto si impegna a vendere contestualmente un *cap* e un *floor*, fissando in tal modo due tassi, uno massimo per il *cap* e uno minimo per il *floor*, che andranno poi confrontati con il tasso di riferimento per stabilire se il venditore del *collar* dovrà corrispondere il differenziale di interessi calcolato sul capitale convenzionale; oppure, se il tasso di riferimento rimane nei valori compresi tra il tasso massimo e il minimo non avrà luogo alcun pagamento differenziale. In altre parole, le oscillazioni del valore fondamentale comprese tra i due tassi, cioè nel "collare" definito dalle parti, non sono rilevanti al fine dei pagamenti. Per cui B dovrà pagare ad A solo se, e nei limiti, in cui il tasso di riferimento ecceda il tasso massimo; viceversa A dovrà pagare B solo se, e per la sola parte in cui, il tasso di riferimento ecceda il tasso minimo.

l'elasticità che lo caratterizza. Il fatto che lo strumento consenta di ridurre e predeterminare le perdite e di massimizzare, ipoteticamente all'infinito, i possibili profitti, ne ha incentivato l'uso da parte degli operatori. L'opzione, infatti, ha generato i primi derivati sintetici, cioè i derivati combinati che attraverso l'incrocio dei risultati negoziali delle due fattispecie di base, consentono di pervenire ad un risultato complesso, frutto della sintesi delle due componenti di riferimento⁴³²

Anche per l'opzione, come per il *future*, è possibile che alla scadenza le parti non procedano alla materiale consegna degli strumenti sottostanti, bensì che si scambino il solo differenziale tra il prezzo corrente e il prezzo concordato.

L'ultima tipologia primigenia di derivato è lo *swap*. Il termine *swap* fa parte del linguaggio inglese comune e significa “*give something in exchange for something else*”, cioè “dare qualcosa in cambio di qualcosa d'altro”; infatti lo *swap* nasce tipicamente in una versione specifica, l'*interest rate swap*, quale strumento per modificare le condizioni di indebitamento di due parti senza variare le condizioni originarie del prestito. L'accordo in oggetto consiste proprio in uno “scambio” fra rispettive poste debitorie. Per essere più chiari: se un'impresa A è indebitata a tasso fisso, ad esempio del 4%, e vuole convertirlo in tasso variabile; viceversa l'impresa B è indebitata al tasso variabile e vuole convertirlo in tasso fisso, esse possono concludere un *interest rate swap* a seguito del quale A si impegna a trasferire a B, alle varie scadenze del prestito, un importo pari all'applicazione del “nuovo” tasso variabile che era precedentemente di B e quest'ultima, a

⁴³² S.v., ad esempio, J. DOWNES – J. E. GOODMAN, *Dictionary of Finance and Investment Terms*, New York, 1995, 587 che definisce il titolo sintetico come “un valore artificialmente creato mediante l'uso di altre entità, quali i titoli, in combinazione. Ad esempio, il simultaneo acquisto di una call option e le vendite di una put option sullo stesso titolo crea un titolo sintetico avente lo stesso valore, in termini di potenziale profitto, del medesimo titolo sottostante” (traduzione libera).

sua volta, si impegna a trasferire a B alle medesime scadenze, un importo pari all'applicazione del "nuovo" tasso fisso di indebitamento sul capitale mutuato. Per cui A verserà l'interesse variabile a B e B corrisponderà il saggio di interesse fisso ad A, in sintesi può dirsi che ciascun contraente si procura dall'altro il tasso di interesse che poi riverserà al proprio creditore e l'effetto finale consiste in un'inversione delle condizioni di indebitamento.

I presupposti di uno *swap* sono la sussistenza di due posizioni debitorie omogenee quanto ad entità e scadenze, mentre non è necessario che esse abbiano anche la stessa durata. Tuttavia, non può negarsi che con una durata omogenea si realizzerebbe uno scambio perfetto delle posizioni sotto tutti gli aspetti e ciò esalterebbe tutte le caratteristiche e potenzialità dello strumento.

E' possibile che le posizioni debitorie siano entrambe in valute estere allora lo *swap* può avere ad oggetto anche, o soltanto, il controvalore delle divise determinato in base ad un tasso di cambio convenzionale, con liquidazioni attive o passive in ragione del margine di scarto fra cambio concordato e cambio a pronti a ciascuna scadenza.

Una caratteristica precipua dello strumento, a prescindere da quale sia la sua specifica configurazione, è proprio il fatto che esso consiste in uno scambio di denaro costituito dal differenziale risultante dal saldo tra gli importi derivanti dall'applicazione dei due tassi; le parti infatti non si scambiano l'importo capitale, dell'indebitamento, ma solo il differenziale degli importi risultanti dall'applicazione del tasso sul capitale⁴³³. Ration per cui lo *swap* non ha ad oggetto uno strumento

⁴³³ "Lo *swap* è il contratto attraverso il quale due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, due somme di denaro calcolate applicando due diversi parametri (generalmente tassi di interessi e/o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento. Di regola, alla scadenza o alle scadenze concordate, viene effettuato un unico pagamento, su base netta, in forza di una compensazione volontaria". *House of Lords*, 24.1.91, *Banca borsa tit. cred.*, II, 1991, 433.

finanziario (se non come parametro di riferimento), il suo livello di astrazione è perfetto⁴³⁴.

Anche se questo strumento è sicuramente il più recente dei tre modelli principali di derivato, esso ha avuto in pochissimo tempo una vastissima diffusione su scala mondiale⁴³⁵, sia per i volumi di impiego sia per il numero di soggetti contraenti e ciò si può attribuire all'elevata elasticità e adattabilità che lo caratterizzano⁴³⁶. Come ci insegna la

⁴³⁴ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 56-57.

⁴³⁵ Cercando di accennare una classificazione degli *swaps* in base al loro oggetto possiamo indicare quattro categorie principali: *swaps* di interessi, di valute, di merci e di indici di mercato.

Interest rate swap: come abbiamo già visto è uno *swap* di interessi, nonché la fattispecie originaria dello strumento stesso. Come abbiamo già detto esso consente un'inversione delle posizioni di indebitamento delle parti senza alterare le condizioni del prestito contratto. Lo scambio non ha per oggetto l'importo capitale, bensì il solo valore risultante dal saldo fra gli importi derivanti dall'applicazione dei due tassi sul capitale, quindi del solo differenziale (positivo o negativo) a scadenza periodica.

Asset swap: è sempre uno *swap* di interessi ma questi di solito, come l'*interest rate swap*, riguardano debiti, quindi flussi negativi di cassa con finalità di copertura e provvista rispetto all'esposizione debitoria. Nulla vieta, tuttavia, che essi abbiano ad oggetto crediti, quindi attività. È il caso dell'*asset swap* (*swap* sui cespiti) in cui si assiste ad un'inversione algebrica dell'operazione ma la struttura rimane invariata.

Currency swap: è lo *swap* di valute, si caratterizza per il fatto che i parametri presi in considerazione sono costituiti da diversi tassi di cambio, quindi esso presuppone esposizioni debitorie in valuta diversa. Il vantaggio del contratto consiste nel fatto che le parti predeterminano le condizioni dello scambio e le successive variazioni sui tassi di cambio non influenzeranno le prestazioni delle parti che sono stabilite al momento della stipulazione. Questa è la formula più semplice di *currency swap*, qui indicata solo per chiarire la dinamica dello strumento, ma in concreto esso può essere più complesso. Si può comunque dire che la funzione dello *swap* su valute è di garantire l'accesso ai mercati valutari e tutelare l'operatore dal rischio di cambio (Per esempio, la società inglese Alfa ha un debito di 10.000 dollari e la società americana Beta ne ha uno di 500.000 sterline, supponendo un tasso di cambio pari ad 1\$ = 2 sterline. Supponiamo che i debiti abbiano uguale scadenza tra un anno. Attraverso il *currency swap* le due società possono impegnarsi a scambiarsi alla scadenza i rispettivi importi: quindi al termine dell'anno A verserà a B 500.000 sterline mentre B verserà ad A 10.000 dollari. L'operazione manterrà un valore puramente interno tra A e B, e ciascuna resterà obbligata nei confronti del proprio creditore).

⁴³⁶ Mentre l'origine dei *future* e delle *option* non è collocabile con certezza nella storia economica e giuridica, è invece possibile individuare con una certa esattezza la nascita dello *swap*. È uno strumento piuttosto recente poiché le sue prime manifestazioni possono farsi risalire all'inizio degli anni '80 nel Regno Unito, quale strumento per ovviare alle restrizioni valutarie all'epoca vigenti, secondo le quali gli operatori ivi residenti dovevano pagare cospicui "premi" sull'acquisto di valute estere finalizzato ad operazioni di prestito o investimento in Paesi esteri; essi per evitare queste onerose

dottrina: "Se il future è il principale archetipo di derivato e se l'option ne costituisce la più significativa evoluzione nonché mezzo di più efficace controllo, lo swap costituisce, fra i modelli primigeni, l'espressione più avanzata, la formula insomma che meglio esprime, sintetizza e concentra il criterio della differenzialità e dell'immaterialità dello strumento"⁴³⁷.

Come abbiamo più volte detto non esiste un'unica categoria giuridica di derivati "semplici", tanto meno si può sperare di individuarne una che ricomprenda i "derivati complessi", cioè quelli frutto del connubio tra singole componenti diverse che la volontà delle parti fonde, creando un nuovo titolo negoziale, unitario e inscindibile. Si tratta di una combinazione in senso giuridico, cioè tesa alla costruzione di un nuovo strumento negoziale unico, frutto dell'unione di due componenti distinte⁴³⁸.

imposizioni ricorsero a complesse operazioni abbinata di mutuo (chiamate *parallel loans* o *back to back loans*), dando così origine alle prime forme di *swap*.

⁴³⁷ E. GIRINO, *I contratti derivati*, op. cit., p. 55 ss.; cfr. anche R. AGOSTINELLI, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, *BBTC*, II, 1991.

⁴³⁸ Cfr. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 122 ss. Sempre a titolo esemplificativo, esaminiamo alcune fattispecie di derivati complessi:

Future option: è un derivato costituito dalla somma dei due strumenti base, il *future* e l'*option*. Premesso che si tratta di un ordinario contratto di *option*, la peculiarità sta nel fatto che dall'esercizio del medesimo scaturisce il diritto per il titolare dello stesso di stipulare, a scadenze e condizioni predefinite, un contratto di *future* le cui condizioni e scadenze sono, a loro volta, predefinite. La combinazione tra *option* e *future* da un lato riduce il rischio speculativo, dall'altro accresce l'effetto previsionale.

Stock index option: è una figura ricavata dal modello di opzione su *future* e consiste nell'applicazione dell'opzione allo *stock index financial future*. Quest'ultimo consiste nella liquidazione, a scadenza prefissata, del saldo derivante dall'applicazione, per un certo periodo di tempo, di un determinato indice ad un capitale convenzionale. In caso di incremento dell'indice di riferimento, il titolare della posizione *long* (l'acquirente) avrà diritto agli accrediti conseguenti dal positivo andamento dell'indice, mentre il titolare della posizione di *short* (il venditore) si vedrà addebitare l'importo corrispondente. Le posizioni si invertiranno nel caso di ribasso dell'indice.

Swap collar: è esempio di un'altra ipotesi di combinazione tra *swap* e *option*, in particolare dei due sottotipi dei *domestic swap* e dell'*interest rate option*, ma nella specifica figura del *collar*. Gli *swap collar* rispondono al principio di creazione di un "cuscinetto" tra due differenti importi di riferimento, applicandolo al meccanismo tipico dello *swap* domestico. Se il capitale finale risulterà essere maggiore del capitale iniziale massimo, il compratore dovrà versare il differenziale al venditore, viceversa se il capitale iniziale minimo dovesse risultare maggiore del capitale finale sarà il

7.2 Derivati uniformi e derivati *o.t.c.*

Per concludere, pare doveroso dare atto di un'ultima distinzione, molto rilevante non solo ai fini classificatori ma anche operativi e di configurazione del contratto, ossia quella tra “derivati uniformi” e “derivati *o.t.c.*”, in cui *o.t.c.* è l'acronimo di “*over the counter*” che letteralmente significa “al banco”. Quest'ultimo è il derivato non negoziato in un mercato regolamentato, bensì è trattato in un mercato liberamente negoziato dalle parti (“al banco”, appunto), in cui l'autonomia contrattuale non è intralciata da particolari limiti (ad esempio le *swaption* e *option* su fra, *cap*, *floor*, *collar*).

Al contrario i derivati uniformi sono quelli negoziati in un mercato regolamentato (ad esempio le opzioni su singoli titoli azionari), in cui il naturale presupposto è l'omogeneità delle caratteristiche degli strumenti, in cui sussistono precise regole di standardizzazione che influenzano pesantemente l'autonomia pattizia. Quest'ultima, infatti, è pressoché nulla poiché l'uniformità richiesta dal mercato predetermina gli elementi contrattuali essenziali e tutto l'intero apparato negoziale. L'autonomia delle parti si esaurisce sostanzialmente solo nella scelta del “se contrarre” o meno dato che il testo negoziale è già impostato dalle regole del mercato, senza che le parti possano modificarlo⁴³⁹. Le

venditore a pagare al compratore la differenza. Diversamente, se il capitale finale dovesse coincidere con quello iniziale o finale di riferimento, oppure dovesse avere un valore intermedio tra gli stessi, non avverrà nessun versamento. Lo *swap collar*, pertanto, crea una sorta di “zona franca”, un “collare” appunto, entro il quale non ci sarà nessuna liquidazione, cosa che come abbiamo visto deve avvenire se il capitale finale fosse inferiore o superiore a tale soglia. Questo strumento appare concepito per proteggere, meglio dello *swap* tradizionale le posizioni debitorie o creditorie in valuta da eccessive oscillazioni dei tassi di cambio.

⁴³⁹ Come spiegava la dottrina tempo addietro: “Le condizioni del contratto sono tutte prestabilite in modo uniforme, unica variabile è il prezzo. L'oggetto della contrattazione diviene il complesso delle condizioni fissate per il contratto a termine; le domande e le offerte non possono riguardare che tale immodificabile complesso di

caratteristiche principali di questo tipo di mercato sono, infatti, l'elevata standardizzazione dei prodotti per quanto riguarda le quantità, le date di esecuzione, le norme regolatrici del rapporto tra le parti (le quali, appunto, sostanzialmente possono scegliere solo il prezzo). L'esecuzione dei contratti è di norma "garantita" dalla borsa che si pone quale controparte diretta degli operatori ammessi alle negoziazioni, oppure ne garantisce la solvenza. Può essere prevista la costituzione di depositi, detti margini, che si adeguano giornalmente al valore del contratto, tali caratteristiche sono essenziali per la liquidità dei mercati.

Sia chiaro comunque che le limitazioni poste all'autonomia contrattuale non incidono sulla configurazione del negozio che resta pur sempre un derivato, ossia uno strumento finanziario nascente e compenetrato da un negozio.

Al contrario, nei derivati *o.t.c.*, la componente contrattuale ha un peso istituzionale molto maggiore; tale categoria è indubbiamente quella che meglio rappresenta la dinamica dei derivati, per la massima libertà riconosciuta alle parti nella creazione del regolamento contrattuale. Dal punto di vista istituzionale le due tipologie non appaiono distinguibili, poiché entrambe ricadono nel modello contrattuale ma, in concreto, la rigida regolamentazione del derivato uniforme condiziona sensibilmente il negozio generatore e vi sono notevoli differenze anche dal punto di vista pratico.

Nella pratica dei mercati, i derivati *o.t.c.* sono quelli che hanno mostrato più problemi applicativi e, a causa dell'ampia libertà concessa alle parti nella determinazione del contratto, anche un maggior spazio a

condizioni ...", cfr. U. CAPRARA, *Borse merci e mercati a termine di borsa*, Milano, 1978, 10.

comportamenti scorretti e spesso al limite del rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede contrattuale⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Ad esempio, un tipico problema del derivato *o.t.c.* è quello dell'acquisizione delle garanzie, che non si pone per il derivato regolamentato vista l'esistenza del meccanismo della compensazione, in cui un organismo terzo, *clearing house* (che è la Cassa di Compensazione e Garanzia istituita da Consob e Bankitalia) assume in proprio le posizioni dei contraenti, annullando così i rischi legati ad eventuali inadempimenti. Allo stesso modo, la cedibilità dell'accordo, esclusa nei modelli *o.t.c.*, è invece ammessa in quelli regolamentati e la stessa determinazione dell'oggetto, così com'è libera negli *o.t.c.*, risulta essere una sorta di "clausola imperativa" in quelli standardizzati⁴⁴⁰.

CAPITOLO IX

DERIVATI E USURA: *UP FRONT* QUALE FORMA DI FINANZIAMENTO E I COSTI OCCULTI

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le perdite generate dal meccanismo della rinegoziazione nei rapporti tra banche e imprese. - 3. Natura e funzione della commissione anomala chiamata *up front*. - 4. Profili di illiceità della rimodulazione. 5. - L'*up front* come forma di finanziamento. - 5.1. L'evoluzione del concetto di "finanziamento". - 5.2. L'*up front* quale forma di finanziamento "implicito". - 6. *Up front* e usura. - 7. Ulteriori profili di illegittimità. - 8. La ricostruzione dell'operatività in derivati con l'ausilio di analisi applicative. Analisi applicativa n.1: "Derivati e plurime rimodulazioni". - 9. Un'ulteriore ipotesi: il finanziamento in un derivato unico non "rinegoziato". Le implicazioni relativamente all'usura. - 10. Analisi applicativa n. 2: "Derivato unico – il caso del *Collar*". 11. Conclusioni.

1. Premessa.

Come anticipato nel capitolo precedente, una delle questioni ad oggi ancora maggiormente attuale e controversa in tema di contratti derivati, è il rapporto tra tali strumenti finanziari e l'usura. Gli odierni contenziosi giudiziali hanno dimostrato che molte volte i derivati non venivano proposti e poi acquistati dal cliente con valore iniziale nullo (anche detto *par*⁴⁴¹), bensì, il derivato inglobava al suo interno una

⁴⁴¹ Cfr. Allegato n. 3 alla Delibera Consob 11522/98 – www.consob.it, adottato dalle banche che hanno dovuto adeguarsi alle disposizioni regolamentari emanate dalla Consob. Su tale "Documento" al Paragrafo 4 della Parte B, intitolato "Operazioni su strumenti derivati eseguite fuori dai mercati organizzati" (punto 4.1), si legge testualmente: "...Alla stipula del contratto, il valore di uno swap è sempre nullo" . La normativa finanziaria prevede quindi che, al momento della stipula del contratto, il valore del derivato debba essere *par*: in quanto si precisa che il valore degli *swaps* alla stipula del contratto, debba sempre essere nullo. In altre parole, ciò significa che i contraenti devono concordare sul fatto che la somma algebrica attualizzata dei flussi positivi e negativi e del valore delle opzioni scambiate deve essere pari a zero: all'atto di sottoscrizione di un derivato le parti stanno facendo "scommesse" sul futuro e, almeno in qualche momento, devono pur possedere le stesse informazioni e possibilità di guadagno.

perdita occulta fin dall'origine della stipulazione. Allo stesso modo le operazioni di rimodulazione del contratto derivato con la corresponsione da parte della banca dell'*up front* (v. *infra*) portavano ad una crescita esponenziale della perdita originaria, cui frequentemente si aggiungevano costi e commissioni non esplicitate.

In particolare, verrà dedicato un paragrafo alla tesi secondo la quale l'*up front* costituirebbe una forma di finanziamento e, in quanto tale, integrerebbe una forma di costo connesso all'erogazione del credito di cui all'art. 644 c.p., ponendo di conseguenza problemi di compatibilità con le soglie usurarie.

Nella concreta esperienza dei rapporti instaurati degli intermediari con la clientela, com'è risultato anche dalle ispezioni e sanzioni applicate dall'Autorità di Vigilanza, i prodotti derivati che sono stati commercializzati, si presentavano con strutture particolarmente complesse, ricche di opzioni implicite e di moltiplicatori. Avrebbero quindi richiesto calcoli altamente sofisticati, nonché l'effettuazione di stime e di valutazioni altamente complesse per consentire un'effettiva comprensione degli stessi, che sicuramente non erano parte, e tutt'ora frequentemente non sono, delle competenze e delle capacità della clientela. Presupponevano un'esperienza e un livello di professionalità altamente specializzato, di cui spesso non erano in possesso neppure gli stessi funzionari e operatori predisposti

Ove invece gli *swap* fossero *ab origine* contratti *non par*, ossia, per usare le parole del Direttore generale della Consob, laddove presentassero "al momento di stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato", l'equilibrio finanziario delle condizioni di partenza sarebbe ristabilito "attraverso il pagamento di una somma di denaro" da parte del contraente "avvantaggiato" al contraente "svantaggiato" e "tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di *up front*."

Cfr. Audizione del Direttore generale della Consob Dott. Massimo Tezzon avanti alla VI Commissione "Finanze" della Camera dei Deputati "*Problematiche relative al collocamento di strumenti finanziari derivati*" del 30/10/2007, pag. 2.

nelle diverse filiali delle banche alla negoziazione di tali prodotti con la clientela⁴⁴².

2. Le perdite generate dal meccanismo della rinegoziazione nei rapporti tra banche e imprese.

Le analisi relative al “fenomeno derivati”, svolta dagli studiosi e operatori del settore dagli anni 2000 ad oggi, paiono legittimare le seguenti considerazioni.

Oggetto degli strumenti finanziari derivati è propriamente l’assunzione del rischio di credito senza, peraltro, trasferire il credito sottostante e senza ricorrere ad un negozio di garanzia reale o personale⁴⁴³. Dato che le imprese assumevano quotidianamente obbligazioni, sia sui mercati interni sia sui mercati internazionali, era diventata sempre più ineludibile l’esigenza di assicurarsi, in primo luogo, contro i rialzi del costo del denaro⁴⁴⁴. Pertanto, come più volte ricordato, il derivato nasceva con lo scopo di fungere da strumento di copertura, rispetto alle oscillazioni dei tassi di interesse o di cambio.

⁴⁴² Nella sostanza si è trattato nella pressoché totalità dei casi di prodotti ideati e predisposti da soggetti diversi dall’intermediario che provvedeva poi a commercializzarli. In tal modo le capacità di controllo e di valutazione del rischio da parte del cliente risultavano essere molto difficoltose se non impossibili”. V. B. INZITARI – V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 92.

⁴⁴³ V. P. DAGNA, *Profili civilistici dell’usura, Il diritto degli affari*, a cura di B. Inzitari, Padova, nota a p. 430 secondo cui il fenomeno degli strumenti finanziari derivati è in costante crescita anche perché accade, da alcuni anni, ormai, che le grandi aziende che richiedono prestiti alle banche, tendono a ridurre il numero dei rapporti bancari in essere ovvero a concentrare le proprie esigenze creditizie su un numero inferiore di banche le quali, a loro volta, assumono rischi quantitativamente maggiori con le medesime aziende ed hanno, quindi, l’esigenza di ridurli trasferendoli a terzi. Contestualmente le Autorità di Vigilanza bancaria, proprio per contenere i rischi di instabilità delle banche connessi con la concessione di rilevanti finanziamenti rispetto al patrimonio di vigilanza, pretendono assicurazioni sul patrimonio dell’istituto erogante. Cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito – Profili civilistici e regolamentari*, Milano, 1998, 1 ss.

⁴⁴⁴ V. B. INZITARI, *Interest rate swap convertible swap, atlantic swap, currency option: La tutela delle imprese clienti nella giurisprudenza*, 1 ss., in www.ilcaso.it, 3 luglio 2007.

Nella prassi la banca, nel momento in cui concedeva un finanziamento ad un'impresa, pretendeva la sottoscrizione di un contratto di investimento sui derivati, classico esempio era un contratto di *Interest rate swap*, tutelandosi, in tal modo, a sua volta contro i rischi connessi al prestito di denaro a lungo termine, secondo il meccanismo descritto nel capitolo precedente⁴⁴⁵.

Dall'esame delle vicende e prassi operative in tema di derivati che hanno generato i noti *crack* finanziari che hanno visto coinvolte numerose banche, risparmiatori, imprese ed enti pubblici⁴⁴⁶, sarebbe emerso che in molti casi per il primo anno dopo la stipulazione la banca pagasse all'impresa un tasso variabile, ricevendo contestualmente il versamento di un tasso fisso. Pareva quindi essere stato sottoscritto un derivato di copertura rispetto all'andamento dei tassi di interesse. Negli anni successivi, tuttavia tale tasso saliva gradualmente, non offrendo più un'efficace copertura e protezione all'azienda rispetto alle oscillazioni che coinvolgevano i tassi di interesse⁴⁴⁷. La conseguenza di ciò era inevitabilmente il fatto che già dal secondo anno di durata del

⁴⁴⁵ V. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura, Il diritto degli affari*, a cura di B. INZITARI, *cit.*, nota a p. 429-430.

⁴⁴⁶ E' doveroso precisare che i soggetti coinvolti in operazioni di derivati sono state spesso le piccole-medie imprese bisognose di finanziamenti, meno frequentemente sono coinvolti singoli consumatori, invece possono esserlo "la grande regione, il piccolo comune, il policlinico, il salumificio e perfino l'istituto delle suore" (Dal programma televisivo *Report, Rai tre*, del 14.10.07). La stessa Consob, alcuni anni fa, aveva avviato un'indagine conoscitiva sui derivati venduti alle imprese medio - piccole e la stessa Commissione finanze della Camera aveva avviato un'altra indagine conoscitiva. L'esito di queste indagini nel 2004 aveva evidenziato che l'entità del fenomeno sembrava aggirarsi intorno alle 30.000/50.000 imprese coinvolte, per un valore di nozionale di oltre 6.400 milioni di €, di cui la parte (di gran lunga) prevalente era quella sui tassi, mentre sui cambi si stimava un 15% circa (cfr. BUFFACCHI, *Faro Consob sui derivati alle Pmi*, in *Il Sole 24 ore*, 8 settembre 2004). Poco dopo un rapporto della Consob (BUFFACCHI- VALSANIA, *Allarme Consob sui derivati*, *Il Sole 24 ore*, 13 gennaio 2005) aveva focalizzato la seguente situazione: circa 78.000 contratti di cui l'80% in perdita con costi potenziali, in caso di chiusura delle operazioni, di 4 miliardi di € che rappresentavano il correlativo credito (a rischio) del sistema bancario verso circa 40.000 imprese e 1.000 enti pubblici.

⁴⁴⁷ V. B. INZITARI, *op. ult. cit.*, 1 ss.

contratto, il valore economico dell'operazione risultasse essere negativo per l'impresa, causando nel tempo perdite ingenti. Questo avveniva poichè l'*Interest rate swap* concluso con la banca non proteggeva in alcun modo dalle oscillazioni dei tassi bensì, contrariamente alle aspettative, costituiva una pura scommessa strutturata nelle seguenti modalità. Se il tasso si fosse mantenuto entro una certa soglia “vinceva” il cliente, mentre se il tasso avesse superato quello stesso livello “vinceva” la banca. Nella prassi, tuttavia, risultava “vincente” quasi sempre la banca⁴⁴⁸.

Gli operatori e i tecnici del settore hanno evidenziato come sia in realtà possibile, attraverso complicate operazioni di scomposizione del contratto derivato, dimostrare come in molti casi sin dal momento della stipula di vari contratti il costo degli stessi non fosse affatto pari a zero (v. *infra* l'esempio concreto di un'analisi applicativa). Tale eventualità si riferisce nello specifico alle ipotesi di contratti c.d. OTC (*Over The Counter*) e quindi non quotati nei mercati regolamentati. Tale circostanza avrebbe permesso alla banca di non palesare il reale prezzo d'acquisto dello strumento finanziario. In altre parole, in tali casi il contratto derivato partiva sin dall'origine con un valore negativo, che sarebbe andato ad identificarsi con il *mark to market* negativo⁴⁴⁹.

In ogni caso, a prescindere da quale fosse stata la causa che aveva determinato le perdite subite, nel momento in cui l'operazione iniziava ad avere segno negativo, la banca frequentemente proponeva un'operazione finanziaria che consisteva nella c.d. “rimodulazione”, “ristrutturazione” o “rinegoziazione” del precedente derivato in uno nuovo. In altre parole, la banca proponeva al cliente la stipulazione di un nuovo contratto derivato. Astrattamente la rinegoziazione di un

⁴⁴⁸ Sull'argomento s.v. il programma televisivo *Report, Rai tre, cit.*

⁴⁴⁹ Si precisa che anche nel caso di derivati OTC la banca è tenuta a praticare al cliente il prezzo migliore (*c.d. best price*).

contratto derivato già in essere si fondava sulla scelta di non attendere la scadenza del contratto stesso e di costituirne invece un nuovo, ridefinendone il contenuto, i tempi e il valore economico. I motivi sottesi a tale scelta potevano essere molteplici: il contratto non presentava più un'utilità perché il rischio che si voleva neutralizzare era venuto meno; oppure i presupposti erano mutati nel tempo al punto da richiedere una revisione del rapporto rispetto alla formulazione originaria; ovvero, nel corso della vita del contratto, il mercato offriva nuove e più interessanti opportunità. Ancora, ed era l'ipotesi nei fatti più ricorrente, il valore del contratto aveva assunto una dimensione negativa, per cui si voleva evitare che essa si aggravasse ulteriormente peggiorando progressivamente la posizione finanziaria e debitoria del cliente⁴⁵⁰.

Difatti, la prassi che si è riscontrata il più delle volte sui mercati ha posto l'attenzione sull'ultima ipotesi descritta, in cui la banca avrebbe proposto una ristrutturazione del contratto attraverso la quale la banca stessa si offriva di coprire le perdite causate dal primo derivato, corrispondendo alla controparte una somma di denaro, che tecnicamente veniva qualificata come una commissione denominata *up front*, erogata per compensare (o nascondere) le perdite e "chiudere" il derivato stesso. Allo stesso tempo, però, attraverso tale meccanismo si dava vita ad un altro derivato che andava a sostituire il precedente, il quale prevedeva un ampliamento della durata del rapporto e doveva essere di valore economico ancora superiore al primo (quindi un capitale nozionale sottostante maggiore) per ricomprendere le perdite che il primo aveva determinato⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ V. M. LEMBO, stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA "Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati", cit., p. 3.

⁴⁵¹ Ancora sull'argomento P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura, Il diritto degli affari*, cit. p. 431: "la banca, frequentemente, propone un nuovo contratto che consiste, essenzialmente, nella rimodulazione o ristrutturazione del precedente. In

In altre parole, al verificarsi di perdite il cliente aveva due opzioni: o chiudere il derivato ripianando la perdita (spesso senza avere le risorse sufficienti per farlo) oppure rinegoziare il derivato. Più precisamente, chiudere il precedente strumento finanziario e contestualmente sottoscriverne uno nuovo, rimodulando la durata del derivato originario (c.d. ristrutturazione del debito o c.d. rimodulazione), allungando i tempi di “vita” del derivato (e allungando la durata del debito stesso), in modo da posticipare la perdita nel tempo, sperando che l’andamento del nuovo derivato consentisse il recupero. Per fare ciò la banca forniva al cliente una somma di denaro, c.d. *up front* appunto, per ripianare temporaneamente la perdita, in modo da consentire la rimodulazione. Nei fatti il MTM negativo⁴⁵² veniva momentaneamente ripianato dalla banca attraverso l’erogazione dell’*up front* in favore del cliente. Così facendo, logicamente, il nuovo derivato assumeva sempre valore negativo.

La *ratio*, apparente, della ristrutturazione sarebbe quindi stata quella di evitare che il cliente dovesse provvedere all’esborso di una somma di denaro esorbitante alla scadenza originariamente prevista. Tuttavia, le vicende di causa analizzate nei contenziosi sottoposti all’esame dei nostri Tribunali negli ultimi anni, hanno evidenziato un evolversi dei fatti spesso molto differente.

generale i contratti di swap dovrebbero dare, nel momento della sottoscrizione, il 50% di probabilità di esito positivo a ciascuna delle parti. Quando questo non avviene, al fine di riequilibrare il contratto, la parte che ha maggiori probabilità di guadagno, deve corrispondere all'altra una somma, detta tecnicamente up front, che, quindi, spetterebbe all'impresa (in perdita nel primo contratto). Per verificare se un contratto è il equilibrio al momento della sua stipulazione, è necessario calcolarne il valore di mercato o mark to market: se il contratto è in equilibrio, deve avere inizialmente un valore pari a zero, se ha un valore diverso, scatta il meccanismo dell'up front”, cfr. anche AA. VV., Dizionario di banca e borsa, Roma, 1979, voci Accordo swap e swap; F. CAPUTO NASSETTI, op. ult. cit.

⁴⁵² Ovvero il valore di mercato che lo strumento finanziario acquisisce in un dato momento, consentendo il monitoraggio dell’andamento del derivato stesso, nel caso in cui l’operazione finanziaria venisse chiusa in quello specifico momento.

Sembra opportuno fornire preliminarmente una definizione di cosa sia l'*up front*, per poi procedere ad analizzare di profili di illiceità e/o illegittimità che hanno interessato il meccanismo della rimodulazione secondo la ricostruzione fornita dai principali contenziosi giudiziari.

3. Natura e funzione della commissione anomala chiamata *up front*.

Si è a lungo discusso, e tutt'ora vengono sollevati dubbi, su quale sia la natura giuridica e la funzione della commissione anomala detta *up front* la quale, come anticipato, ha l'effetto di colmare, anche se solo temporaneamente, la perdita precedente. L'*up front* non è esplicitamente definito né a livello normativo né, stando a quanto emerge dalle inchieste citate, a livello contrattuale e non sempre viene associato ad un valore economico quantificato. Spesso l'*up front* non risultava essere stato contemplato fra le clausole del contratto derivato.

Dal punto di vista strettamente giuridico parrebbe configurare una prestazione priva di causa o addirittura con causa illecita in quanto tesa a rinviare nel tempo la perdita effettiva o a coprirla, secondo il meccanismo della rimodulazione sopra descritto⁴⁵³. Infatti il ripianamento del debito è sostanzialmente illusorio perché attraverso la rinegoziazione del derivato la banca, come vedremo, è pressoché sempre riuscita a recuperare l'*up front*.

L'*up front*, come vedremo, potrebbe anche essere qualificato come finanziamento occulto (o, comunque, non formalizzato). L'unica certezza è che si tratta di un'assoluta anomalia.

⁴⁵³ Occorre tenere presente che ex art. 1345 c.c. potrebbe essere evidenziato un profilo di illiceità del contratto per motivo illecito laddove questo emergesse nelle pieghe delle varie clausole o dalla sostanza dello stesso.

La dottrina e la giurisprudenza si sono ripetutamente interrogate sulla natura giuridica dell'*up front*: taluni hanno affermato che si trattasse solo di un'operazione meramente tecnica effettuata dalla banca⁴⁵⁴, ma l'opinione più convincente pare quella di coloro⁴⁵⁵ che hanno affermato che si tratti di un finanziamento di natura anticipata, spesso "contornato" da ulteriori commissioni occulte. Ciò in quanto consiste nella dazione di una somma di denaro all'atto della rimodulazione del derivato al fine di consentire una postergazione del pagamento della perdita, che veniva in tal modo "spalmata" e differita nel tempo. Alla nuova scadenza tuttavia, il cliente avrebbe dovuto restituire non solo il valore della perdita ma anche dello stesso *up front* anticipato dalla banca, con un effetto di moltiplicazione della posizione debitoria. Si ricorda sul punto quanto affermato in dottrina secondo cui, mutuando la regola operativa dalla collaudata giurisprudenza in materia di *lease back*, si può dire che l'*up-front* è un finanziamento,

⁴⁵⁴ Secondo questa impostazione l'*up front* dovrebbe essere descritto come una somma che dovrebbe esprimere una parte dei flussi positivi che, secondo la previsione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente. In altre parole, l'*up-front* sarebbe semplicemente una tecnicità del derivato, il quale potrebbe tanto contenere condizioni tali da rendere *par, ab origine*, lo strumento, quanto condizioni incise dal riconoscimento anticipato di un *up-front*. S.V. sul punto anche Tribunale di Bologna, n. 2078 del 14 dicembre 2009, in www.ilcaso.it, secondo cui l'*up front* viene a costituire un pagamento anticipato di flussi che non muterebbe la funzione economico-sociale del contratto, che resta lo scambio di somme secondo i diversi tassi.

⁴⁵⁵ Cfr. tra i vari D. MAFFEIS, *Contratti derivati Over The Counter*, intervento al Convegno "I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche", Milano 14-15 ottobre 2011, secondo cui la teoria della mera "tecnicità" dell'*up front* non è condivisibile in quanto non sarebbe soddisfacente «sia perché è descrittiva, sia perché trascura che alla peculiarità della struttura – quale si manifesta in presenza dell'*up-front*, si accompagna per forza una differenza in termini di interessi perseguiti dalle parti. Se lo strumento adottato contempla l'erogazione di un *up-front*, ciò significa che l'investitore ha interesse a disporre di una somma di denaro – tipico il caso dell'*up-front* riconosciuto al Comune in contemporanea alla conclusione del primo contratto derivato – o a rinviare nel tempo una perdita – tipico il caso dell'*up-front* riconosciuto all'impresa in sede di rinegoziazione»; R. MARCELLI, *L'usura nei derivati otc - up-front e valore di chiusura*, Roma 15 febbraio 2012, in www.studiomarcelli.it, E. BARONE – G. OLIVIERI, *Derivati e usura: l'utilizzo delle opzioni nella costruzione di negozi in frode alla legge*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2009, 110 e ss.

perché consente di rinviare la perdita nel tempo ed è erogato in presenza di una situazione di credito-debito tra l'intermediario e l'investitore, che conduce a concludere un contratto derivato caratterizzato dalla "sproporzione" delle alee.⁴⁵⁶

Nel tentativo di inquadrare economicamente l'*up front* è stato altresì affermato che: "a) l'*up front* fosse assimilabile ad un finanziamento di cassa finalizzato a coprire la minusvalenza che il cliente non può pagare chiudendo l'operazione (e non genera ricavi per il cliente); oppure b) fosse assimilabile ad una commissione di retrocessione⁴⁵⁷, percepita dal cliente, e tale da generare ricavi"⁴⁵⁸. Si specifica che è nella prospettiva delineata *sub a*) che la nuova disciplina della Centrale Rischi impone la segnalazione dei contratti derivati negoziati sui mercati OTC nei limiti del differenziale positivo dell'operazione, ovvero nell'entità del credito vantato dall'intermediario nei confronti della controparte alla data di riferimento della segnalazione, al netto degli eventuali accordi di compensazione contrattuale stipulati fra le parti.

L'ipotesi che l'*up front* sia davvero una commissione di retrocessione (*sub b*), non è pienamente convincente poiché una commissione con cui si chiude una precedente operazione dovrebbe potersi definire a prezzi di mercato⁴⁵⁹, diverse volte invece essa avrebbe raggiunto valori ben più alti⁴⁶⁰, il che potrebbe legittimare il cliente ad agire per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità o,

⁴⁵⁶ D. MAFFEIS, *Contratti derivati Over The Counter*, intervento al Convegno "I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche", *cit.*

⁴⁵⁷ Tuttavia, se è una commissione di retrocessione la sua entità sarà di livello decimale, mai un valore del 5-10% come più volte si è verificato.

⁴⁵⁸ V. M. LEMBO, *Atti del convegno "Dal contenzioso all'utilizzo consapevole dei derivati su tassi e cambi"*, *cit.*

⁴⁵⁹ Si precisa che il valore della commissione rapportata al nozionale dovrebbe essere dell'1 per mille o dello 0,5 per mille.

⁴⁶⁰ Nei fatti tale commissione è poi spesso recuperata con la vincita della banca.

addirittura, per la rescissione per lesione⁴⁶¹, oltre che per una serie di violazioni formali e informative che sono emerse nei vari contenziosi giudiziali di cui si ha notizia⁴⁶².

In giurisprudenza è stato anche affermato che “il valore dell’*up front* (...) è tanto più alto quanto più è negativo il valore del contratto per il cliente; l’*up front* costituisce un pagamento immediato a favore del cliente in ragione dell’accettazione di un rischio maggiore perché tale *up front* rappresenta il pagamento del costo implicito del contratto”⁴⁶³. Pertanto è evidente che l’*up front* costituisce un efficace indicatore della presenza di un rischio finanziario connaturato alla struttura contrattuale a cui ci si vincola e, da questo punto di vista, pone importanti questioni connesse alla consulenza fedele dell’intermediario finanziario (non solo controparte ma, spesso, anche come *advisor* dell’Ente)⁴⁶⁴.

E’ preliminarmente necessario chiarire che a prescindere dal tipo di strumento finanziario sottostante (*swap*, *opzione* ecc.) l’*up front* non ha nulla a che vedere con il perfezionamento di un contratto derivato⁴⁶⁵ (soprattutto per quanto concerne la sottoscrizione di un derivato puro o avente solo funzione di copertura). Nel caso in cui fosse

⁴⁶¹ M. LEMBO, stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “*Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati*”, cit., p. 5.

⁴⁶² Ecco che anche le modalità di contabilizzazione assumono rilevanza chiarificatrice, perché esplicitano i fenomeni contrattuali e sono indicativi di come sono percepiti dal cliente.

⁴⁶³ Corte d’App. Trento, 5 marzo 2003, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁶⁴ D. MAFFEIS, “*Forme informative, cura dell’interesse ed organizzazione dell’attività nella prestazione dei servizi di investimento*”, in *Rivista di diritto privato* n° 3/2005, pagg. 587-588.

⁴⁶⁵ Sull’argomento S.V. uno degli Autori più autorevoli in materia: E. GIRINO, *op. cit.*, non menziona minimamente il termine di *up front* o altro equivalente. Cfr. anche R. MARCELLI, *L’usura nei derivati otc - up-front e valore di chiusura*, cit., 10 e ss. secondo cui: «non vi è alcun elemento che connatura l’*up-front* allo *Swap*, risultando la funzione del primo distinta da quella del secondo. Anzi, la funzione di copertura del rischio, impiegata alla stregua di un prodotto assicurativo, che sovente accompagna lo *Swap*, è più consona al pagamento di un premio che all’incasso di un *up-front*. Appare inoltre stridente con la natura tipicamente aleatoria del contratto l’accostamento di un pagamento certo a pagamenti aleatori».

presente nel contratto, l'*up front* dovrebbe avere un'autonoma ragione economico - giuridica (una causa) ben esplicitata, onde evitare una dichiarazione di nullità per assenza di causa in un eventuale contenzioso giudiziale⁴⁶⁶. Occorre quindi verificare se esista e quale sia la ragione giustificativa dell'*up front*, sia sul piano giuridico sia sul piano economico. Dal punto di vista logico - giuridico, infatti, l'*up front* non ha ragion d'essere stante il fatto che a fronte di un debito maturato dal cliente dovrebbe, in teoria, essere il cliente stesso a pagare l'*up front* (ma in questo caso si chiamerebbe semplicemente debito) e non la banca creditrice. La prestazione relativa al pagamento dell'*up front* appare pertanto priva di una giustificazione logico-giuridica (lecita, s'intende), nonché portatrice di un rischio operativo che le banche non dovrebbero, e non avrebbero dovuto, ignorare vista la diffusione del fenomeno e, soprattutto, l'impiego di importi notevoli che si rinvencono nella prassi⁴⁶⁷. Anche se astrattamente l'*up front* rappresenta un elemento eventuale o accessorio rispetto alla struttura contrattuale, tuttavia nell'economia del rapporto e nella volontà effettiva delle parti diventa un elemento assolutamente rilevante, tanto da connotare l'intera articolazione del contratto derivato. La somma

⁴⁶⁶ S.V. ad esempio Corte Appello di Milano, 18 settembre 2013, in www.ilcaso.it. La sentenza afferma che nei contratti di *interest rate swap*, la mancata esplicitazione del modello matematico di *pricing* e del *market to market* rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta liquidazione appare il frutto di una quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti. Allo stesso modo, l'assenza del *mark to market* e degli scenari probabilistici rende del tutto priva di giustificazione causale la clausola che contempla l'eventuale erogazione del c.d. *up front* in quanto anche la misura in cui il finanziamento contribuisce ad integrare il riequilibrio del valore iniziale del derivato incide sulla causa dello stesso.

⁴⁶⁷ Cfr. S. SCOTTI CAMUZZI, *I derivati, vere mine vaganti nel mare della finanza italiana*, in *Milano Finanza*, 14 aprile 2004, 11.

elargita dalla banca diventa strumentale o comunque inscindibilmente connessa alla stipulazione di un nuovo contratto⁴⁶⁸.

Se è vero come è vero che il pagamento dell'*up front* ha la finalità di coprire il precedente debito per permettere la rinegoziazione di un nuovo contratto, a condizioni però peggiorative per il cliente, ne deriverebbe che tale commissione sia illecita e tale illiceità travolgerà anche il contratto derivato consequenziale secondo il principio del collegamento negoziale⁴⁶⁹.

Si può affermare, pertanto, che l'inesistenza di una valida causa o ragione logica, giuridica, oggettiva dell'*up front* è la prova dell'illiceità (e quindi della nullità) dello stesso.

Come rilevato in dottrina attraverso il pagamento dell'*up front* e la rinegoziazione dei derivati (unitamente a quella che pare essere una scarsa o nulla informazione e trasparenza fornita ai clienti) si cela altresì la reale consistenza del debito rinviando nel tempo il problema ma ampliandolo enormemente facendo concludere alla società veri e propri contratti capestro.

La nullità di tale elemento del contratto, per assenza o illiceità della causa, che è l'elemento presupposto (*conditio sine qua non*) per la conclusione della rinegoziazione del precedente contratto, travolgerà inevitabilmente anche questo essendo ad esso inscindibilmente connesso⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ D. MAFFEIS, *Contratti derivati Over The Counter*, cit., 10, il quale ricorda che «Nei frequenti casi di rimodulazioni (*unwinding*) di *Swap*, l'*up-front* viene non di rado a costituire l'elemento fondante l'operazione stessa».

⁴⁶⁹ S.V. tra gli altri V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 387 e ss.

⁴⁷⁰ Cfr. D. MAFFEIS, *Contratti derivati Over The Counter*, cit., secondo cui «Non occorre dimostrare la debolezza di quella giurisprudenza degli interessi che tende a riconoscere che la clausola, i cui effetti sarebbero vietati, tuttavia si sottrarrebbe alla nullità in ragione del suo c.d. assorbimento funzionale all'interno di una più ampia pattuizione. Questo, infatti, non è il caso dei contratti derivati rinegoziati, conclusi sulla scorta dell'erogazione dell'*up-front*, dato che l'accredito iniziale e la restituzione di una maggior somma a titolo di restituzione e di interessi non favoriscono né rafforzano, ma semmai limitano o escludono in radice, quella dipendenza

Tornando all'ipotesi *sub a*), e volendo ipotizzare che *l'up front* costituisca un finanziamento concesso dalla banca per coprire le perdite accumulate con il precedente derivato, le conseguenze non muterebbero. Infatti, tutti i contratti sarebbero comunque nulli per violazione degli obblighi di forma previsti dalla normativa di settore, nonché in forza del collegamento negoziale fra le operazioni nulle⁴⁷¹.

4. Profili di illiceità della rimodulazione.

Il contratto di “rimodulazione” o “ristrutturazione” (che in gergo viene detto “la struttura”) presenta dal punto di vista operativo (e anche contrattuale) i seguenti passaggi:

- allungamento o proroga della scadenza dell'operazione originaria;
- aumento del capitale di riferimento dell'operazione (c.d. nozionale)
- incremento della leva finanziaria (con effetto potenzialmente devastante per l'azienda perché amplifica l'esposizione rispetto all'andamento dei tassi di interesse o di cambio);

dall'andamento del sottostante – l'alea – di cui la funzione del tipo sociale del contratto derivato, comunque la si declini sul piano dei motivi, è tratto caratterizzante. In chiave di c.d. assorbimento funzionale, è semmai la causa dei contratti derivati rinegoziati che resta assorbita nella causa del finanziamento, al pari del contenuto del contratto derivato rinegoziato, le cui formule, invece che riflettere la dipendenza dal sottostante, sono piegate all'esigenza di assicurare all'intermediario di recuperare il finanziamento e di trarne profitto. Un “mutuo fra giocatori”, non già come un tempo viziato per l'estensione ad esso dell'illiceità del giuoco, bensì, sebbene funzionale ad un gioco lecito, illecito esso stesso».

⁴⁷¹ Si ricorda che gli obblighi di forma e la relativa sanzione di nullità sono espressamente previsti dai seguenti articoli: 119 D. Lgs. 385/1993 (TUB); 23 TUF; 30, 47 del Regolamento Consob 11522/98.

- modifica del capitale sottostante di riferimento (c.d. nozionale)⁴⁷².

La rimodulazione del derivato in tali casi assumeva necessariamente una finalità non più di copertura ma meramente speculativa poiché la rimodulazione avveniva sulla base di elementi futuri che, se si fossero realizzati, avrebbero eliminato o attenuato la perdita del cliente.

Tuttavia risulta fondamentale comprendere quante probabilità (effettive) vi fossero che tale ipotesi si realizzasse realmente⁴⁷³. La ristrutturazione poteva infatti celare una finalità altamente speculativa che avrebbe disatteso totalmente la finalità del cliente *ab origine* manifestata. Non solo, ma attraverso la prospettazione di calcoli, pressoché incomprensibili per soggetti che non fossero matematici o ingegneri finanziari, era possibile nascondere al cliente la reale entità delle perdite. Il tutto attraverso un regolamento negoziale che, negli effetti ultimi, parrebbe essersi frequentemente e nettamente sbilanciato a favore della banca.

Alla luce di quanto esposto e sulla base della ricostruzione dei fatti suindicata, i contratti potevano quindi presentare plurimi elementi di illiceità della causa ai sensi degli artt. 1343 e 1344 c.c., oltre ad ulteriori e molteplici profili patologici.

Un primo profilo di illiceità deriva dal fatto che la causa dell'operazione (divenuta, come già detto, altamente speculativa) non

⁴⁷² Per fare un esempio, se il sottostante è un fondo comune d'investimento ne potrebbe derivare una diversa percentuale di investimento nel fondo stesso.

⁴⁷³ Dalla lettura dei giornali di settore (per motivi di spazio si rinvia alla bibliografia) emerge che i contratti erano spesso strutturati in modo tale da essere sbilanciati a favore della banca. L'operatività del derivato era tale da prevedere non solo una bassa (per non dire inesistente) probabilità di vittoria rispetto alla probabilità di sconfitta, ma anche un'entità della improbabile vincita inferiore all'entità della probabile perdita. I nuovi contratti, proposti come strumenti per recuperare la perdita, si sono così facendo concretizzati in strumenti per rinviare o celare dette perdite, che nei fatti, per i motivi sopra esposti, si sono ampliate e dismisura.

corrispondeva alla causa intesa quale interesse concretamente perseguito dalle parti originarie del contratto. La causa, non tanto intesa come “ragione economico sociale del contratto”, secondo la teoria tradizionale, e ormai superata, ma intesa in “senso economico - individuale o ragione concreta del contratto”⁴⁷⁴, sarebbe stata assolutamente incongrua rispetto all’interesse perseguito dalla parte.

Analizzando nel concreto il rapporto contrattuale sorto in seguito alla rimodulazione, la causa dell’operazione non era più né di copertura né speculativa bensì quella, incoerente rispetto al tipo contrattuale e comunque palesemente illecita, di rinviare la perdita. Quest’ultima, pertanto, diveniva la vera finalità del contratto (o dell’operazione negoziale complessivamente intesa risultante dalle successive rinegoziazioni) che costituisce quindi un evidente profilo di illiceità dello stesso. L’effetto ultimo era quello di realizzare un profitto illecito in spregio alle norme imperative e ai principi espressi dalla normativa di settore (fra i quali l’interesse dei clienti e l’integrità dei mercati), oltre alla violazione di principi di ordine pubblico, con particolare riferimento all’ordine pubblico economico e al c.d. ordine pubblico di protezione⁴⁷⁵.

Le operazioni di rimodulazione in sé, tuttavia, si presentavano come formalmente lecite e il cliente era indotto a sottoscrivere la rinegoziazione, in forza della prospettazione formulata da parte della banca di percepire in pagamento, da parte della stessa, una commissione apparentemente attiva (*up front*, appunto) che andava a coprire il debito maturato, infatti l’importo dell’*up front* era sempre uguale, o quasi, a

⁴⁷⁴ Cfr. al riguardo CIAN G. – TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2007, sub art. 1343, p. 1380. Ancora, Cassazione Civile, sez. III, sentenza 08/05/2006 n. 10490 in www.altalex.it; Cass. Civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in www.personaedanno.it, Cass. Civ., Sez. Un. n. 4628 del 6 marzo 2015 in www.neldiritto.it, che ha fornito interessanti spunti sul concetto di causa del contratto.

⁴⁷⁵ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.* 403 e ss.

maturato, infatti l'importo dell'*up front* era sempre uguale, o quasi, a quello del debito. Tuttavia, spesso la banca non corrispondeva nei fatti alcuna somma a titolo di *up front* (positivo) o, qualora fosse stata effettivamente versata, essa era generalmente inferiore al dovuto. Veniva invece contestualmente (e regolarmente) applicata all'impresa una commissione del medesimo valore dell'*up front* (magari neanche versato) per passare dal primo contratto derivato al successivo. La prassi dei mercati ha dimostrato che il meccanismo di applicare queste commissioni implicite a titolo di *up front* si ripeteva costantemente nel passaggio da un contratto precedente a uno successivo. Inoltre venivano generalmente addebitati all'impresa ulteriori commissioni, nei fatti equiparabile a delle "penali", qualora la medesima avesse avuto intenzione di svincolarsi anzitempo da ciascuno di questi contratti derivati⁴⁷⁶.

Anche ammesso che il contratto assumesse il valore di un'operazione puramente speculativa, di per sé lecita se pattuita espressamente e consapevolmente tra le parti, in realtà tendeva a realizzare negli effetti ultimi un fine illecito in quanto era costruito per celare le perdite (rinviandone la determinazione a tempo indefinito), con l'effetto ulteriore di vincolare il cliente alla banca attraverso la stipula di nuovi contratti e con la certezza di ricavi assolutamente certi per la banca stessa. In tal modo, l'intera operazione presentava una evidente causa illecita che veniva realizzata attraverso operazioni apparentemente lecite.

Pertanto, la fattispecie descritta, oltre ad evidenziare i profili di invalidità già ricordati, parrebbe altresì configurare una violazione

⁴⁷⁶ V. Ancora sull'argomento P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura, Il diritto degli affari*, a cura di B. Inzitari, *cit.* p. 431.

dell'art. 1344 c.c.⁴⁷⁷ ai sensi del quale la causa è illecita quando il contratto è in frode alla legge.

Inoltre, anche qualora non si volessero ritenere sussistenti profili di illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 e/o 1344 c.c., la causa delle operazioni negoziali avrebbe comunque potuto essere ritenuta nulla per la plurima violazione di norme imperative.

Pertanto, a fronte del meccanismo dell'*up front* e della rimodulazione dei contratti in perdita, l'effetto ultimo era quello di determinare il progressivo indebitamento del cliente, aspetto che secondo la descrizione riportata diveniva un elemento certo dell'operazione a fronte di un guadagno, altrettanto certo, della banca. Inoltre, i fatti di cronaca hanno rilevato che il meccanismo della rimodulazione (o rinegoziazione) del singolo contratto derivato poteva ripetersi diverse volte, al ripresentarsi di una o più perdite tali da giustificare da parte della banca la riproposizione dell'operazione di ristrutturazione. Il rischio era l'insorgere di un vortice di operazioni di rimodulazione che sortivano l'effetto di incrementare la posizione debitoria del cliente.

⁴⁷⁷ V. M. LEMBO, stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “*Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati*”, cit., p. 4. Ipotesi di un accordo in frode alla legge, la c.d. causa illecita “presunta”, se il contratto è destinato ad eludere una norma imperativa.

5. L'*up front* come forma di finanziamento.

5.1 L'evoluzione del concetto di "finanziamento".

Per poter comprendere appieno le ragioni che hanno indotto parte della dottrina⁴⁷⁸ e della giurisprudenza⁴⁷⁹ a riconoscere nell'*up front* la natura di un finanziamento concesso dalla banca al cliente, considerazione a parere di chi scrive certamente condivisibile, occorre preliminarmente dedicare alcuni passaggi della presente trattazione all'analisi di "cosa" possa essere inteso come "finanziamento" e all'evoluzione che questo concetto ha subito negli anni.

Trattasi di un nuovo e più ampio, nonché flessibile, significato che risulta essere coerente con il ruolo che progressivamente hanno assunto le banche, non più circoscritto alla tipica attività di erogazione del credito intesa in senso tradizionale⁴⁸⁰, bensì ad una molto più articolata pluralità di attività eterogenee. Attività che prescindono dalla concessione di un credito in senso stretto ma che sono accomunate dall'assunzione di un "rischio" da parte della banca⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Cfr. tra gli altri D. MAFFEIS, *Contratti derivati Over The Counter*, cit.; R. MARCELLI, *L'usura nei derivati otc - up-front e valore di chiusura*, G. OLIVIERI, *op.cit.*

⁴⁷⁹ Cfr. tra le altre Corte d'App. Trento 5 Marzo 2009, *cit.*, Corte App. Milano, 18 settembre 2013 - Pres. M. R. Sodano - Est. C. R. Raineri, in *www.ilcaso.it.*, ove si legge espressamente che l'*up front* costituisce una forma di finanziamento.

⁴⁸⁰ Art. 10, co. 3, Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in *www.bancaditalia.it*: «Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge».

⁴⁸¹ U. MORERA, *Il fido bancario – Profili giuridici*, Milano Giuffrè 1998, *passim* ove si evidenzia come in tali attività "di rischio", rientrano, a titolo esemplificativo: "crediti di firma e accettazioni bancarie, aperture di credito non utilizzate, aperture di credito documentario irrevocabili, lettere di credito stand by irrevocabili, operazioni collegate ai tassi di interesse e di cambio (*swaps e future*) produttive di un mero impegno per la banca (senza assunzione di una posizione creditoria) nonché le azioni, le obbligazioni e i prestiti subordinati". In tale ottica si è affermato che l'area del credito, "tradizionale", contrariamente al passato, rappresenta ora solo una parte limitata dell'area del fido, proprio perché l'attività di rischio che fa capo alla banca non è più limitata solo all'erogazione del credito. Cfr. U. MORERA, *Op. Cit.*, p.21).

In origine, al tempo dell'emanazione della legge bancaria non si parlava in senso ampio di "finanziamento", bensì la prassi bancaria utilizzava espressioni più "tradizionali" per indicare le possibili linee di credito concesse dalle banche ai clienti: tra queste il mutuo; l'apertura di credito ecc... E si faceva frequentemente ricorso al più tradizionale concetto di "fido", seppure nessuna disposizione di legge né altre fonti normative fornissero una definizione esplicita di quest'ultimo, quasi l'effettivo significato fosse dato per scontato. Il concetto di "fido"⁴⁸² si rinveniva tuttavia in una serie di disposizioni normative, ed in primo luogo in due norme dell'ordinamento bancario, e cioè l'art. 137 del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito: t.u. bancario)⁴⁸³, e l'art. 35, comma 2°, lett. b) del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, nella l. 7 marzo 1938, n. 141 (c.d. "legge bancaria"), secondo cui "La Banca d'Italia ha ... facoltà ... di determinare i limiti massimi dei *fidi* concedibili e di stabilire norme e termini per le riduzioni in caso di constatate eccedenze"⁴⁸⁴.

⁴⁸² Nella pratica bancaria e nel linguaggio tecnico, il vocabolo "fido" viene utilizzato di norma per indicare, indifferentemente, tutti i vari aspetti dei contratti di credito, la cui vicenda è scomponibile, come è stato evidenziato, in tre momenti, e cioè: a) nella decisione di concedere il *fido*, che consiste in un atto interno della banca; b) nell'esecuzione della decisione di concedere il *fido*, realizzabile mediante il perfezionamento di uno o più contratti tra la banca e il destinatario dell'affidamento; c) nell'utilizzo del *fido*, che può concretizzarsi in atti dell'affidato (es., nel prelievo delle somme tenute a disposizione dalla banca ai sensi dell'art. 1842 c.c. dopo la stipula del contratto di apertura di credito, nel ritiro delle somme in occasione del perfezionamento di un contratto di mutuo ecc.) o di terzi beneficiari (ad es., nella richiesta di escussione di garanzie rilasciate dalla banca).

⁴⁸³ Art. 137 del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 secondo il quale «... chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca nonché i dipendenti di banche che, al fine di concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso ovvero di evitare la revoca del credito concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il *fido*, sono puniti con l'arresto da sei mesi a tre anni ...»

⁴⁸⁴ La disposizione dell'art. 35 della legge bancaria - sulla cui disciplina v. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, 515 ss. - ha un precedente nell'art. 16 del r. d. l. 6 novembre 1926, n. 1830, il cui primo comma stabiliva che "il fido che può

A livello sovranazionale si ricorda la direttiva 2000/12/CE del 20 marzo 2000⁴⁸⁵, che riunisce varie direttive, tra le quali la direttiva 92/121/CEE del 21 dicembre 1992 sulla vigilanza ed il controllo dei grandi *fidi* degli enti creditizi, secondo cui i *fidi* consistono nell'"esposizione di un ente creditizio verso un cliente o un gruppo di clienti collegato" (art. 48), ovvero "rappresentano crediti" o "prestiti" concessi dalle banche alla clientela (art. 49).

Di *fidi* si occupava altresì l'art. 13 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326, recante la disciplina dei "confidi"⁴⁸⁶.

Il termine "fido" veniva usato anche dagli artt. 32, comma 1°, lett. h), e 37, comma 2°⁴⁸⁷, dell'abrogata legge bancaria⁴⁸⁸.

Tuttavia, ad utilizzare con maggior frequenza il termine "fido" sono storicamente state le Istruzioni di Vigilanza⁴⁸⁹ per le banche

concedersi ad uno stesso obbligato non dovrà superare il quinto del capitale sociale e delle riserve dell'azienda".

⁴⁸⁵ Direttiva 2000/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, che modifica la direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁴⁸⁶ Per "confidi" si intendevano enti che svolgevano l'attività di garanzia collettiva dei *fidi*, consistente nell'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario.

⁴⁸⁷ Tali articoli disponevano rispettivamente, che «Le aziende di credito (...) dovranno attenersi alle istruzioni che la Banca d'Italia comunicherà (...) relativamente (...) alle cautele per evitare gli aggravamenti di rischio derivanti dal cumulo dei *fidi*» e che «È fatto obbligo alle aziende di credito di tenere un libro aggiornato nel quale siano trascritte, ai sensi delle istruzioni da darsi dalla Banca d'Italia, le concessioni di *fido*. Per ogni *fido* devono essere indicati i nomi dei funzionari che lo propongono».

⁴⁸⁸ La legge bancaria del 1936-1938 è stata abrogata dall'art. 161, comma 1°, del t.u. bancario, fatta eccezione per il titolo III e per gli artt. 32, comma 1°, lettere d) e f), e 35, secondo comma, lettera b); i poteri previsti da detti articoli continuano ad essere esercitati dalle autorità creditizie a norma dell'art. 147, t.u. bancario

⁴⁸⁹ Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, e successivi aggiornamenti, in www.bancaditalia.it. Sulla natura di atto amministrativo delle istruzioni che, a norma dell'art. 4, comma 1°, del t.u. bancario, la Banca d'Italia impartisce ai destinatari dell'attività di vigilanza, cfr. R. COSTI, *op. cit.*, (nt. 2), 101.

emanate dalla Banca d'Italia⁴⁹⁰. A titolo meramente esemplificativo si ricorda che in ordine ai requisiti patrimoniali sui rischi di mercato, si trova enunciato che «le banche sono tenute all'osservanza di un limite quantitativo inderogabile (limite individuale di *fido*) rapportato al patrimonio di vigilanza, per le posizioni di rischio nei confronti dei clienti» (cfr. Tit. IV, cap. 3, sez. VI, § 1). Ancora, in materia di concentrazione dei rischi, si stabiliscono differenti classi di attività di rischio, l'appartenenza ad una delle quali deriva dalla «condizione che l'utilizzo delle pertinenti linee di credito non comporti il superamento del limite individuale di *fido* previsto dalle presenti istruzioni». In relazione agli assegni tratti sulle banche, si precisa che gli stessi «possono essere pagati soltanto se emessi nei limiti delle disponibilità di conto ovvero nell'ambito del *fido* accordato al cliente o del margine di sconfinamento concedibile in base alle disposizioni interne» (cfr. Tit. IV, cap. 11, sez. V, § 1.1); in materia di esame delle richieste di autorizzazione ad una maggiore operatività nel comparto delle partecipazioni non finanziarie, si prevede che la Banca d'Italia consideri «la situazione tecnica della singola banca ..., valutata con riferimento alla concentrazione dei *fidi*, all'equilibrio della situazione finanziaria e all'esposizione dei rischi di mercato» (cfr. Tit. IV, cap. 9, sez. IV, § 2)⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Circolare n. 229 dell'aprile 1999 e successivi aggiornamenti, *cit.* Il testo aggiornato è consultabile sul sito Internet della Banca d'Italia in www.bancaditalia.it.

⁴⁹¹ R. PIERRI, *Il fido promiscuo*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 5, 2006, 589 e ss. Ancora, a proposito della disciplina delle obbligazioni assumibili dagli esponenti delle banche, le Istruzioni affermavano che «Resta (...) esclusa la possibilità che un organo delegato possa deliberare operazioni di *fido*, compravendite e obbligazioni di qualsiasi natura nei confronti di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo» (cfr. Tit. II, cap. 3, sez. II, § 1); «le attività di rischio per cassa e le operazioni fuori bilancio assistite da garanzie reali su depositi di contante presso banche della zona A, o titoli di durata non superiore a tre anni emessi da tali banche, diverse da quella che ha concesso il *fido* ...» (cfr. Tit. IV, cap. 5, All. A).

Secondo la normativa di settore e la pratica bancaria, l'espressione "fido", o affidamento⁴⁹², ha comunemente quantomeno due significati⁴⁹³, indicando sia le operazioni di credito nelle varie forme giuridiche⁴⁹⁴, sia l'ammontare globale del credito concesso dalla banca al singolo cliente⁴⁹⁵. Si tratta, del resto, delle tradizionali opinioni della dottrina commercialistica, che già in epoca risalente aveva precisato che «s'intende per *fido* ogni operazione attiva di credito sia che implichi dazione immediata di somme, sia che implichi solo impegno di messa a disposizione del debitore di una data somma,

⁴⁹² Il termine è utilizzato dalle Istruzioni di Vigilanza per le banche emanate dalla Banca d'Italia. In particolare, nel disciplinare la materia della concentrazione dei rischi, è stabilito che "L'accertamento della gestione finanziaria che si realizza all'interno dei gruppi può rendere meno agevole per la banca l'individuazione del soggetto che utilizza l'affidamento: in tali casi è pertanto necessario che la dialettica che normalmente caratterizza il rapporto con la clientela sia particolarmente sviluppata, in modo da consentire comunque alla banca di seguire e valutare la destinazione dei propri affidamenti" (Tit. IV, cap. 5, sez. V, § 1), così come in ordine al trattamento degli assegni bancari è disposto che le banche si astengano dal "trattenere in sospeso, per un tempo superiore a quello strettamente necessario per la lavorazione dei titoli, assegni tratti dai clienti oltre le disponibilità di conto e dal riconoscere, prima dell'incasso, a non affidati o oltre i limiti dell'affidamento il corrispettivo di assegni tratti su un'altra banca" (Tit. IV, cap. 11, sez. V, § 1) nonché "dall'acquistare assegni "post-datati" a garanzia di operazioni di affidamento" (Tit. IV, cap. 11, sez. V, § 1.4). Ed ancora: a proposito delle deleghe di poteri in materia di erogazione del credito, è stabilito che "Lo statuto delle banche di credito cooperativo può prevedere che siano attribuiti al presidente del consiglio di amministrazione limitati poteri, da esercitarsi in caso d'urgenza. Gli affidamenti accordati sono portati a conoscenza del consiglio in occasione della prima riunione successiva" (Tit. VII, cap. 1, sez. IV)

⁴⁹³ Cfr. sul punto M. PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in Trattato Rescigno, Torino, 1985, v. 12, 918; Id., *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, II, 508 ss., ove sottolinea che l'apertura di credito in conto corrente nella pratica viene anche chiamata "fido in conto corrente"

⁴⁹⁴ E a tal proposito depongono l'art. 137 t.u. bancario, l'art. 49 della Direttiva 2000/12/CE, l'art. 13 d.l. 269/2003, gli artt. 32, comma 1°, lett. h), e 37, comma 2°, della legge bancaria, e le disposizioni delle Istruzioni di Vigilanza per le banche emanate dalla Banca d'Italia, Tit. II, cap. 3, sez. II, § 1; Tit. IV, cap. 5, All. A; Tit. IV, cap. 5, sez. V, § 1; Tit. IV, cap. 11, sez. V, § 1, 1.1 e 1.4; Tit. IV, cap. 9, sez. IV, § 2; Tit. VI, cap. 5, sez. II; Tit. VII, cap. 1, sez. IV.

⁴⁹⁵ E per questo secondo significato, v. l'art. 35, comma 2°, lett. b), legge bancaria, l'art. 48 della Direttiva 2000/12/CE, e le disposizioni delle Istruzioni di Vigilanza per le banche emanate dalla Banca d'Italia, Tit. II, cap. 3, sez. VI, § 1; Tit. IV, cap. 5, All. A, richiamati in precedenza.

prelevabile in una o più volte ed entro un certo periodo di tempo»⁴⁹⁶, mentre altro illustre Autore⁴⁹⁷ attribuiva all'espressione il significato di ammontare massimo utilizzabile della linea di credito concessa. Successivamente, la dottrina ha anche sostenuto l'equiparazione del *fido* all'apertura di credito, ovvero la coincidenza con i concetti di "credito" e di "prestito"⁴⁹⁸.

Nel tempo, la nozione di *fido* bancario è stata oggetto di approfondito studio⁴⁹⁹, che ha condotto l'Autore ad affermare come la stessa abbia subito un'evoluzione, al punto da farvi rientrare, oltre ai rapporti da cui derivi un rischio creditizio in senso stretto, qualsiasi altra possibile "attività" di rischio⁵⁰⁰, sempre che la stessa sia riferibile ad una specifica controparte⁵⁰¹.

È indicativo dell'evoluzione predetta il fatto che la regolamentazione emanata dalla Banca d'Italia, in attuazione della direttiva n. 92/121 in materia di "Grandi fidi" e del seguente decreto del Ministero del Tesoro n. 242633 del 22 giugno 1993⁵⁰², le Istruzioni di vigilanza⁵⁰³ hanno perso l'originario titolo "Limiti massimi dei fidi concedibili" per assumere quello di "Concentrazione dei rischi". Difatti, nelle Istruzioni di Vigilanza scompare del tutto il termine "fido" per essere sostituito con il termine "rischio", rendendo evidente

⁴⁹⁶ Così P. GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1931, 185. Cfr. anche G. MOLLE, *I contratti bancari*, in Trattato, Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1981, 195-196, 210, nt. 49, e 216. Nello stesso senso, per la dottrina tecnica, P. D'ANGELO-M. MAZZANTINI, *Trattato di tecnica bancaria*, Milano, 1966, 280.

⁴⁹⁷ F. MESSINEO, *Contenuto e caratteri giuridici dell'apertura di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 119.

⁴⁹⁸ Per la critica di tali concezioni, v. U. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1998, 8 ss., ove specifici riferimenti

⁴⁹⁹ U. MORERA, *Il fido bancario*, *cit.* p. 5 e ss. e nt. 14.

⁵⁰⁰ Per una elencazione delle quali, v. Istruzioni di Vigilanza per le banche, Tit. IV.

⁵⁰¹ U. MORERA, *op. cit.*, (nt. 14), 21 ss. (ma v. anche 18 ss.)

⁵⁰² Il Testo del Decreto è reperibile in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 1993, I, pag. 680 e seg.

⁵⁰³ S.V. *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi*, Banca d'Italia, XXIV, (ed. ottobre 2013).

l'intenzione di ricomprendere nella fattispecie tutte le attività che determinino assunzione di rischio per la banca, riferibili ad un cliente o, ad ogni modo, ad una controparte determinata.⁵⁰⁴ Le stesse Istruzioni definiscono come «esposizione» la «somma delle attività di rischio nei confronti di un cliente, così come definite dalla disciplina del coefficiente di solvibilità».⁵⁰⁵ L'esposizione, così formulata, andrà a costituire la «posizione di rischio».

La formulazione normativa delle Istruzioni di Vigilanza è, pertanto, indice dell'avvenuto mutamento del concetto di “fido”, il quale ricomprende non solo le posizioni comportanti “un rischio di credito” in senso stretto, attuale o potenziale, bensì anche ogni altra attività purché riferibile ad una specifica controparte, ovvero anche le posizioni che producono in capo alla banca un mero impegno di erogazione, e il sorgere meramente eventuale di un diritto di credito, con l'equiparazione del rischio attuale con il rischio potenziale⁵⁰⁶.

Pertanto, com'è stato evidenziato in dottrina⁵⁰⁷, in passato si configurava l'area del fido come una parte dell'area del credito, oggi la situazione è invertita, poiché si può affermare che l'area del credito è parte limitata dell'area del fido, proprio perché l'attività di rischio che

⁵⁰⁴ Sono, pertanto, da escludere dal concetto di “fido-rischio” le attività che pur rientrando, per loro natura, nei parametri della solvibilità, non siano riferibili a specifiche controparti, come ad esempio le attività materiali, ovvero di cassa.

⁵⁰⁵ U. MORERA, *op. cit.*, 20 e ss., secondo cui nel concetto di esposizione vi rientrerebbero i finanziamenti “in bilancio”, in cui la banca acquisisce una posizione “creditoria” in senso proprio; le attività “fuori bilancio”, crediti di firma e accettazioni bancarie, aperture di credito non utilizzate, aperture di credito documentario irrevocabili, lettere di credito e *stand by* irrevocabili, operazioni collegate ai tassi di interesse e *futures*, produttive di un mero impegno per la banca (senza assunzione di una posizione creditoria), nonché le azioni, le obbligazioni ed i prestiti subordinati.

⁵⁰⁶ V. Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, Sezione I, B, Cat. 10, “Altri finanziamenti”, 2009

⁵⁰⁷ U. MORERA, *op. cit.* 21.

fa capo alla banca non è più limitata solo all'erogazione del credito intesa in senso tradizionale⁵⁰⁸.

Pertanto, non sembra oggi dubitabile che, alla luce del significato ricavabile dalle norme innanzi richiamate, il termine "fido" sia soprattutto utilizzato per indicare genericamente ed indistintamente le varie operazioni di concessione di credito che le banche effettuano a favore della propria clientela⁵⁰⁹.

Pertanto, alla luce di tutto quanto ricordato, pare di poter affermare che nell'economia e nella terminologia moderna, il "finanziamento" assume il carattere della "neutralità", rispetto al tipo contrattuale⁵¹⁰. Ciò significa che oltre ai contratti normativamente previsti che possono perseguire lo scopo di finanziamento, il medesimo può essere realizzato attraverso schemi contrattuali atipici, realizzati

⁵⁰⁸ Art. 10, co. 3, Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in *www.bancaditalia.it*: «Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge».

⁵⁰⁹ Non può quindi condividersi l'affermazione di RUOZI (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1989, 75, secondo cui il fido sarebbe "un tipico contratto bancario", consistendo l'obbligazione della banca "nel tenere a disposizione del cliente una specifica somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato". Evidentemente, l'Autore utilizza in questo caso il termine "fido" quale sinonimo di "apertura di credito"

⁵¹⁰ Unica differenziazione che pare opportuno evidenziare, è la distinzione tra contratto di mutuo, genericamente, e il contratto di finanziamento in senso ampio, avendo i due struttura differente. Difatti, in un contesto ambiguo di definizioni normative, il mutuo viene spesso ricondotto nel più ampia categoria del contratto di finanziamento ma, è stato osservato, bisognerebbe tenere distinte le due fattispecie in quanto non sarebbero perfettamente assimilabili. Il contratto di mutuo difatti, è contratto reale, che si perfeziona con la dazione della *res* (denaro o altre cose fungibili) e determina il sorgere dell'obbligo di restituzione di somma equivalente a quella concessa in mutuo oltre ai relativi interessi. Di contro, il contratto di finanziamento inteso in senso ampio costituisce un contratto obbligatorio, che si perfeziona con il consenso delle parti e impegna una parte a conferire denaro all'altra, senza rilievo al momento della *traditio*, che costituisce solo mero momento esecutivo del precedente obbligo, e in assenza di passaggi traslativi Cfr. P. Messina, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia. Finanza pubblica e d'impresa - Trattato di diritto dell'economia*. Diretto da Eugenio Picozza e Enrico Gabrielli, Tomo IX, Padova, 2010, 112 e ss.

dall'autonomia delle parti. Schemi contrattuali che oltre alla loro funzione tipica, individuano anche

In tale mutato contesto è più facile comprendere come il concetto di “fido” sia facilmente assimilabile al concetto di “finanziamento”⁵¹¹, forse talvolta in chiave un po' atecnica, in cui entrambe le figure acquisiscono il significato di assunzione di rischio da parte della banca nei confronti di un soggetto determinato.

A titolo meramente esemplificativo si ricorda che una classica ipotesi di contratto di finanziamento è rinvenibile nel mutuo di scopo⁵¹², fattispecie che si distingue dal mutuo civilistico proprio in forza della clausola di destinazione in forza della quale il mutuatario è vincolato ad utilizzare la somma per lo scopo ivi previsto. Inoltre, è contratto consensuale, atipico e oneroso, in cui la consegna del denaro non è il momento di perfezionamento del contratto, bensì è obbligazione specifica del finanziatore.

L'Apertura di credito⁵¹³, ai sensi dell'art. 1842 c.c., in cui la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un periodo determinato, o senza limiti di tempo, in cui oggetto del contratto è proprio la possibilità di godere della somma messa a disposizione. Attraverso l'accredito delle somme il soggetto finanziato acquisisce un diritto potestativo di utilizzare o meno le somme, nei tempi in cui egli riterrà opportuno. Fino a che le somme accreditate non vengono materialmente utilizzate restano nella proprietà della banca. Gli utilizzi e i rientri avvengono tramite

⁵¹¹ Finanziamento strettamente connesso ad un concetto di utilità, cioè la potenzialità giuridico-economica del bene a soddisfare bisogni umani. Non è solo godimento del bene e non è solo un arricchimento pecuniario, è la disponibilità di utilizzare una somma o la possibilità di utilizzare un bene produttivo. V. G. Cassano, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, Padova, 2009, 428 e ss.

⁵¹² G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, Padova, 2009, 343 e ss.

⁵¹³ G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari, Trattato di diritto commerciale*, diretto da Vincenzo Buonocore, Tomo II, Torino, 2005, 331 e ss.

operazioni di addebito e accredito sul conto corrente. L'apertura di credito non è altro se non una riserva di liquidità costituita dalla differenza positiva tra il fido ottenuto e lo scoperto effettivamente utilizzato⁵¹⁴.

Discussa la posizione del contratto di *leasing*⁵¹⁵ (cui verrà dedicato una trattazione specifica nel prossimo capitolo), quale contratto atipico, privo di una disciplina normativa tipizzata, per il quale individuare la natura di contratto di finanziamento o meno è stato meno agevole.

Si è trattato di valutare se i requisiti del contratto di *leasing* potessero o meno essere considerati strumenti di attuazione della funzione creditizia. Alla stregua di quanto affermato e alla luce del concetto più moderno di “finanziamento” quale assunzione di rischio verso un soggetto determinato, così strettamente connesso al concetto di utilità quale potenzialità giuridico - economica di un bene a soddisfare bisogni umani⁵¹⁶, in questa sede pare di poter affermare, per le argomentazione che verranno più dettagliatamente esposte nel prosieguo della trattazione, che sia il contratto di *leasing*⁵¹⁷, sia il la figura giuridica del *sale and lease back* possano rientrare nel concetto di “finanziamento”, conferendo ad un soggetto determinato un'utilità oltre che assumendo verso gli stessi un margine di rischio.

⁵¹⁴ Cfr. Art. 1844 c.c.

⁵¹⁵ A.A. V.A., *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, tomo II, 1601 e ss; V. DE GIOIA, *Il contratto di leasing*, Trento, 2004, *passim*.

⁵¹⁶ Così G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 428.

⁵¹⁷ V. *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, Sezione I, B, Cat. 6, “*Leasing*”: «Rientrano in questa categoria di rilevazione i finanziamenti realizzati con contratti di locazione di beni materiali (mobili e immobili) o immateriali (ad es. software), acquisiti o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito (...)», in *www.bancaditalia.it*, 2009.

5.2 *L'up front* quale forma di finanziamento “implicito”.

Alla luce di tutto quanto esposto, anche se non è possibile definire una funzione unitaria e in senso privatistico del contratto di finanziamento, si può individuare una omogeneità di tendenze, ossia il progressivo abbandono della *tradito* e della realtà con rapporti più agili, in cui il consenso sia sufficiente per la perfezione del negozio. Una nuova funzione economico – sociale del finanziamento, quindi, in cui l'arricchimento è conseguenza della disponibilità di qualunque bene sia valutabile in termini di trasparenza monetaria, oltre al vincolo di destinazione opponibile a qualsivoglia incremento patrimoniale.

Si può pertanto affermare che sono contratti di finanziamento quelli in cui la funzione è l'apprestamento di una utilità, suscettibile di valutazione economica, implicante l'insorgenza a carico del finanziato di una obbligazione restitutoria⁵¹⁸.

Finanziamento, quindi, non solo come assunzione di rischio, bensì come forma di “conferimento di un'utilità” valutabile in termini economici dietro pagamento di un corrispettivo.

In tale mutato significato pare possa rientrare, senza eccessivo sforzo interpretativo, anche *l'up front* per le ragioni suesposte.

Inoltre, pare opportuno, nonché chiarificatore, un richiamo a quanto affermato dall'art. 47 Del. Consob 11522 del 1998, oggi sostituita dalla Delibera n. 16190 del 2007⁵¹⁹, e successive modifiche, rubricato “Concessione di finanziamenti agli investitori”, secondo cui: «*Configura concessione di finanziamenti* l'effettuazione di operazioni di pronti contro termine, di riporto, di prestito titoli e di ogni altra

⁵¹⁸ G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 443 e ss.

⁵¹⁹ Delibera Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007. Si ricordano le successive delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 19094 dell'8 gennaio 2015 e 19548 del 17 marzo 2016, reperibili su www.consob.it e in Gazzetta Ufficiale.

analoga operazione finalizzata all'acquisizione da parte dell'investitore a titolo di provvista di somme di denaro o strumenti finanziari contro pagamento di un interesse: a) il cui ricavato sia destinato all'esecuzione di operazioni relative a strumenti finanziari nelle quali interviene l'intermediario; b) in cui l'intermediario acquisisca dall'investitore, a fronte del finanziamento concesso, adeguate garanzie; di regola, gli strumenti finanziari costituiti in garanzia sono gli stessi oggetto delle operazioni di cui alla lettera a). Il valore degli strumenti finanziari acquisiti in garanzia deve risultare congruo rispetto all'importo del finanziamento concesso».

Analizzando il meccanismo dell'*up front* come sopra ricordato, a ben vedere ricorrono tutte le caratteristiche del finanziamento descritte in apertura: in quanto vi è la dazione di denaro, l'assunzione di rischio sia da parte della banca (il rischio che a scadenza il cliente non sia in grado di ripianare i debiti notevolmente accresciuti) e, di riflesso, il rischio da parte del cliente di non essere in grado di far fronte ai propri debiti. Infine l'assunzione del rischio avviene verso un soggetto determinato ovvero, tra banca e cliente.

Pertanto, con la rinegoziazione del contratto derivato non ancora giunto alla naturale scadenza, le perdite sono finanziate dallo stesso intermediario mediante accrediti di somme identiche a quelle di volta in volta addebitate, a titolo di *importi up-front*, la cui natura è schiettamente reale, perché i contratti non prevedono l'obbligo di erogazione, ma danno atto che l'erogazione c'è stata.

Come ricordato in precedenza, non è acquisita una nozione univoca di "*finanziamento*", idonea a comprendere solo ed esclusivamente fattispecie predefinite. Al contrario il legislatore, forse volutamente, ricorre sempre più di frequente a nozioni "vaghe" di finanziamento, non essendo ormai possibile tipizzare normativamente

tutte le tipologie di finanziamento rinvenibili nel mercato e nell'economia moderna.⁵²⁰

Non sono mancate, ovviamente, opinioni contrarie a questo assunto. Una sentenza di merito ha escluso che lo *swap* fosse riconducibile ad un mutuo, argomentando che qualora vi sia nello *swap* la clausola *up front*, si avrebbe anticipazione di denaro, ma è cosa ben diversa da un mutuo o da una anticipazione di credito, perché l'*up front* è solo la modalità del pagamento (in un'unica soluzione anziché in più) che non muta la causa del contratto⁵²¹. Tuttavia ci si permette di obiettare che il problema non è se lo *swap* sia o meno un finanziamento, bensì se sia un finanziamento *up front*, che dello *swap* rappresenta una parte, e ciò per due distinte ragioni. In primo luogo perché, se si tratta di finanziamento, occorre un apposito contratto di investimento munito di specifici requisiti di forma-contenuto; in secondo luogo perché occorre indagare *ex post* quale sia stata la misura degli interessi applicati, tanto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1284, ultimo comma c.c. (pattuzione scritta di interessi ultralegali) quanto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1815 c.c. (misura usuraria degli interessi). Entrambi i profili enunciati incidono prima sul giudizio di liceità dell'erogazione dell'accredito *up front* e poi sul successivo giudizio di validità della clausola *up front* presente nel contratto derivato così come rinegoziato, da condurre ai sensi dell'art. 1419, comma 1 c.c., e quindi verificando se la clausola, in ipotesi nulla, sia essenziale ed importi la nullità

⁵²⁰ Ad. esempio il finanziamento dei soci di società a responsabilità limitata, ai quali la disciplina è applicabile «in qualsiasi forma effettuati» (Così ai fini della postergazione del rimborso l'art. 2467 c.c.) ed il finanziamento al consumo che ricorre in presenza di «finanziamento o (...) analoga facilitazione finanziaria», così l'art. 121 t.u.b.

⁵²¹ Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, in *La responsabilità civile*, 2010, 821. S.V. sul punto la nota di L. ZAMAGNI – G. CEDRINI, *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale di Bologna 14712/2009 sulla qualificazione dell'up front e l'interpretazione della dichiarazione di operatore qualificato*, 24 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

dell'intero contratto⁵²². Pertanto, affermare che *l'up front* sia o meno un finanziamento non rileva solamente ai fini della qualificazione giuridica della commissione erogata, bensì incide fortemente sulla disciplina da applicare, in termini di vincolo di forma di cui all'art. 23 t.u.f. e ai fini, che in questa sede maggiormente interessano, della compatibilità con la legge sull'usura n. 108/1996.

Non esclude poi la natura di finanziamento dell'*up front* la circostanza che l'accredito coincida esattamente con l'addebito contestualmente effettuato: ciò in quanto l'addebito rappresenta il costo dell'estinzione del precedente derivato, sicché il successivo accredito dell'*up front* deve essere valutato alla luce della causa sua propria. Neppure varrebbe ad escludere la qualificazione in termini di finanziamento la circostanza che, in ipotesi, il nuovo derivato, che contiene la clausola *up front* e che nasce con la contestuale erogazione dell'*up front*, non incorpori “*con certezza*” la restituzione della somma erogata, per essere aleatorio al pari del resto del contenuto del contratto.

Difatti, è pacifico che la sussistenza, in un'operazione posta in essere dalla banca, di «un obbligo di restituzione, sia pure eventuale» comporta «esercizio del credito»⁵²³. E' pure pacifico che la natura di finanziamento dell'erogazione di somme sia pienamente compatibile con il carattere incerto della restituzione, come accade ad es. nella fattispecie del «mutuo *sub condicione* » o dei «contributi consortili che costituiscono una forma di finanziamento della società consortile che

⁵²² D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 5, 2011, pag. 604 e ss., secondo cui «per qualificare l'*up front* conviene muovere dalla considerazione, da un lato, del fatto dell'erogazione della provvista — che è contestuale alla pattuizione della clausola, a testimonianza del carattere di squisita realtà della fattispecie — dall'altro, che i termini economico finanziari del nuovo derivato, che contiene la clausola *up front* e che nasce con la contestuale erogazione dell'*up front*, incorporano la previsione della restituzione — maggiorata di un corrispettivo non evidenziato in contratto — della somma erogata».

⁵²³ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 208.

non genera alcun obbligo di remunerazione o di restituzione in favore del soggetto che li abbia versati »⁵²⁴

Ancora, in ottica contraria a qualificare l'*up front* come un finanziamento, si è espressa la dottrina che ha descritto l'*up front* come «una somma che dovrebbe esprimere una parte dei flussi positivi che, secondo la previsione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente». In altre parole, l'*up front* sarebbe nient'altro che una technicalità del derivato, il quale potrebbe tanto contenere condizioni tali da rendere *par, ab origine*, lo strumento, quanto condizioni incise dal riconoscimento anticipato di un *up front*⁵²⁵.

La spiegazione non pare tuttavia soddisfacente, sia perché è meramente descrittiva, sia perché trascura il fatto che se lo strumento adottato contempla l'erogazione di un *up front*. Ciò significa che l'investitore ha interesse a disporre di una somma di denaro - tipico il caso dell'*up front* riconosciuto al Comune in contemporanea alla conclusione del primo contratto derivato - o a rinviare nel tempo una perdita - tipico il caso dell'*up front* riconosciuto all'impresa in sede di rinegoziazione. In questo secondo caso, in particolare, affermare che l'impresa in sede di rinegoziazione avrebbe potuto concludere un contratto derivato senza l'erogazione dell'*up front* significherebbe trascurare che l'accredito dell'*up front* costituiva il motivo “unico”, per l'investitore, della conclusione del nuovo derivato. Mutuando la regola

⁵²⁴ Cass. Civ., 11 giugno 2004, n. 11081, in *Società*, 2005, 53. Non a caso l'intermediario, in vista della rinegoziazione, conduce un'indagine sul merito di credito dell'investitore.

⁵²⁵ *Contra*, tra le altre, Corte Appello Bologna 11 marzo 2014 - Pres. Colonna - Est. Guernelli in www.ilcaso.it. «In tema di contratti di *swap* stipulati con enti pubblici, la clausola di *up front* costituisce, proprio in ragione della sua natura aleatoria, una forma di indebitamento attuale o potenziale. La previsione del premio di liquidità, risolvendosi in un anticipato versamento di fondi, che sconta l'attualizzazione sui relativi tassi contrattuali a carico della controparte o che si ripercuote sullo spread, consiste in un'operazione analoga alla contrazione di un mutuo, laddove la sua concessione comporta un tasso o uno spread che attualizza il premio corrisposto in via anticipata dalla banca all'ente».

operazionale dalla collaudata giurisprudenza in materia di *lease back*, (vedi *infra*) si potrebbe affermare che l'*up front* sia un finanziamento, perché consente di rinviare la perdita nel tempo ed è erogato in presenza di «una situazione di credito e debito» tra l'intermediario e l'investitore la quale conduce a concludere un contratto derivato caratterizzato dalla «sproporzione» delle alee. Quindi, secondo quanto detto in apertura sulla nozione di “finanziamento”, anche *nell'up front* c'è l'assunzione di rischio nei confronti di un soggetto determinato⁵²⁶.

Da quanto precede emerge che l'erogazione del c.d. *up front*, contestuale alla conclusione del derivato rinegoziato, risulta essere collocata nell'originario programma delle alee. La clausola che lo disciplina è riconducibile alla fattispecie ben nota al legislatore e disciplinata dal t.u.f. come «servizio di investimento accessorio» consistente nella «concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari (i contratti derivati), nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento⁵²⁷.

Secondo altra impostazione *l'attività di* “concessione di finanziamenti” effettuata per consentire di realizzare un'operazione relativa a strumenti finanziari, potrebbe essere interpretata restrittivamente come riferita ai soli atti di finanziamento caratterizzati da un vincolo all'utilizzo della provvista. In tal caso, l'erogazione dell'*up front* non costituirebbe un finanziamento, perché l'investitore sarebbe libero di utilizzare la somma incassata a titolo di *up front* come crede.

Questa interpretazione tuttavia non pare condivisibile, non solo perché troppo restrittiva, ma anche perché ingiustificata, posto che l'espressione «per consentire di effettuare un'operazione relativa a

⁵²⁶ Cass. Civ., 28 giugno 2006, n. 14903, in *Mass. Giur.it*, 2006.

⁵²⁷ Art. 1, co. 6 lett. c) del t.u.f.

strumenti finanziari » consente un'interpretazione ampia del concetto e, soprattutto, non prevede un vincolo a carico dell'investitore bensì gli attribuisce una facoltà⁵²⁸.

Pertanto, a prescindere da altre considerazioni⁵²⁹, la clausola che prevede l'erogazione delle somme dovrebbe essere colpita da nullità testuale, non solo perché di solito non risulta per iscritto, ma anche perché non presenta - come invece dovrebbe essere per la concessione di un finanziamento - i requisiti di forma e di contenuto di cui all'art. 23 t.u.f. e all'art. 30 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, vigente all'epoca di massima esplosione del fenomeno "derivati".

In merito all'accertamento *ex post* della misura degli interessi applicati, deve essere condotto alla stregua della disciplina dei c.d. tassi soglia di cui alla L. 108/1996, atteso che l'intermediario, contestualmente alla conclusione del nuovo contratto derivato, « si fa (...) promettere (...) in corrispettivo di una prestazione di denaro (...) interessi o altri vantaggi » di cui occorre vagliare il carattere usurario tenendo conto che a tal fine rileva « qualsiasi forma »⁵³⁰ e così, ad es., le c.d. commissioni di intermediazione, che parimenti il contratto di *swap* potrebbe non avere disciplinato⁵³¹.

A tal proposito anche la più recente dottrina specialistica riconosce che, allorché sia ravvisabile rispetto alla semplice compensazione dell'anticipazione di flussi futuri, una eccedenza - quale che sia la dimensione della stessa - *l'up front* che caratterizza il nuovo

⁵²⁸ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, cit., 604 e ss.

⁵²⁹ S.V. l'ipotesi dell'eventuale sussistenza dell'illecito di c.d. concessione abusiva del credito su cui Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *www.ilcaso.it*, ed in dottrina F. DI MARZIO, *La concessione abusiva del credito*, Napoli, 2004.

⁵³⁰ In giurisprudenza è stato affermato che «ai fini della configurabilità del reato di usura è doveroso valutare» qualsiasi «forma di remunerazione di una prestazione di denaro, in quanto, diretta a remunerare la possibilità di accedere in qualsiasi momento al denaro medesimo»; così Trib. Verona, 21 settembre 2007, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce "Usura", n. 15.

⁵³¹ Uno spunto in P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., 430 ss.

contratto derivato deve qualificarsi come finanziamento con ogni conseguenza «vuoi in termini di eccesso di interesse vuoi, alternativamente o cumulativamente, in termini di applicazione di una commissione occulta»⁵³². Per “eccedenza” si intende l’addizione di un *quid pluris* (rispetto al) fisiologico recupero del differenziale versato in anticipo, e costituisce «*quid pluris*» qualsiasi voce o costo, quali costi di intermediazione, costi di *hedging*, rimborsi, remunerazione lorda, e così via⁵³³.

Si tratta di nullità che colpisce *una clausola dello swap, non lo swap*, ma che *si dovrebbe estendere all'intero swap*, ciò in quanto la risposta alla domanda “*perché* le parti hanno concluso il nuovo *swap*” è che esse lo hanno concluso per consentire all'investitore di non sopportare la perdita del derivato anticipatamente estinto. In altre parole, l'intermediario e l'investitore hanno concluso il contratto derivato “esclusivamente” perché lo strumento finanziario incorporava l'accredito dell'*up front*. Tale considerazione integra il presupposto dell'estensione della nullità di parte del contratto all'intero, ai sensi dell'art. 1419, comma 1 c.c.⁵³⁴, perché l'*up front* è, *dal punto di vista economico finanziario*, una *modalità tecnica dello scambio finanziario* (o una *entrata finanziaria*) e, *dal punto di vista giuridico*, un finanziamento che costituisce una componente integrante del derivato⁵³⁵.

Non parrebbe condivisibile, è stato affermato in dottrina, quella giurisprudenza che tende a riconoscere che la clausola, i cui effetti sarebbero vietati, tuttavia si sottrarrebbe alla nullità in ragione del suo c.d. “assorbimento funzionale” all'interno di una più ampia pattuizione.

⁵³² E. Girino, *op. cit.*, 482.

⁵³³ E. Girino, *op. cit.*, 481.

⁵³⁴ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, 865 e ss.

⁵³⁵ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, *cit.*,

Questo, infatti, non pare essere il caso dei contratti derivati rinegoziati, conclusi sulla scorta dell'erogazione dell'*up front*, dato che l'accredito iniziale e la restituzione di una maggior somma a titolo di restituzione e di interessi limitano o escludono in radice, quella dipendenza dall'andamento del sottostante - l'alea - di cui la funzione del tipo sociale del contratto derivato, comunque la si declini sul piano dei motivi, è tratto caratterizzante. In chiave di c.d. "assorbimento funzionale", è semmai la causa dei contratti derivati rinegoziati che resta assorbita nella causa del finanziamento, al pari del contenuto del contratto derivato rinegoziato, le cui formule, invece che riflettere la dipendenza dal sottostante, sono piegate all'esigenza di assicurare all'intermediario di recuperare il finanziamento e di trarne profitto⁵³⁶.

Anche sulla base delle chiarificazioni intervenute a livello legislativo (e confermate dalla Banca d'Italia), l'*up front* è da qualificarsi come un finanziamento implicito a fronte del quale la banca ha trattenuto somme a titolo di remunerazione di tale finanziamento in via anticipata.⁵³⁷

⁵³⁶ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, cit.,

⁵³⁷ Appare in proposito illuminante l'"*Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*" – Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziari della Banca d'Italia Daniele Franco – Commissione 6° del Senato della Repubblica (Finanze e Tesoro) – Senato della Repubblica 8.7.2009". In detto documento si legge testualmente quanto segue: pag.16: "...La legge finanziaria per l'anno 2004 ha definito cosa deve intendersi per indebitamento (art.3, comma 17, della legge 24.12.2003, n.350, e successive modificazioni). Attualmente sono incluse una pluralità di forme tecniche, tra le quali i mutui, le aperture di credito, i prestiti obbligazionari e alcune particolari tipologie di cartolarizzazione. Da ultimo il legislatore ha stabilito che anche l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate (*upfront*) rappresenti una forma di indebitamento..."; pag.24: "...Nella primavera del 2008 l'Eurostat ha chiarito che fra i prestiti devono essere inclusi gli anticipi (o *upfront*) ricevuti dalle Amministrazioni pubbliche al momento della stipula di un contratto derivato..."; pag.33: "...Infine, i contratti finanziari derivati possono essere impropriamente impiegati, invece che per fini di copertura, per reperire risorse finanziarie aggiuntive. Qualora, in base al contratto, l'ente riceva un flusso netto di risorse nel periodo iniziale e sia un pagatore

Peraltro, anche la Giurisprudenza⁵³⁸ e la Dottrina⁵³⁹ più attente avevano già puntualmente sottolineato la natura di finanziamento dell'*up-front*.

Ebbene tale accredito è di fatto un “prestito” erogato dalla banca al cliente e quindi, non ha valore di compensare l’addebito del precedente *swap* contestualmente fatto risolvere dalla banca.⁵⁴⁰

Altrettanto puntuali sono le conferme in Dottrina.⁵⁴¹

Dall’analisi dei contenziosi bancari degli ultimi anni e dalle indagini peritali, è emerso che vi fossero degli strumenti per verificare le possibilità di restituzione del capitale erogato e degli interessi (anche usurari). E’ infatti possibile distinguere lo *Swap* dal finanziamento (*up-front*) tramite alcune operazioni di carattere finanziario ed oggettivo:

1) attraverso un processo iterativo si determina, con l’impiego della curva zero rate *Swap*, lo *spread* che, sottratto al tasso

netto negli anni successivi, il derivato incorpora un finanziamento implicito dall’intermediario all’ente. In generale la componente di finanziamento dello strumento, così come i relativi costi, non sono esplicitamente evidenziati nei contratti...”

⁵³⁸ Cfr. ad es. Corte d’Appello di Milano – n.2709/07, *nel caso di specie, la possibilità data all’attrice di sottoscrivere nuovi contratti di swap, a chiusura di precedenti, con accredito di c.d. up-front (utilità concessa alla specifica sottoscrizione), è venuta a costituire una sorta di operazione creditizia, comportante articolazione di contrattazioni via via più complesse...*; Trib.di Torino 18.9.2007 entrambe in www.ilcaso.it) ha rilevato la valenza creditizia dell’*up-front*, ritenendo, in un caso del tutto analogo a quello in esame, che l’*up-front* finanziava il costo di chiusura del precedente derivato, nell’ambito delle c.d. rimodulazioni/ rinegoziazioni dei derivati

⁵³⁹ Cfr. D. MAFFEIS *op. cit.*, R. MARCELLI, *op.cit.*

⁵⁴⁰ Trib. Torino 5928/07

⁵⁴¹ E’ stato poi affermato in Dottrina quanto segue relativamente alle c.d. “commissioni occulte”: “Inutile dire che anche in queste ipotesi, si tratta di oneri “impropri” – certamente usurari secondo le disposizione della l.108/96 applicati unilateralmente e arbitrariamente dalle banche ai clienti senza un rapporto diretto con una controprestazione fornita in cambio, senza una giustificazione ad essi sottesa senza un consenso espresso da parte dei sottoscrittori” (P. DAGNA, *Profili civilistici dell’usura, op. cit.*, 430 ss). Appare poi evidente che se la banca eroga l’*up-front* la stessa deve trovare una remunerazione in tale finanziamento. Fa pagare trimestralmente gli interessi e/o si trattiene una parte dell’*up front* dovuto rendendo più rischioso il parametro cliente del derivato rimodulato, Cfr. anche R. MARCELLI, *L’usura nei derivati otc up-front e valore di chiusura, cit.*

posto a carico del cliente, rende “*par*” il contratto *Swap* privo di *up-front*;

2) con lo *spread* così individuato, si determina, riferendolo al nozionale, il piano di ammortamento del finanziamento costituito dall’*up-front*, esteso sull’arco di tempo dello *swap*;

3) sul piano di ammortamento così determinato si calcola il tasso di interesse implicito, corrispondente al finanziamento dell’*up-front*.

Con la procedura sopra indicata si consegue una puntuale distinzione della componente propriamente commutativa da quella aleatoria del derivato e risulta necessario, curare una oggettiva e corretta verifica del rispetto delle soglie usuarie⁵⁴².

Si rinvia per gli opportuni approfondimenti agli stralci della perizia di seguito riportata.

6. *Up front* e usura.

Come precedentemente ricordato, la digressione svolta sulla natura giuridica dell’*up front* quale forma di finanziamento o meno, non rileva a livello puramente teorico, bensì, il qualificare una data operazione o rapporto negoziale come “finanziamento” assume rilievo in forza delle implicazioni in termini di calcolo dell’usura di cui al combinato disposto degli artt. 1815 c.c. e 644 c.p.

Anche sulla base delle chiarificazioni intervenute a livello legislativo (e confermate dalla Banca d’Italia), nonché degli orientamenti Giurisprudenziali già citati nel presente atto, si ritiene corretto ritenere che l’*up front* debba essere qualificato come un finanziamento implicito a fronte del quale la banca ha trattenuto somme

⁵⁴² Cfr. R. MARCELLI, *L’usura nei derivati: l’up-front e l’arbitraggio disciplinare*, 29 giugno 2012, in www.studiomarcelli.com, 61 e ss.

a titolo di remunerazione di tale finanziamento in via anticipata⁵⁴³, determinando in tal modo l'esigenza del rispetto delle soglie usurarie.

Anche se si volesse sostenere la tesi formalistica, a parere di chi scrive non condivisibile, secondo cui gli *up-front* non potrebbero configurare il reato d'usura in quanto non previsti espressamente fra le categorie e classi di operazioni indicate nelle rilevazioni periodiche delle soglie usurarie da parte del Ministero competente, sarebbe possibile replicare che potrebbero comunque essere ricompresi nella categoria residuale "anticipi sconti commerciali e altri finanziamenti alle imprese effettuati da banche".

E' poi del tutto evidente che la fattispecie dell'usura, come ricordato nel primo capitolo della presente trattazione, a seguito delle modifiche avvenute nel 1996, non è più necessariamente legata all'esistenza di un rapporto di credito in senso formale. I termini usati dal legislatori intendono in effetti evitare che le ipotesi di usura possano essere a priori eluse sulla base del mero *nomen iuris* del contratto o del rapporto intercorso fra le parti.⁵⁴⁴ Come ricordato, la legge 108/96 ha

⁵⁴³ Cfr. "Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni - Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia Daniele Franco, Commissione 6° del Senato della Repubblica (Finanze e Tesoro), 2009, in www.bancaditalia.it."

⁵⁴⁴ In tema di usura in dottrina è stato quanto segue: «E' bene sottolineare fin da subito che, in ogni caso, gli interessi usurari e il loro relativo trattamento civilistico, se pure collocati nel codice civile tra le disposizioni relative al mutuo, devono valere per ogni rapporto contrattuale produttivo di interessi e, quindi, per l'interesse usurario generalmente considerato ovvero a prescindere dai livelli di usura che si manifestano in concreto, del resto il legislatore cancellando il debito da interessi con la modifica dell'art.1815, 2° comma non ha fatto distinzioni di sorta (...) sulla base del nuovo testo dell'art.644 c.p. - come si può notare ancora una volta che piano civile e piano penale sono strettamente connessi - la prestazione dell'usurario non è più (come nella precedente fattispecie di reato) "denaro o altra cosa mobile" ma è, invece estesa, a ogni "utilità"; altresì la controprestazione può consistere non solo in interessi, ma anche in altri vantaggi o compensi». Secondo l'autore si può sostenere l'estensibilità della predetta legge anche a contratti diversi dal mutuo, anche alla luce di quanto si rinviene dai lavori preparatori alla legge 108/96 ove si legge che «il legislatore si proponeva di colpire il fenomeno usurario in tutte le sue manifestazioni e non solo in

modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche in cui si esplicita il fenomeno, anche forme di usura che potrebbero perseguire, attraverso l'esercizio legale del credito, interessi diversi ed opposti al progresso dell'economia nazionale⁵⁴⁵. Dalla lettura della norma di riferimento (art. 644 c.p.) si avverte che la sua finalità è anche quella di impedire che si possa "surrettiziamente" realizzare una "usura solo apparentemente lecita".

Come già ricordato, è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione⁵⁴⁶, la quale ha affermato principi di carattere generale, che non possono intendersi limitati alla c.d. CMS (commissione di massimo scoperto). Ha infatti stabilito la Corte che le interpretazioni della Banca d'Italia, non devono essere considerate vincolanti. Ciò in quanto l'art. 644 c.p., nel pieno rispetto del principio di riserva di legge, ha demandato al Ministero del Tesoro e alla Banca d'Italia, solo il compito di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari, senza aver alcuna competenza nel definire le modalità di calcolo del tasso di usura e su quali elementi dovessero essere ricomprese nel conteggio. Tale attribuzione è conferita al solo legislatore, il quale, all'articolo 644 c.p., ha espressamente indicato che devono essere ricompresi tutte «...le commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito...».

quelle più tradizionali (fra le quali il contratto di prestito) tanto che erano state individuate e classificate tutta una serie di operazioni finanziarie dalla gamma contrattuale abbastanza ampia tali da ricomprendere fattispecie ben diverse dal mutuo». P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit. p.54 e segg.

⁵⁴⁵ Cfr. Cass. Pen. n. 20148 del 2003, cit. «...giacchè accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare gestione dei mercati finanziari».

⁵⁴⁶ Cass. Pen., del 26.3.2010 n.12028, cit.

I termini usati dal legislatori intendono in effetti evitare che le ipotesi di usura possano essere a priori eluse sulla base del mero *nomen iuris* del contratto o del rapporto intercorso fra le parti⁵⁴⁷.

7. Ulteriori profili di illegittimità.

Abbiamo già accennato alle questioni relative alla scarsa trasparenza palesata ai clienti sulle operazioni e sui rischi connessi (si pensi al ricorso ad un'alta leva finanziaria), nonché delle modalità con cui esse sono state concluse e all'uso improprio che se ne è fatto⁵⁴⁸. Si è parlato del problema della causa dell'*up front*; dei rischi connessi al vortice delle ristrutturazioni che spesso sono state attuate; dei possibili accordi elusivi o peggio tra intermediario e cliente (forse finalizzati a

⁵⁴⁷ E' poi del tutto evidente che la fattispecie dell'usura a seguito delle modifiche avvenute nel 1996 non è più necessariamente legata all'esistenza di un rapporto di credito in senso formale. Tali principi trovano ampia conferma nella già ricordata ordinanza del GIP di Tribunale di Napoli 26 maggio 2008, *cit.* in cui è stata affrontata tale tematica che ruotava attorno al quesito se la CMS rientrasse oppure no nel TEG ai fini del calcolo del superamento del tasso soglia. Il Giudice ha statuito letteralmente quanto segue: «Una cosa è certa: quando il legislatore del 1996 modificò l'art. 644 c.p. e incluse il calcolo anche delle "commissioni" nella determinazione dell'interesse usurario praticato, la parola "commissione" non fu adoperata a caso o in senso generico, ma esisteva già nella prassi bancaria in riferimento proprio alla commissione di "massimo scoperto (...) La Banca d'Italia prima del 2005 aveva evidentemente "chiuso un occhio" sulla vicenda ma fu indotta ad aprirlo, emanando una circolare non più procrastinabile, dai procedimenti penali che incominciarono a moltiplicarsi oltre che dalle controversie civili. Ma questo anomalo comportamento non può scriminare comportamenti chiaramente illeciti anche dal punto di vista penale, essendo chiara, come si è dimostrato, la disciplina penale ed altamente specializzata la qualità degli indagati. (...) La legge penale sull'usura ha inteso punire chi si fa dare o promettere interessi superiori ai limiti stabiliti dalla stessa legge, calcolando nell'interesse praticato anche le "commissioni, remunerazione a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito"».

⁵⁴⁸ V. BUFFACCHI, *Derivati e Pmi, nuovo allarme*, in *Il sole 24 Ore*, 27 novembre 2004. L'autrice ricostruisce lo scenario in cui si sono diffusi i derivati e gli effetti dell'uso improprio degli stessi che avrebbe provocato un fenomeno atipico indicato come "*la bolla nella bolla*", generatosi da un "*micidiale mix di copertura e speculazione*" che ha generato perdite molto consistenti a carico di piccole e medie imprese.

non far apparire le perdite di bilancio rinviandone l'esplicitazione, con possibili implicazioni anche penalistiche come il concorso in falso in bilancio). Si è accennato al problema del conflitto di interessi; dei costi occulti, e dei problemi di forma scritta *ad substantiam*⁵⁴⁹, ma si possono evidenziare altri aspetti di dubbia legittimità, tra questi il mancato versamento dei margini di garanzia: ai sensi dell'art. 70 del TUF “la Banca d'Italia d'intesa con la Consob, può disciplinare il funzionamento di sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari, anche prevedendo che i partecipanti al sistema effettuino versamenti di margini o altre prestazioni a titolo di garanzia dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione al sistema stesso. Le garanzie previste non possono essere distratte dalla destinazione prevista né essere soggette ad azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori del singolo partecipante o del soggetto che gestisce il sistema, anche in caso di apertura di procedure concorsuali”.

L'organismo di gestione dei sistemi di compensazione e garanzia è la Cassa di Compensazione e Garanzia s.p.a. istituita nel 1992. L'art. 70 t.u.f. prevede l'obbligo per i partecipanti al sistema di compensazione e garanzia di procedere al versamento dei margini di garanzia in presenza di operazioni su derivati. La *ratio* è quella di ripartire il rischio di credito fra gli aderenti al sistema. Si ritiene inoltre che l'ulteriore effetto (e al contempo *ratio*) dell'obbligo di versamento dei margini di garanzia sia “*quello di contenimento dell'impiego ai fini meramente speculativi dei contratti derivati (e in particolare del*

⁵⁴⁹ Sicuramente del contratto quadro ma non necessariamente della singola operazione ove il contratto quadro prevedesse forme alternative a quella scritta. Questa interpretazione è tratta da quanto affermato dalla giurisprudenza di merito: Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 2189; Trib. Venezia, 22 ottobre 2004, dep. 22 novembre 2004, n. 2654, Giudice Caprioli, in *Contratti*, 2005, 5 con nota di MAFFEIS.

contratto future) sul presupposto che maggiore è la misura del margine, minore sarà l'interesse dello speculatore". L'effetto immediato e diretto è quello di ridurre il rischio di inadempimento (e dunque il rischio sistemico)⁵⁵⁰. In via generale non risulta che le banche abbiano ottemperato spesso all'obbligo previsto da tali norme, obbligo che in modo evidente è ispirato alla finalità di prevenire ed evitare quello che invece si è puntualmente verificato: l'utilizzo spregiudicato e generalizzato di contratti derivati con finalità speculativa, con la lievitazione di rischi non più controllabili e, in definitiva, con i risultati disastrosi per le imprese e per lo stesso sistema bancario denunciati dalla stampa. E' ovvio che il versamento dei margini di garanzia avrebbe fatto desistere le imprese dal concludere sempre nuovi contratti o quanto meno avrebbe richiamato l'attenzione delle stessa sulla loro rischiosità. Il mancato versamento dei margini di garanzia pone seri dubbi sulla liceità stesa dell'operatività in derivati che, in alcuni casi, assumerebbero la veste di operazioni di finanziamento non formalizzate (e quasi occulte).

Considerato quello che è stato il *modus operandi* delle banche, viene spontaneo chiedersi se l'omesso versamento dei margini di garanzia attenga ad un comportamento doloso e non semplicemente colposo.

Non è questa la sede per analizzare tutti i risvolti del fenomeno. Si può comunque affermare che tale obbligo deve ritenersi sussistente per tutte le operazioni in contratti derivanti, stante la finalità pubblicistica sottesa.

⁵⁵⁰ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Testo Unico della Finanza*, Utet, 2002, *Vol. Intermediari e mercati*, sub art. 70, p. 583.

8. La ricostruzione dell'operatività in derivati con l'ausilio di analisi applicative. Analisi applicativa n. 1: "Derivati e plurime rimodulazioni."

Dopo questa analisi sulla natura giuridica e sui profili di legittimità o meno della commissione *up front*, sembra opportuno riportare alcuni stralci di un'analisi tecnica realizzata in occasione di una consulenza tecnica di parte⁵⁵¹ nel corso di un contenzioso in tema di derivati (con alcuni adattamenti necessari per al presente elaborato), in cui la Società aveva dovuto provvedere a plurime rinegoziazioni per tentare di contenere le ripetute perdite che si erano manifestate.

Nel caso specifico, la Società aveva stipulato un primo contratto *Swap*, successivamente rinegoziato per ben dieci volte.

La perizia mostra l'aumento esponenziale dei costi e delle commissioni occulte prodottesi a fronte delle ripetute rimodulazioni, e il superamento delle soglie usuarie a causa della spirale di *up front*, commissioni, costi ed interessi accumulati passivi nelle varie operazioni di rimodulazione, fino a determinare una perdita complessiva di circa 559.000 euro per la Società.

Oltre ai grafici e alle relative esplicazioni, si riportano alcuni stralci della parte narrativa dell'analisi applicativa, che paiono molto utili per una migliore comprensione della problematica (al tempo dei fatti di causa era in vigore la delibera Consob n. 11522/1998).

Al momento della sottoscrizione, un contratto di *Swap* non richiede, alle parti, il pagamento di alcun prezzo, ed il suo valore alla stipula **deve essere**

⁵⁵¹ Si Ringrazia la Società *Zucchinali & Partners S.r.l.*, autorevole consulente indipendente, che ha gentilmente e disinteressatamente concesso la perizia riportata, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

sempre nullo in base al Regolamento Consob 11522/98, per garantire l'equilibrio finanziario tra le controparti:

“Alla stipula del contratto, il valore di uno swaps è sempre nullo ma esso può assumere rapidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto.”⁵⁵²

Se le formule matematiche dei parametri scambiati sono squilibrate, l'equilibrio finanziario deve essere ripristinato attraverso una somma di denaro, che prende il nome di **up-front**, versata alla stipula del contratto dalla parte avvantaggiata all'altra controparte.

In realtà le banche raramente riconoscono ai clienti l'intero up-front calcolato secondo i modelli di valutazione del valore di mercato, ma ne trattengono una parte come margine, che viene detto “commissione implicita” o più comunemente “**commissione occulta**”, che corrisponde all’“interesse” del finanziamento implicito.

Solitamente l'up-front viene erogato dalla Banca al Cliente per cancellare un precedente derivato in perdita: in questo caso l'up-front si configura come un **finanziamento** concesso dalla Banca al Cliente ai sensi dell'art. 47 del Regolamento⁵⁵³.

In assenza di **up-front**, per poter determinare le caratteristiche del finanziamento implicito contenuto in ogni derivato è necessario effettuare in via preliminare l'**unbundling** dello strumento finanziario, cioè la scomposizione nelle componenti derivate elementari.

⁵⁵² Regolamento Consob 11522 del 01/07/1998: allegato 3 – Parte B – Art. 4.1 - i contratti di *swaps*.

⁵⁵³ Come ricordato, l'art. 47 comma 2, Regolamento Consob 11522 del 01/07/1998: «Configura concessione di finanziamenti l'effettuazione di operazioni di pronti contro termine, di riporto, di prestito titoli e di ogni altra operazione finalizzata all'acquisizione da parte dell'investitore a titolo di provvista di somme di denaro o strumenti finanziari contro pagamento di un interesse: il cui ricavato sia destinato all'esecuzione di operazioni relative a strumenti finanziari nelle quali interviene l'intermediario».

In ogni derivato sono infatti presenti una o più componenti derivate che costituiscono l'obiettivo reale, spesso inconsapevole, per il Cliente. Di solito rappresentano la copertura di un rischio (di tasso, di cambio, ecc.) e sono definite "componenti positive" della struttura derivata in quanto vengono implicitamente acquistate dal Cliente e formano il suo portafoglio di copertura. Per finanziare l'acquisto delle "componenti positive", il derivato deve essere strutturato con l'inserimento di apposite "componenti negative", che vengono implicitamente vendute dal Cliente, e che rappresentano il modo in cui la Banca fornisce al Cliente la somma necessaria.

La Banca costruisce quindi in ogni derivato un **finanziamento implicito** al Cliente, mediante un'opportuna composizione di componenti derivate positive e negative, oppure mediante l'erogazione materiale di un **up-front** corrispondente alle perdite di un precedente derivato da cancellare.

In generale le condizioni economiche del finanziamento implicito non sono comunicate ai Clienti, in violazione a quanto disposto dall'Art. 47 comma 1 del citato Regolamento Consob.”

PARTE II - CARATTERISTICHE DEI CONTRATTI

1.1 Asimmetria dei contratti.

L'analisi sull'asimmetria dei contratti permette di individuare, indipendentemente dalla probabilità di ogni singolo evento, quali siano tutti i risultati possibili a scadenza e quali di questi sono favorevoli o sfavorevoli al Cliente. Il rapporto tra risultati favorevoli e sfavorevoli determina un indice che può essere utilizzato per verificare cosa succede se, in seguito a mutamenti delle condizioni di mercato, lo scenario inizialmente più probabile non dovesse realizzarsi.

Dall'esame effettuato risulta che i contratti stipulati dalla Società non sono contratti equilibrati, ma presentano nella maggior parte dei casi una forte

asimmetria a favore della Banca. Nel diagramma sottostante si riporta il risultato dell'analisi, che individua mediamente solo il 19,09% di possibilità positive per la Società:

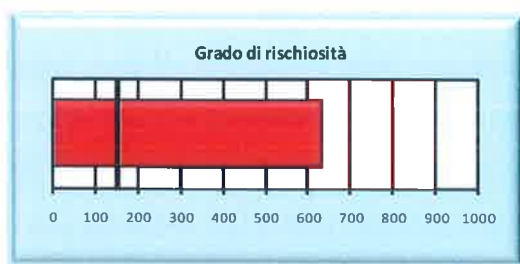


Indici di asimmetria medio

1.2 Rischiosità

Una seconda indagine effettuata si riferisce alla rischioosità potenziale delle strutture con riferimento all'esistenza di un sottostante da coprire, alla durata del contratto ed alla eventuale stipula di opzioni "esotiche".

I risultati dell'analisi sono riportati nel seguente diagramma che indica una rischioosità media di 629 punti: si tenga presente che l'acquisto di una struttura di copertura semplice, di durata 3 mesi e con un nozionale pari al 50% del sottostante avrebbe una rischioosità pari a 150 punti di score.



Indici di rischioosità medio

Determinazione del danno per la Società

La Società ha complessivamente pagato negli anni 493.794,06 Euro, al netto delle somme incassate come flussi di interessi o sotto forma di up-front. Gli interessi sulle somme indebitamente pagate, calcolati al tasso legale tempo per tempo vigente, ammontano ad Euro 65.370,89. Il danno complessivo subito è, allo stato attuale, pari a circa:

559.000 Euro

ANALISI DETTAGLIATA DEI CONTRATTI DERIVATI STIPULATI:

1.3 Struttura dell'indebitamento

La Banca ha proposto i derivati come “copertura assicurativa” in relazione agli affidamenti generici rilevati dalla stessa sul report mensile della Centrale dei Rischi della Banca d'Italia che, con riferimento a momento della stipula del primo derivato, riporta un totale fidi di circa 31 milioni di Euro utilizzati per circa 17 milioni.

Tuttavia, tenuto conto che la Centrale dei Rischi non fornisce alcuna informazione riguardante la tipologia del tasso (fisso o variabile) degli affidamenti, ed in considerazione del fatto che non è stato acquisito nessun documento comprovante l'espletamento da parte della Banca delle doverose indagini conoscitive, in merito alle caratteristiche dei finanziamenti e/o affidamenti concessi da altri istituti di credito alla Società, **non è possibile considerare i derivati in esame collegati all'indebitamento medio di sistema.**

I derivati stipulati devono pertanto essere ricondotti esclusivamente all'indebitamento con le banche interessate.

Al momento della stipula però gli affidamenti concessi dalla Banca alla Società ammontavano a circa 1,6 milioni di Euro, utilizzati soltanto per 761.257 Euro (dati di Centrale Rischi) totalmente a breve termine, molto inferiore al nozionale di 2.582.265 Euro del derivato, che risulta evidentemente sovradimensionato rispetto alle passività da coprire.

Anche i derivati successivi, proposti nel tempo alla Società, hanno sempre avuto un nozionale superiore ai debiti complessivi con la Banca, e non appaiono quindi coerenti con la struttura dell'indebitamento. Inoltre sono tutti di tipo bullet, cioè con nozionale costante, non adatti a coprire i rischi correlati ad eventuali passività a medio lungo termine. Infine, considerato la durata contrattuale dei derivati era compresa tra i tre ed i dieci anni, non è possibile pensare ad una correlazione coi debiti a breve termine.

Risulta quindi evidente che, indipendentemente dalle formule contrattuali

che saranno esaminate più avanti, **tutti i derivati stipulati devono essere considerati come una pura speculazione sull'andamento dei tassi di interesse.**

Fatte queste considerazioni si sottolinea, infine, che il nozionale dei derivati è stato mediamente da 3 a 7 volte l'importo dell'indebitamento complessivo con la Banca.”

1.4 CVX Swap

In data 28 marzo 2001 la Società ha sottoscritto con la Banca un primo contratto Swap con un nozionale di circa 2,6 milioni di Euro con durata tre anni, coerente con un indebitamento a medio termine di tipo bullet. Visto che la Banca non ha svolto nessuna indagine volta a verificare l'esistenza di debiti bullet a tasso variabile, **l'operazione assume la natura di una speculazione** sull'aumento dei tassi di interesse, non richiesta dal Cliente.

La struttura è infatti composta da un Interest Rate Swap scalettato a step successivi pari a 3,80%-5,75%-5,90% e dalla contemporanea vendita di opzioni Cap con strike 6,50%-6,80%, sia plain vanilla che digitali, ed è costruita in modo da rendere difficoltosa la comprensione dell'effettivo andamento rispetto ai tassi di mercato, oltre ad essere poco trasparente nel prezzo.

1.5 CMX Swap

In data 26 giugno 2000 la Banca propone la sostituzione del precedente contratto con un nuovo swap con nozionale bullet, non coerente con l'indebitamento aziendale. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.**

Questa rinegoziazione consiste soltanto nel cambio del Parametro Banca che, a partire dal 07/08/2000, viene trasformato in una formula legata al tasso swap a 30 anni, con un diverso tipo di aggiustamento del moltiplicatore del calcolo degli interessi del parametro Banca, che passa da act/360 a 30/360. Questa sostituzione causa una immediata perdita di valore dello strumento stimata in oltre **41.600 Euro** a sfavore del Cliente.

1.6 CVY Swap

In data 11 aprile 2001 la Banca propone la sostituzione del precedente contratto con un nuovo swap con nozionale bullet, non coerente con l'indebitamento aziendale. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.**

Questa rinegoziazione consiste soltanto nel cambio del Parametro Banca che, a partire dal 07/02/2001, viene riportato alla formula originaria del primo contratto, cioè l'Euribor a tre mesi. Questa sostituzione causa una

immediata perdita di valore dello strumento stimata in circa **8.000 Euro** a sfavore del Cliente.

Da febbraio a luglio 2001 il mark to market della componente CMS (swap + floor) del precedente derivato è migliorato di 49.441 Euro. La Banca decide di riportare il derivato alle condizioni originarie, togliendo la componente CMS e prelevando una nuova commissione.

In pratica dal 17/07/2000 al 11/04/2001 con la doppia rinegoziazione del derivato, il Cliente si ritrova nella stessa situazione, senza aver beneficiato dell'andamento positivo della componente CMS: questo perché le commissioni occulte prelevate dalla Banca coincidono esattamente (49.433 Euro) con il miglioramento sopra richiamato.

E' pertanto evidente come la Banca abbia utilizzato il Cliente come schermo per effettuare una propria speculazione sul mercato dei tassi, tenendo per sé gli utili e lasciando al Cliente le perdite: infatti la situazione della componente derivata residua è nel frattempo peggiorata di circa 70.000 Euro.

1.7 AMX Swap

Il 28 febbraio 2002 la Banca propone e fa sottoscrivere la sostituzione del contratto CVY Swap con un nuovo contratto, sempre con un nozionale costante, di importo pari a 3.000.000 Euro, molto superiore all'indebitamento aziendale verso la Banca. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.** Viene erogato un up-front di 60.700 Euro per finanziare i costi di cancellazione del contratto precedente.

La struttura del contratto si pone come uno scambio di flussi di cassa in cui i pagamenti del Cliente sono legati anche all'andamento dei tassi dollaro USA. Le perdite possono infatti diventare elevate in caso di incremento del Libor Usd 3m non seguito da un analogo aumento dell'Euribor 3m. Inoltre il Cliente incassa dalla Banca un parametro legato al tasso IRS a 30 anni, il cui andamento non è sempre in linea con gli aumenti dei tassi di breve termine anzi, in periodi di forte aumento dei tassi a breve è possibile che la parte a lungo termine della curva si deprima.

1.8 EX Swap

In data 23 maggio 2002 la Banca propone e fa stipulare al Cliente un nuovo contratto da affiancare all'esistente AMX Swap, allo scopo di mitigarne le perdite. L'EX Swap ha un nozionale di circa 1,5 milioni di Euro con durata cinque anni, coerente con un indebitamento a medio termine di tipo bullet. Visto che la Banca non ha svolto nessuna indagine volta a verificare l'esistenza di debiti bullet a tasso variabile, **l'operazione assume la natura di una speculazione** sull'aumento dei tassi di interesse, non

richiesta dal Cliente.

L'apparente semplicità del prodotto è annullata dalla presenza di una clausola finale molto speculativa, perché legata ad un importo di 15.000.000 di Euro, essendo presente un moltiplicatore 10x sul nozionale. Tale clausola rappresenta una forte scommessa sul differenziale tra il tasso Euribor ed il tasso swap a 30 anni, proposta dalla Banca nel tentativo di compensare gli effetti negativi delle perdite del precedente derivato, oltre che essere utile per nascondere la presenza di commissioni occulte.

1.9 AX Swap

In data 22 gennaio 2003 la Banca propone la sostituzione di entrambi i contratti in essere con un nuovo contratto di AX Swap, con nozionale bullet di 5,5 milioni di Euro ed una durata di cinque anni, non coerente con l'indebitamento aziendale. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.** Con questo nuovo contratto il Cliente incassa l'up-front di 91.000 Euro necessario per finanziare la cancellazione.

L'analisi dei parametri dello swap appare molto complessa in quanto sono presenti numerose barriere sia sul lato Cliente sia sul lato Banca, con livelli diversi nel tempo. Il contratto è rischioso per il fatto che i pagamenti diventano variabili in caso di aumento dei tassi di interesse; le perdite possono diventare elevate in caso di incremento del Libor Usd 3m non seguito da un analogo aumento dell'Euribor 3m.

1.10 SRX Swap

In data 27 maggio 2003 la Banca sostituisce il contratto AX Swap con un nuovo contratto, sempre con un nozionale costante pari a 5.500.000 Euro. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.** Viene erogato un up-front di 265.000 Euro per finanziare i costi di cancellazione del contratto precedente.

Il SRX Swap è un contratto che offre una protezione dal rialzo dei tassi ad un prezzo veramente eccessivo (2,75% all'anno) che potrebbe essere mitigato dall'andamento favorevole del parametro K. Questa ipotesi si verifica soltanto in caso di innalzamento della curva dei tassi, con probabile discesa dei tassi a breve: in tal caso la copertura risulterebbe però inutile.

1.11 XMAF Swap

Il 28 gennaio 2004 la Banca propone e fa sottoscrivere la sostituzione del contratto SRX Swap con un nuovo contratto, sempre con un nozionale costante, di importo pari a 5.500.000 Euro, molto superiore

all'indebitamento aziendale verso la Banca. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.** Viene erogato un up-front di 358.000 Euro per finanziare i costi di cancellazione del contratto precedente.

La struttura del contratto è molto simile a quella dell'AX Swap e si pone quindi come uno scambio di flussi di cassa in cui i pagamenti del Cliente sono legati anche all'andamento dei tassi dollaro USA. Le perdite possono infatti diventare elevate in caso di incremento del Libor Usd 3m non seguito da un analogo aumento dell'Euribor 3m. A differenza dell'Atlantic Swap, che presentava una penale solo al superamento di una barriera superiore, nel caso del XMAF Swap il Cliente pagherà una penale anche al raggiungimento della barriera inferiore.

1.12 FIX Swap

In data 2 luglio 2004 la Banca sostituisce il contratto XMAF Swap con un nuovo contratto, sempre con un nozionale costante pari a 5.500.000 Euro. **Anche questo contratto ha quindi, a priori, natura speculativa.** Viene erogato un up-front di 509.000 Euro per finanziare i costi di cancellazione del contratto precedente.

L'analisi dell'esperienza storica evidenzia come il Cliente sia esposto ad un elevatissimo rischio in caso di aumento dei tassi di interesse. Infatti, in presenza di una crescita dei tassi nominali, si è sempre assistito in passato ad un aumento del differenziale tra il tasso Euribor ed il tasso d'inflazione: pertanto il Cliente, oltre a pagare due volte il tasso Euribor vede ridurre la componente "inflazione" e quindi aumentare ulteriormente il suo Tasso Parametro. **In definitiva l'operazione non offre al Cliente alcuna protezione contro l'aumento del tasso Euribor.**

Inoltre il contratto prevede un forte sfasamento tra il momento di rilevazione dell'inflazione ed il momento del fixing "in-arrears" dell'Euribor: la differenza è di quindici mesi e quindi il Cliente rischia di pagare tassi elevati per una politica monetaria restrittiva volta a contenere l'inflazione ed incassare il tasso di inflazione di quindici mesi prima, non ancora "surriscaldato".

1.13 IRS VXY

In data 21 luglio 2005 la Banca sostituisce il contratto Formula Inflazione Swap con un nuovo contratto, con un nozionale costante pari a 5.000.000 Euro. Anche il parametro di riferimento dell'operazione, legato al differenziale tra l'IRS a 30 anni e l'IRS a 2 anni, non è coerente con le caratteristiche finanziarie del debito sottostante e pertanto **il contratto ha assunto una natura puramente speculativa.** Viene erogato un up-front di 542.000 Euro per finanziare i costi di cancellazione del contratto precedente.

L'analisi dei parametri dello swap deve essere divisa in due parti: la "Componente Euribor", costituita da un'opzione Cap acquistata dal Cliente, il cui premio viene finanziato dalla Banca e la "Componente CMS" che rappresenta una scommessa sull'andamento del differenziale tra due tassi, IRS a 30 ed IRS a 2 anni, di certo non collegabili a nessun tipo di finanziamento presente in azienda. Un'ulteriore complicazione è rappresentata dal meccanismo di **fixing "in arrears"** del parametro Cliente, che rende ancora più pericoloso lo strumento in caso di aumento dei tassi.

1.14 Conclusioni.

Nessuno dei prodotti esaminati è riferibile alla natura di copertura e rientrano quindi tutti nella sfera degli strumenti speculativi. Tutti i prodotti stipulati risultano complessi, poco trasparenti ed in prima battuta appaiono "costosi"; sono stati proposti dalla Banca in controtendenza rispetto alle aspettative del mercato ed appaiono rischiosi rispetto ad una copertura ideale; sono, infine, altamente asimmetrici e presentavano già alla stipula pochissime possibilità di guadagno per il Cliente.

Dal punto di vista dell'efficacia della speculazione appare strano che, su dieci prodotti consigliati dalla Banca, soltanto due abbiano avuto un risultato significativamente positivo per il Cliente.

Nel complesso l'operatività in derivati ha generato, ad oggi, perdite alla Società per un ammontare di circa **559.000 Euro.**"

Pertanto, le perdite subite dalla società derivano dall'applicazione di commissioni implicite sproporzionate rispetto alle effettive possibilità di guadagno dei contratti.

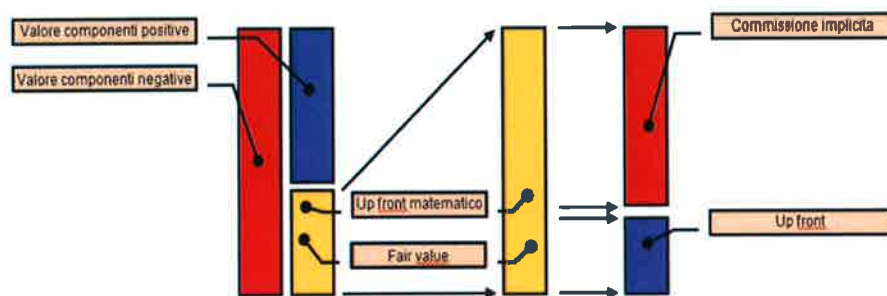
I risultati positivi sono stati annullati, e trasformati in risultati negativi per il cliente, dalla presenza delle commissioni occulte a favore della banca.

2 PARTE III - STIMA DELLE COMMISSIONI IMPLICITE

2.1 Schema della commissione implicita

I derivati collocati dagli intermediari alle imprese clienti sono, nella maggior parte dei casi, derivati complessi, il cui valore non è stimabile con l'applicazione di un'unica formula o modello. E' necessario quindi scomporre il derivato nelle sue componenti elementari e procedere con la valutazione utilizzando il modello adeguato.

Al momento della stipula ogni componente elementare può avere un valore di mercato positivo o negativo: il **fair value** dello strumento finanziario derivato si ottiene confrontando la somma delle **componenti positive** con la somma delle **componenti negative**, secondo lo schema seguente:



Nel caso rappresentato nel diagramma lo squilibrio matematico complessivo delle varie componenti del derivato porta ad un fair value negativo per il cliente. E' quindi necessario che l'intermediario, per ricostituire l'equilibrio dell'operazione, versi al cliente un importo pari al fair value che, in tal caso, prende il nome di **up-front matematico**.

Le banche non hanno quasi mai riconosciuto ai clienti l'intero up-front matematico. La differenza tra l'up-front matematico e l'**up-front** effettivamente erogato viene definita mark-up, più comunemente conosciuto con il nome di **commissione implicita** o commissione occulta.

2.2 Conclusioni

L'analisi numerica effettuata sui contratti stipulati tra la la Società e la Banca ha permesso di evidenziare, nella totalità dei casi, la presenza di **commissioni occulte** che hanno creato un disequilibrio a favore della Banca. Il margine di profitto per la Banca è oscillato **tra il 12% ed il 1416%** del valore del contratto precedente, con una media superiore al **200%**.

Nella tabella seguente vengono riassunte le commissioni implicite trattenute dalla Banca, contratto per contratto, al netto degli up-front tempo per tempo riconosciuti dalla Banca al Cliente.

TABELLA RIASSUNTIVA DELLE COMMISSIONI OCCULTE								
Data	Nozionale	Contratto	Contratto Precedente	Contratto Rinegoziato	Commissioni Occulte	% su nozionale	% sul valore	% sul precedente
07/02/2000	2.582.285	CVX Swap	0	-35.476	35.476	1,37%	100,00%	100,00%
17/07/2000	2.582.285	CMX Swap	-2.936	-44.538	41.602	1,61%	93,41%	1416,96%
11/04/2001	2.582.285	CVY Swap	-64.351	-72.192	7.841	0,30%	10,86%	12,18%
28/02/2002	3.000.000	AMX Swap	-60.858	-134.267	73.409	2,45%	54,67%	120,62%
23/05/2002	1.500.000	EX Swap	0	-44.174	44.174	2,94%	100,00%	100,00%
22/01/2003	5.500.000	AX Swap	-85.640	-178.424	92.784	1,69%	52,00%	108,34%
27/05/2003	5.500.000	SRX Swap	-225.097	-412.435	187.338	3,41%	45,42%	83,23%
28/01/2004	5.500.000	XMAF Swap	-322.758	-415.886	93.128	1,69%	22,39%	28,85%
02/07/2004	5.500.000	FIX Swap	-497.155	-569.185	72.030	1,31%	12,65%	14,49%
21/07/2005	5.000.000	IRS VXY	-501.007	-642.045	141.038	2,82%	21,97%	28,15%
					788.820	1,96%	51,34%	201,28%

Nella tabella successiva si riporta invece l'analisi della distorsione provocata dalle commissioni occulte sull'andamento dei valori di mercato delle operazioni stipulate.

DISTORSIONE DEL RISULTATO DI MERCATO PROVOCATA DALLE COMMISSIONI OCCULTE							
Nozionale	Contratto	Stipula	Incessi / Pagamenti	Cancellazione / mark to market	Risultato di mercato	Commissioni occulte	Risultato per il Cliente
2.582.285	CVX Swap	-35.476	-1.962,54	-2.936	+30.577	35.476	-4.899
2.582.285	CMX Swap	-44.538	12.722,98	-64.351	-7.090	41.602	-48.692
2.582.285	CVY Swap	-72.192	-39.744,67	-60.858	-28.411	7.841	-36.094
3.000.000	AMX Swap	-134.267	5.729,17	-101.949	+38.047	73.409	-41.071
1.500.000	EX Swap	-44.174	3.066,67	16.309	+63.550	44.174	+19.567
5.500.000	AX Swap	-178.424	4.468,75	-225.097	-42.204	127.327	-169.531
5.500.000	SRX Swap	-412.435	-21.450,55	-322.758	+68.226	182.677	-114.451
5.500.000	XMAF Swap	-415.886	0,00	-497.155	-81.269	93.128	-151.000
5.500.000	FIX Swap	-569.185	-12.894,14	-501.007	+55.284	101.128	-45.894
5.000.000	IRS VXY	-642.045	-405.694,58	-39.443	+196.908	141.038	+96.862
					293.618	788.820	-495.202

Dall'esame della differenza tra il valore di mercato alla stipula ed alla cancellazione, si può notare che quasi tutti i contratti hanno avuto, in assoluto, un andamento positivo o lievemente negativo in seguito ai favorevoli movimenti delle variabili di mercato sottostanti. I risultati

positivi sono stati però annullati, e trasformati in risultati negativi per il Cliente, dalla presenza delle commissioni occulte a favore della Banca.

E' evidente pertanto che le perdite subite dal Cliente derivano dall'applicazione di **commissioni implicite sproporzionate rispetto alle effettive possibilità di guadagno dei contratti.**

Si potrebbe meglio dire che la Banca ha effettuato con tempismo le numerose rinegoziazioni dei contratti, per poter trarre vantaggio dal favorevole andamento dei mercati, trattenendo però per se stessa i risultati positivi e lasciando al Cliente, nell'eventualità, i risultati negativi.

Come infatti è accaduto con il contratto IRS VXY del 21 luglio 2005, che ha amplificato notevolmente le perdite, inducendo la Banca a desistere dall'attività speculativa di rinegoziazione. In realtà quest'ultimo contratto, proposto dalla Banca con l'unico scopo di finanziare le perdite pregresse, non avrebbe avuto ragione di esistere se non fossero state applicate elevatissime commissioni occulte: al momento della stipula, infatti, il Cliente **sarebbe stato in guadagno di 100.000 Euro e non in perdita di 642.000 Euro**, e non avrebbe avuto la necessità di rinegoziare l'operazione.

Il grafico sotto riportato evidenzia, infine, la caratteristica principale dei prodotti proposti dalla Banca, cioè quella di "nascondere" il mark to market accumulato (linea blu), lasciando sempre il Cliente sulla linea di galleggiamento della parità, per quanto riguarda i pagamenti/incassi (linea verde). La linea rossa, che individua invece l'andamento delle commissioni occulte, ha un andamento sempre crescente, speculare all'andamento del mark to market.

In effetti fino all'inizio del 2007 i flussi di cassa erano stati nel complesso leggermente negativi per il Cliente, che quindi non si era ancora potuto rendere conto della situazione disastrosa che si era creata: difatti il mark to market, che non era mai stato comunicato fino ad allora dalla Banca, era già salito ad oltre 700.000 Euro, di poco inferiore all'importo progressivo

delle commissioni occulte accumulate dalla Banca.



Si vede chiaramente come la Banca, nel periodo 2000-2005, abbia approfittato dei movimenti di mercato favorevoli al Cliente per effettuare i propri elevati margini occulti, impedendo di fatto al Cliente di conseguire i risultati positivi che gli sarebbero spettati. A partire dal 2006 l'elevato valore raggiunto dal mark to market ha, di fatto, impedito alla Banca di proseguire con la politica delle rinegoziazioni.”

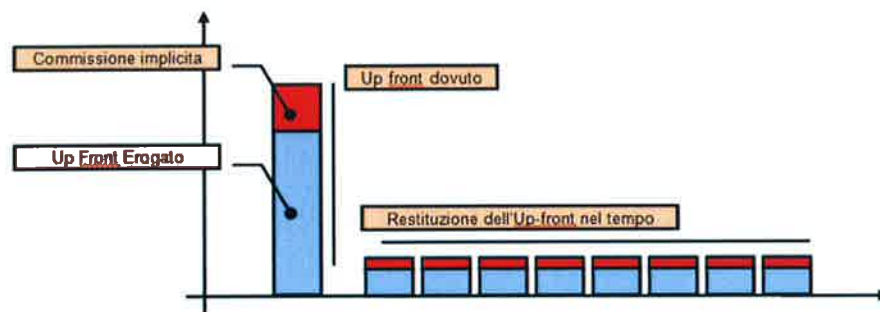
Pertanto, si è determinato, sotto vari profili, il superamento sistematico delle soglie usuarie di cui alla legge 108/96 ed all'art. 644 c.p.

PARTE IV – DERIVATI ED USURA

2.3 Ipotesi di usura nei finanziamenti impliciti

Di seguito si riporta lo schema di funzionamento del meccanismo dell'up-front, con la prevista restituzione nel tempo e con la decurtazione iniziale a favore della commissione implicita applicata dall'intermediario.

Le caratteristiche principali dei finanziamenti impliciti sono **l'importo**, determinato dal valore dell'up-front ricevuto al momento della stipula sommato al valore delle componenti positive del derivato, **gli interessi**, determinati dal valore della commissione implicita, **la durata e la periodicità**, pari a quelle del derivato ed **il tasso di interesse**, individuato dal calcolo *matematico*.



Per determinare le **rate** del finanziamento implicito, è necessario individuare il “PAR SWAP”, cioè un derivato del tutto simile alla struttura stipulata dal Cliente ma senza l'applicazione di alcuna commissione occulta.

In genere le due strutture si differenziano solo per uno spread fisso: in altre parole i due derivati, quello stipulato “NON PAR” e quello ricalcolato “PAR”, hanno lo stesso identico andamento in funzione delle variabili di mercato, per cui la loro differenza sterilizza la componente aleatoria: le differenze dei flussi dei due derivati, alle singole scadenze, sono **certi e predeterminabili** già al momento della stipula.

Pertanto, il risultato netto positivo per la Banca si realizzerà a qualsiasi livello si presentino i tassi di interesse alle scadenze prefissate: infatti il Cliente, in caso di andamento sfavorevole del mercato, pagherà più del dovuto rispetto all'ipotetico derivato PAR SWAP, mentre incasserà meno del dovuto nel caso opposto.

2.4 Estinzione anticipata dei derivati

L'estinzione anticipata di un derivato è un'operazione molto frequente per la maggior parte degli intermediari e dei clienti.

Al momento dell'estinzione anche il finanziamento implicito contenuto nel derivato viene estinto e pertanto la Banca **non dovrebbe contabilizzare** nel costo di cancellazione quella parte del mark to market associata alla quota interessi delle rate non ancora scadute.

Ciò significa che dal calcolo di attualizzazione dei flussi futuri, previsti al momento dell'estinzione, si dovrebbe togliere la parte destinata al pagamento degli interessi futuri, in quanto non più dovuti. In pratica l'intermediario, al momento della cancellazione, **dovrebbe restituire una parte della commissione implicita iniziale.**

2.5 Confronto con i tassi soglia

Si riporta nella tabella sottostante il confronto tra i tassi impliciti rilevati all'interno degli strumenti finanziari derivati ed il tasso soglia per la categoria **“anticipi, sconti commerciali e altri finanziamenti alle imprese effettuati dalle banche”**, sia nel caso di durata intera del derivato, sia nel caso della sua estinzione anticipata:

TABELLA RIASSUNTIVA DEGLI SPREAD PER IL RISCHIO DI CREDITO					
Elemento	Tasso Swap	S	Seff	λ	λ_{eff}
CVX Swap	5,00%	60,27%	452,04%	Default	Default
CMX Swap	5,54%	40,92%	152,00%	68,20%	Default
CVY Swap	4,41%	6,39%	12,78%	10,65%	21,30%
AMX Swap	4,73%	14,53%	80,71%	24,22%	Default
EX Swap	5,00%	17,91%	127,92%	29,85%	Default
AX Swap	3,51%	13,69%	228,22%	22,82%	Default
SRX Swap	2,96%	12,11%	86,51%	20,18%	Default
XMAF Swap	3,51%	5,07%	50,70%	8,45%	84,50%
FIX Swap	4,41%	1,35%	12,30%	2,25%	20,50%
IRS VXY	3,17%	3,09%	3,30%	5,15%	5,50%
Valori medi	4,22%	17,53%	120,65%	29,22%	Default

L'esame degli strumenti finanziari derivati stipulati tra la Società e la Banca evidenzia la presenza di finanziamenti impliciti sotto forma di up-front

erogati dalla Banca al Cliente, con **tassi elevati**, con punte che superano il **200%** ed una media pari al **53%**.

Il risultato è ancora più eclatante se si considera che tutte le operazioni, tranne le ultime due, sono state estinte anticipatamente, con gli interessi che si concentrano su un periodo più breve. La colonna “Tasso Rilevato - Estinzione” riporta infatti i tassi ottenuti distribuendo la commissione implicita sulla durata effettiva dei derivati. In questo caso la media sale al **700%** con punte sopra al **1000%**.

Infine, se si considerano il capitale e gli interessi rettificati per tenere conto dell'accumulo degli interessi capitalizzati nel “mark to market”, il tasso di interesse risulta ancora superiore; infatti il mark to market risulta composto anche da interessi anticipati (commissione occulta), percepiti ma non maturati a causa delle estinzioni anticipate dei contratti. In tutti i contratti rinegoziati le commissioni occulte accumulate erano superiori al mark to market, con un tasso di rendimento praticamente infinito.

Dai calcoli effettuati, eseguiti seguendo quanto dettato dalla Legge n.108/96, si deduce che l'ammontare delle commissioni implicite **ha determinato il superamento del tasso soglia in tutti i derivati osservati.**

2.6 Ipotesi di usura sulla globalità del rapporto

Per poter correttamente imputare al finanziamento sottostante gli oneri provenienti dagli strumenti finanziari derivati, si deve tenere conto della particolare conformazione di alcuni di essi, che erano costruiti in modo da spostare nel tempo i pagamenti dovuti. Occorre pertanto normalizzare i flussi di cassa generati, riequilibrando le competenze sui singoli trimestri in modo da avere una omogeneizzazione del costo sulla durata del contratto.

Questi dati sono stati inseriti nel prospetto di calcolo di seguito riportato e sommati agli interessi del finanziamento, per il dovuto confronto con i

tassi soglia di usura. Nella tabella sottostante si riporta un estratto dei conteggi effettuati.

PERIODO				TEG				
Anno	Trimestre	99	99	Numeri Debitori Complessivi	Utilizzo Complessivo	Tasso Soglia	TEG Calcolato	Verifica superamento Tasso Soglia
2000	31/03/2000	91	365	26.344.333	289.498	15,63%	17,82%	!! SUPERA !!
	30/06/2000	91	365	24.674.526	271.149	15,57%	19,13%	!! SUPERA !!
	30/09/2000	92	365	34.391.146	373.817	15,23%	15,95%	!! SUPERA !!
	31/12/2000	92	365	23.034.185	250.372	15,00%	21,48%	!! SUPERA !!
2001	31/03/2001	90	366	31.611.131	351.235	14,13%	17,14%	!! SUPERA !!
	30/06/2001	91	366	39.357.537	432.500	14,55%	16,03%	!! SUPERA !!
	30/09/2001	92	366	45.312.351	492.526	14,67%	14,48%	!! SUPERA !!
	31/12/2001	92	366	15.424.890	167.662	14,70%	28,54%	!! SUPERA !!
2002	31/03/2002	90	365	15.507.535	172.306	14,60%	27,92%	!! SUPERA !!
	30/06/2002	91	365	35.255.031	387.418	14,06%	15,91%	!! SUPERA !!
	30/09/2002	92	365	66.534.402	723.200	14,19%	14,15%	
	31/12/2002	92	365	35.958.337	390.851	13,89%	13,62%	

PERIODO				TEG				
Anno	Trimestre	99	99	Numeri Debitori Complessivi	Utilizzo Complessivo	Tasso Soglia	TEG Calcolato	Verifica superamento Tasso Soglia
2003	31/03/2003	90	365	30.428.538	338.095	14,25%	16,36%	!! SUPERA !!
	30/06/2003	91	365	52.325.415	575.005	14,13%	10,86%	
	30/09/2003	92	365	72.308.225	785.959	14,21%	9,42%	
	31/12/2003	92	365	33.792.571	367.311	14,16%	15,29%	!! SUPERA !!
2004	31/03/2004	91	365	33.248.600	365.369	14,27%	13,80%	
	30/06/2004	91	365	22.790.871	250.449	14,25%	19,24%	!! SUPERA !!
	30/09/2004	92	365	39.167.914	425.738	14,28%	21,05%	!! SUPERA !!
	31/12/2004	92	365	44.377.701	482.366	14,06%	10,86%	
2005	31/03/2005	90	366	32.354.322	359.492	14,07%	16,67%	!! SUPERA !!
	30/06/2005	91	366	32.286.818	354.800	14,24%	15,12%	!! SUPERA !!
	30/09/2005	92	366	48.953.682	532.105	14,37%	11,11%	
	31/12/2005	92	366	17.541.311	190.666	14,70%	26,04%	!! SUPERA !!
2006	31/03/2006	90	365	5.459.319	60.659	14,07%	69,38%	!! SUPERA !!
	30/06/2006	91	365	16.276.152	178.859	14,24%	25,37%	!! SUPERA !!
	30/09/2006	92	365	17.956.442	195.179	14,37%	23,31%	!! SUPERA !!
	31/12/2006	92	365	24.034.462	261.244	14,70%	19,96%	!! SUPERA !!
2007	31/03/2007	90	365	31.619.454	351.327	14,07%	15,93%	!! SUPERA !!
	30/06/2007	91	365	17.588.012	193.275	14,24%	25,84%	!! SUPERA !!
	30/09/2007	92	365	16.927.318	183.993	14,37%	27,14%	!! SUPERA !!
	31/12/2007	92	365	1.109.024	12.055	14,70%	! >100% !	!! SUPERA !!

PERIODO				TEG				
Anno	Trimestre	99	99	Numeri Debitori Complessivi	Utilizzo Complessivo	Tasso Soglia	TEG Calcolato	Verifica superamento Tasso Soglia
2008	31/03/2008	91	365	11.310.713	124.294	14,07%	39,82%	!! SUPERA !!
	30/06/2008	91	365	27.171.048	298.583	14,24%	21,43%	!! SUPERA !!
	30/09/2008	92	365	40.100.906	435.879	14,37%	14,99%	!! SUPERA !!
	31/12/2008	92	365	17.106.931	185.945	14,70%	28,32%	!! SUPERA !!
2009	31/03/2009	90	366	18.107.174	201.191	14,07%	31,60%	!! SUPERA !!
	30/06/2009	91	366	23.103.574	253.885	14,24%	20,85%	!! SUPERA !!
	30/09/2009	92	366	28.469.593	309.452	14,37%	13,59%	!! SUPERA !!
	31/12/2009	92	366	16.190.026	175.979	14,70%	23,84%	!! SUPERA !!
2010	31/03/2010	90	365	10.290.142	114.335	15,07%	35,70%	!! SUPERA !!
	30/06/2010	91	365	14.308.705	157.239	15,08%	26,35%	!! SUPERA !!
	30/09/2010	92	365	34.027.744	369.867	15,10%	11,68%	!! SUPERA !!
	31/12/2010	92	365	19.260.805	209.357	14,70%	20,44%	!! SUPERA !!
2011	31/03/2011	90	365	16.842.556	187.140	15,11%	23,54%	!! SUPERA !!
	30/06/2011	91	365	21.901.886	240.680	15,13%	17,83%	!! SUPERA !!
	30/09/2011	92	365	17.241.625	187.409	15,14%	22,50%	!! SUPERA !!
	31/12/2011	92	365	2.760.325	30.004	14,70%	! >100% !	!! SUPERA !!
2012	31/03/2012	91	365	2.714.095	29.825	15,16%	! >100% !	!! SUPERA !!
	30/06/2012	91	365	4.720.065	51.869	15,17%	76,58%	!! SUPERA !!
	30/09/2012	92	365	48.759.481	529.994	15,19%	8,83%	!! SUPERA !!
	31/12/2012	92	365	29.239.871	317.825	14,70%	14,12%	!! SUPERA !!

Dai calcoli effettuati si può dedurre che l'ammontare degli interessi del finanziamento sommate agli oneri relativi al derivato **ha determinato il superamento del tasso soglia della Legge n.108/96, in tutti i trimestri considerati.**

3 PARTE V – DERIVATI E RISCHIO DI CREDITO

3.1 Componenti della commissione implicita

La commissione implicita è la differenza tra il prezzo teorico (fair value) di un derivato ed il prezzo effettivamente applicato al Cliente. Nelle memorie difensive delle Banche si legge spesso che tale differenza sarebbe giustificata per coprire i costi che l'intermediario deve sopportare. Tali costi sono generalmente suddivisi in due categorie "Hedging Cost" e "Margine Lordo".

La commissione implicita è in realtà composta quasi esclusivamente dalla componente di "costo del rischio di controparte" contenuta nel "Margine Lordo", storicizzato dalle banche nei propri bilanci. Il "rischio di controparte" rappresenta il rischio che entrambe le controparti si assumono nei confronti della possibilità di insolvenza dell'altra parte, con riferimento ai differenziali periodici futuri che devono essere scambiati.

Quando una delle due controparti non è in grado di valutare il prezzo “fair value” dello strumento finanziario, cioè non è un operatore qualificato, è possibile che l'altra parte sopravvaluti artificialmente il proprio Rischio di Credito chiedendo “implicitamente” un sovrapprezzo eccessivo.

3.2 Metodo di calcolo

La trattazione relativa al metodo di calcolo del rendimento del Rischio di Credito implicito nei derivati si basa sulle argomentazioni esposte nel capitolo 22.7, “Rischio di Credito e derivati”, della più volte citata opera di J.C. Hull sui derivati⁵⁵⁴.

Partendo dai dati economico-finanziari di ogni singolo derivato si ottiene lo **Spread per il Rischio di Credito** come differenza tra il tasso di rendimento del derivato ed il tasso di rendimento del corrispondente titolo privo di rischio (assunto per semplicità uguale al tasso swap di pari durata). Per stabilire la correttezza delle commissioni applicate dalla Banca, occorrerà verificare se gli “spread” impliciti sono stati **coerenti con la classificazione di rischio (rating)** assegnata tempo per tempo dalla Banca e dal sistema bancario alla Società.

3.3 Conclusioni

Gli spread calcolati risultano particolarmente elevati per tutti i contratti considerati. Se consideriamo, ad esempio, il contratto “CVX Swap”, otteniamo uno spread per il rischio di credito (S) pari al 60,27%. Tale valore corrisponde ad una valutazione del premio al rischio pari a **6027 basis point sopra il tasso delle obbligazioni prive di rischio.**

Questo valore è estremamente elevato se si pensa che, già al livello di 800-1000 basis point, stati sovrani, come la Grecia o l'Irlanda, sono stati considerati prossimi al “default”.

Nella seguente tabella si riassumono i valori calcolati per i singoli contratti:

⁵⁵⁴ John C. Hull, *Op. Cit.*, Pag.539

TABELLA RIASSUNTIVA DEGLI SPREAD PER IL RISCHIO DI CREDITO					
Elemento	Tasso Swap	S	Seff	λ	λ_{eff}
CVX Swap	5,00%	60,27%	452,04%	Default	Default
CMX Swap	5,54%	40,92%	152,00%	68,20%	Default
CVY Swap	4,41%	6,39%	12,78%	10,65%	21,30%
AMX Swap	4,73%	14,53%	80,71%	24,22%	Default
EX Swap	5,00%	17,91%	127,92%	29,85%	Default
AX Swap	3,51%	13,69%	228,22%	22,82%	Default
SRX Swap	2,96%	12,11%	86,51%	20,18%	Default
XMAF Swap	3,51%	5,07%	50,70%	8,45%	84,50%
FIX Swap	4,41%	1,35%	12,30%	2,25%	20,50%
IRS VXY	3,17%	3,09%	3,30%	5,15%	5,50%
Valori medi	4,22%	17,53%	120,65%	29,22%	Default

Lo spread medio, considerando la durata contrattuale prevista all'atto della stipula, è pari al 17,53%, ovvero 1753 basis point sopra il tasso delle obbligazioni prive di rischio. Nello stesso periodo la Società si finanziava sul sistema bancario con spread notevolmente più bassi, dell'ordine dello 0,80-1,00%.

L'intensità d'insolvenza (λ) è mediamente pari al 29,22%, cioè la Banca ha stimato che la Società, nel periodo 2000-2005, avesse una probabilità su tre di fallire entro un anno.

L'intensità d'insolvenza effettiva (λ_{eff}) media è superiore al 100%, ed indica che il giudizio della Banca sulla solidità del Cliente era al livello di "default".

Risulta pertanto evidente che la Banca ha applicato commissioni occulte sproporzionate al rischio effettivamente corso nei confronti del Cliente, non essendo plausibile che la Società fosse veramente a tali livelli di rischio di default, ovvero la remunerazione del Rischio di Credito imposta dalla Banca è stata eccessivamente onerosa per la società."

9. Un'ulteriore ipotesi: il finanziamento in un derivato unico non “rinegoziato”. Le implicazioni relativamente all'usura.

Per completezza espositiva, si riporta un'ulteriore ipotesi, meno frequente nell'operatività bancaria ma comunque di rilievo, ovvero quella in cui vi sia un unico derivato, mai rinegoziato, idoneo tuttavia a costituire una forma di finanziamento.

La fattispecie in esame si discosta dagli esempi più classici analizzati in precedenza di ripetute “rinegoziazioni” di derivati, connesse all'erogazione degli *up-front* idonei ad essere qualificati, per le ragioni esposte, come finanziamenti.

La fattispecie analoga a quella in esame, che è stata oggetto di analisi anche da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze⁵⁵⁵, coinvolge un unico derivato, che contiene al suo interno un finanziamento c.d. “implicito”, dato dallo scambio di un *cap* con un *floor*. Nello specifico, l'intermediario per consentire l'acquisto di un *cap*⁵⁵⁶ che avrebbe dovuto tutelare l'impresa dal rialzo dei tassi di interesse, “scambiava” con il cliente un derivato *floor*, e ciò avveniva spesso senza che il cliente avesse avuto piena contezza dell'effettiva portata e complessità dell'operazione. I due segmenti dell'operazione spesso non erano economicamente equilibrati e il cliente assumeva un rischio molto elevato, che richiedeva di essere remunerato attraverso l'erogazione di una somma, che anche in questo caso veniva spesso indicata con il termine “*up front*” da parte della banca, che mirava a riequilibrare le posizioni.

⁵⁵⁵ Decreto 1° dicembre 2003, n. 389 recante “Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'art. 41, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448”. Circolare esplicativa - Circolare 27 maggio 2004 in *Gazzetta Ufficiale* del 3 giugno 2004 n.128.

⁵⁵⁶ In relazione alla definizione di *cap* e *floor* si rinvia al capitolo precedente.

Per poter individuare le caratteristiche di tale forma di finanziamento implicita è necessario effettuare la scomposizione dello strumento finanziario nelle sue componenti derivate elementari, poiché, come evidenziato in precedenza, in ogni strumento finanziario derivato sono presenti una o più componenti “derivate” che svolgono una funzione di copertura di un rischio (di tasso, di cambio, ecc.). Tali componenti sono definite “componenti positive” della struttura derivata, in quanto vengono “implicitamente” (anche se spesso inconsapevolmente) “acquistate” dal cliente dell’intermediario abilitato e costituiscono il “portafoglio di copertura” del cliente medesimo.

Nello “strumento finanziario derivato sono tuttavia presenti anche “componenti negative” che vengono, anche in questo caso, “implicitamente”, e quindi “inconsapevolmente”, acquistate dal cliente.

L’acquisto delle “componenti positive” precedentemente indicate determina un costo a carico del cliente e l’intermediario finanzia detto costo proprio con la “vendita” (o cessione) al cliente delle “componenti negative” come quelle precedentemente ricordate.

Riportando un breve esempio relativo ad un contratto di *swap* si osserva che l’analisi dei parametri dello strumento finanziario, individua lo scambio tra un tasso fisso, pagato dal cliente e un tasso variabile (pari, ad es., a Euribor 3 mesi), pagato dalla Banca. La struttura è pertanto costituita da due componenti derivate elementari (seguendo la regola della *Put-Call Parity*). Pertanto, sussiste una opzione Cap (con *strike* - ad es. - pari al 4,92%) che costituisce la componente positiva del contratto, e rappresenta per il cliente una copertura dal rischio di aumento dei tassi di interesse al di sopra del livello prestabilito. Per ottenere la protezione il cliente acquista (implicitamente) un’opzione pagando il corrispondente valore di mercato. Al momento della stipula non vi sono stati flussi di cassa negativi in quanto l’importo è stato interamente finanziato dalla Banca

attraverso la contrattazione di un'altra componente derivata; ovvero un'opzione *floor* (con *strike* ad es. crescenti 4,92%) e questa componente è considerata negativa, poiché il cliente vende un diritto alla Banca, e rappresenta l'assunzione del rischio di pagare differenziali negativi in caso di movimento al ribasso dei tassi di interesse. Tali differenziali negativi sono serviti per finanziare l'acquisto dell'opzione *cap* implicita.

In altre parole, in tali casi il cliente che sottoscriveva il derivato *cap* per cautelarsi dal rialzo dei tassi di interesse, in realtà vendeva alla banca un derivato *floor*, assumendosi il rischio di eventuali ribassi dei tassi di interesse. La banca nei fatti concedeva un finanziamento al cliente, determinando, anche in questo caso, implicazioni con le soglie di usura.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha confermato la suddetta tesi, dichiarando espressamente che «è implicito nell'acquisto del collar l'acquisto di un *cap* e la contestuale vendita di un *floor*, consentita unicamente al fine di finanziare la protezione dal rialzo dei tassi di interesse fornita dall'acquisto del *cap*»⁵⁵⁷ (nel caso specifico si trattava di operazioni in derivati effettuate da Enti locali)⁵⁵⁸. Si ricorda

⁵⁵⁷ Ancora, «le tipologie di operazioni derivate ammesse, oltre agli *swap* di tasso di cambio (*cross currency swap*) a copertura del rischio di cambio nel caso di indebitamento in valuta, sono quelle espressamente indicate nei seguenti punti: dal punto *a*) al punto *d*) da intendersi nella forma "*plain vanilla*". In particolare dal punto *a*) si intende esclusa qualsiasi forma di opzionalità, mentre i punti *b*), *c*) e *d*) si riferiscono esclusivamente all'acquisto da parte dell'ente degli strumenti ivi citati. Le lettere riportate sono quelle indicate all'art. 1 co. 2 del d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, *cit.* ai sensi dell'art. 18, co. 5 del TUF «Il Ministro dell'economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la Consob: *a*) può individuare, al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività; *b*) adotta le norme di attuazione e di integrazione delle riserve di attività previste dal presente articolo, nel rispetto delle disposizioni comunitarie».

⁵⁵⁸ Cfr. Legge 28 dicembre 2001, n. 448 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)" pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 29 dicembre 2001, Suppl. Ordinario n. 285, art. 41 (*Finanza degli*

per completezza espositiva che il *collar* configura l'ipotesi di combinazione tra *swap* e *option*, che risponde al principio di creazione di un "cuscinetto" tra due differenti importi di riferimento, applicandolo al meccanismo tipico dello *swap* domestico, creando una sorta di "zona franca", un "collare" appunto, entro il quale non ci sarà nessuna liquidazione, tra le parti. Viceversa, come abbiamo visto, le liquidazione deve avvenire se il capitale finale fosse inferiore o superiore a tale soglia. Pertanto, se il capitale finale risulterà essere maggiore del capitale iniziale massimo, il compratore dovrà versare il differenziale al venditore, viceversa se il capitale iniziale minimo dovesse risultare maggiore del capitale finale sarà il venditore a pagare al compratore la differenza. Tale strumento appare concepito per proteggere, meglio dello *swap* tradizionale, le posizioni debitorie o creditorie in valuta da eccessive oscillazioni dei tassi di cambio, o dalle fluttuazioni dei tassi di interesse⁵⁵⁹.

Pertanto, lo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze ha affermato che lo scambio tra *cap* e *floor* determina la concessione di un finanziamento da parte della banca, il cui costo verrà pagato dal cliente

enti territoriali) «1. Al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica, il Ministero dell'economia e delle finanze coordina l'accesso al mercato dei capitali delle province, dei comuni, delle unioni di comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, di cui all'articolo 2 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni. A tal fine i predetti enti comunicano periodicamente allo stesso Ministero i dati relativi alla propria situazione finanziaria. Il contenuto e le modalità del coordinamento nonché dell'invio dei dati sono stabiliti con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze da emanare, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Con lo stesso decreto sono approvate le norme relative all'ammortamento del debito e all'utilizzo degli strumenti derivati da parte dei succitati enti. 2. Gli enti di cui al comma 1 possono emettere titoli obbligazionari e contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza, previa costituzione, al momento dell'emissione o dell'accensione, di un fondo di ammortamento del debito, o previa conclusione di *swap* per l'ammortamento del debito (...)).».

⁵⁵⁹ Cfr. cap. precedente.

attraverso una riduzione del risultato positivo del derivato, o attraverso l'aumento risultato negativo prodotto dallo strumento finanziario ad ogni singola scadenza rateale.

Quanto fin qui affermato trovava ulteriore testuale conferma nel Reg. Consob 11522/98, all'art. 47 comma 2, già ricordato in precedenza e vigente all'epoca dei principali contenziosi in tema di derivati.⁵⁶⁰

Si può quindi concludere affermando che in taluni casi il derivato stipulato, anche se mai rimodulato, conteneva un finanziamento implicito in forza della presenza di opzioni vendute, categoria assimilata a tutti gli effetti ad un finanziamento.

L'importo del finanziamento erogato dalla banca veniva restituito con importi certi e predeterminati, a scadenze precise, alla banca la quale, sul finanziamento in tal modo erogato, percepiva una commissione "non esplicitata" e della quale spesso il cliente non aveva contezza.

Tale commissione occulta, ovvero gli interessi del finanziamento implicito, come già anticipato, erano di fatto rappresentati da un importo costante che veniva detratto dal risultato positivo del derivato, o veniva aggiunto al risultato negativo ad ogni singola scadenza rateale.

Pertanto, essendo al cospetto di un finanziamento, anche in questo caso potevano sorgere problemi di compatibilità con le soglie usuarie, in quanto l'art. 644 c.p. chiarisce, come già ricordato, che il corrispettivo usurario non sia necessariamente una prestazione di

⁵⁶⁰ Art. 47 Del. Consob 11522/98, in *www.consob.it*. «Configura concessione di finanziamenti l'effettuazione di operazioni di pronti contro termine, di riporto, di prestito titoli e di ogni altra operazione finalizzata all'acquisizione da parte dell'investitore a titolo di provvista di somme di denaro o strumenti finanziari contro pagamento di un interesse: il cui ricavato sia destinato all'esecuzione di operazioni relative a strumenti finanziari nelle quali interviene l'intermediario»

denaro, poiché la norma fa espressamente riferimento anche ad "altra utilità".

Appare logico affermare che tali opzioni possano essere qualificate come "prestazioni di denaro", ma anche nel caso in cui non si volesse condividere tale impostazione, sembrerebbe non contestabile collocare tali opzioni acquisite nei suddetti casi dalla clientela nella categoria "altra utilità" ex art. 644 c.p. Pertanto, a fronte della prestazione in denaro o altra utilità, le banche ottenevano un corrispettivo senz'altro qualificabile come "interesse o altro vantaggio usurario"⁵⁶¹, di cui all'art. 644 c.p.

In conclusione, la banca può quindi costruire in un derivato strutturato un finanziamento implicito al cliente e percepire un corrispettivo non esplicitato il quale, in alcuni casi, può superare le soglie usuarie.

10. Analisi applicativa n. 2: "Derivato unico - il caso del Collar".

Come anticipato, nel caso del derivato *Collar*, il cliente acquisiva un'opzione *cap*, per tutelarsi dal rialzo dei tassi di interesse o di cambio. Contestualmente, e spesso inconsapevolmente, il cliente "vendeva" alla banca un *floor*, assumendosi rischi notevoli e spesso sproporzionati rispetto a quelli di cui si faceva carico l'intermediario. La sproporzione tra le due posizioni di rischio spesso richiedeva di essere remunerata attraverso l'erogazione da parte della banca di una somma, di regola definita *up front*, in favore del cliente, "finanziando",

⁵⁶¹ Da alcune analisi peritali è emerso che in assenza della commissione implicita applicata dagli intermediari, il cliente avrebbe pagato le rate per importi minori. Questo pagamento di interessi si sarebbe verificato anche nel caso in cui il derivato avesse una rata positiva, poiché in tale ipotesi gli interessi avrebbero ridotto il flusso positivo.

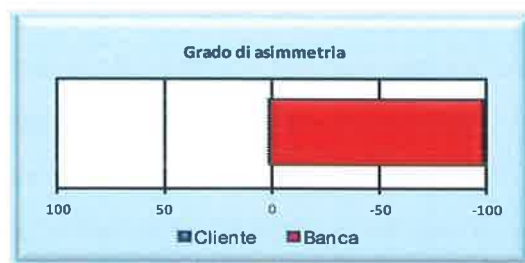
in tal modo, l'acquisto del *cap*. Pertanto, nel caso del derivato unico oggetto della perizia tecnica di seguito riportata, l'*up front* rilevato non è frutto dell'operazione di rimodulazione, evidenziata in precedenza, bensì equivale al "corrispettivo – finanziamento" dato al cliente per remunerare il rischio assunto attraverso l'operazione.

1. PARTE II - CARATTERISTICHE DEI CONTRATTI

1.2 Asimmetria

Per la descrizione sull'indice di asimmetria si rinvia a quanto riportato nell'analisi precedente.

Dall'esame effettuato risulta che il contratto stipulato dalla Società non è equilibrato, ma presenta una forte asimmetria a favore della Banca. Nel diagramma sottostante si riporta il risultato dell'analisi, che individua mediamente solo lo 0,93% di possibilità positive per la Società:

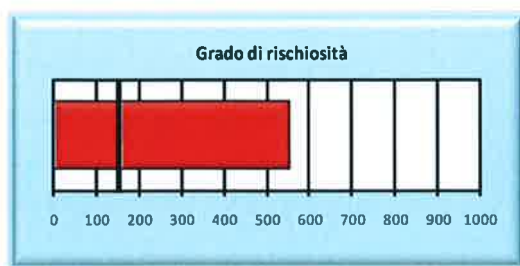


Indici di asimmetria medio

1.2.1 Rischiosità

Il grado di rischio della struttura è influenzato negativamente dalla presenza della barriera knock-out, composta da opzioni vendute. Il punteggio raggiunto è pari a ben 475 punti, molto superiore al punteggio

medio standard (150 punti).



Indici di rischio medio

1.3 Determinazione del danno

La Società ha complessivamente pagato negli anni 1.113.245,28 Euro, al netto delle somme incassate come flussi di interessi o sotto forma di up-front. Il danno complessivo subito è, allo stato attuale, pari a circa:

1.113.000 Euro.

a cui dovranno essere aggiunti gli interessi pagati dal Cliente e maturati sul conto corrente di appoggio dalla data di pagamento al saldo.

1.4 IRS XY

Il 1° giugno 2007 la Società ha sottoscritto con la Banca un contratto Swap con un nozionale costante di durata pari a cinque anni, non coerente con l'indebitamento della società. Pertanto l'operazione, non essendo correlata con la passività sottostante, deve essere classificata come operazione speculativa sull'andamento dei tassi di interesse.

L'analisi dei parametri dello swap individua uno scambio tra una serie di tassi fissi crescenti nel tempo (dal 4,10% del primo anno al 4,65% del quinto anno) che saranno pagati dal Cliente, e il tasso variabile Euribor a tre mesi che sarà pagato dalla Banca. Quindi il Cliente pagherà il differenziale di tasso alla Banca se l'Euribor rimarrà al di sotto dei tassi

prefissati, ed incasserà delle somme nel caso opposto.

L'effetto di pseudo-copertura è limitato ad uno stretto intervallo dei tassi di interesse e le somme che la società avrebbe potuto incassare si azzerano completamente al superamento di alcune barriere poste appena sopra i tassi fissi (tra il 4,55% del primo anno ed il 5,15% del quinto anno).

La struttura è infatti costituita da tre componenti derivate elementari:

- un **Interest Rate Swap** scalettato a step crescenti (4,10%-4,25%-4,35%-4,45%-4,65%):

questa è l'unica componente positiva del contratto e rappresenta per il Cliente una pseudo-copertura con livelli di tasso migliori rispetto a quelli che si potevano osservare sul mercato dei tassi swap il giorno di stipula; per stipulare questo Interest Rate Swap senza barriere il Cliente **ha pagato al mercato il corrispondente valore positivo, pari a circa 86.300 Euro**; in realtà al momento della stipula non vi sono stati flussi di cassa negativi in quanto l'importo è stato interamente finanziato dalla Banca attraverso la contrattazione di altre due componenti derivate;

- una opzione **Cap Plain Vanilla** con strike crescenti (4,55%-4,65%-4,80%-4,90%-5,15,%):

questa componente è negativa per il Cliente, che in pratica vende l'opzione alla Banca, e rappresenta una limitazione ai possibili incassi che il Cliente stesso avrebbe potuto ottenere dalla prima componente (ad esempio nel primo anno il massimo incasso verrebbe così determinato nello 0,45%, se non vi fosse anche la terza componente); questa componente aveva un valore di mercato di circa 84.617 Euro che sono serviti per finanziare l'acquisto dell'Interest Rate Swap;

- una opzione **Cap Digitale** con strike crescenti (4,55%-4,65%-4,80%-4,90%-5,15,%):

anche questa componente è negativa per il Cliente, che vende alla Banca una seconda opzione; la particolarità di questa opzione è che al superamento della barriera strike prefissata il Cliente sarà costretto a pagare una penale fissa (il primo anno è pari allo 0,45%) che annulla completamente ogni possibile incasso residuo derivante dall'esito delle prime due componenti; il valore di mercato di questa componente era di circa 66.882 Euro che sono serviti per finanziare l'acquisto dell' Interest Rate Swap;

Quindi a fronte di una componente positiva, che il Cliente avrebbe potuto acquistare sul mercato al prezzo equo di 86.303 Euro, sono state stipulate anche due componenti negative per un valore complessivo di 151.499 Euro; **la differenza è stata incamerata dalla Banca.**

1.5 Conclusioni

Il derivato stipulato dalla Società non può essere considerato strumento di copertura del rischio di tasso: rientra infatti nella sfera degli strumenti speculativi in quanto introduce una scommessa sull'andamento futuro dei tassi di interesse e la copertura si disattiva proprio quando l'effetto di sarebbe stato più utile per la società.

La Banca probabilmente non ha esplicitato alla società l'effettiva natura dei derivati poiché nelle proposte e nella conferme contrattuali gli strumenti finanziari vengono descritti espressamente come **strumenti di copertura del rischio di tasso**, quando invece non ne hanno le caratteristiche.

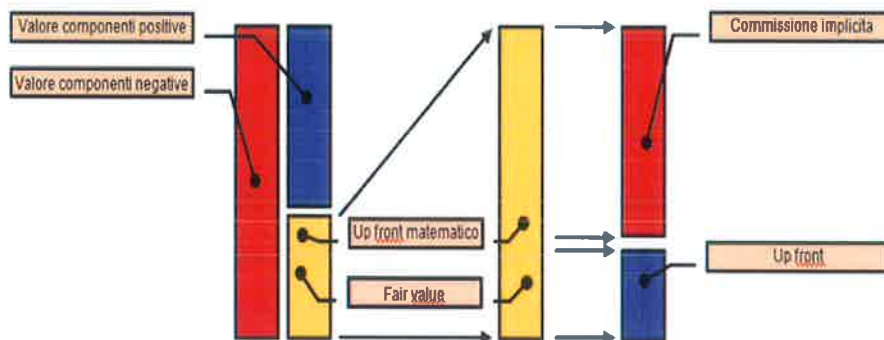
Nel complesso l'operatività in derivati ha generato, ad oggi, perdite alla Società per un ammontare di circa **1.113.000 Euro** a cui dovranno essere aggiunti gli interessi pagati dal Cliente e maturati sul conto corrente di appoggio dalla data di pagamento al saldo.

2 PARTE III - STIMA DELLE COMMISSIONI IMPLICITE

2.1. Schema della commissione implicita

Anche in questo caso è stato necessario scomporre il derivato nelle sue componenti elementari:

Al momento della stipula ogni componente elementare può avere un valore di mercato positivo o negativo: il fair value dello strumento finanziario derivato si ottiene confrontando la somma delle componenti positive con la somma delle componenti negative, secondo lo schema seguente:



Nel caso rappresentato nel diagramma lo squilibrio matematico complessivo delle varie componenti del derivato porta ad un fair value negativo per il cliente. E' quindi necessario che l'intermediario, per ricostituire l'equilibrio dell'operazione, versi al cliente un importo pari al *fair value* che, in tal caso, prende il nome di up-front matematico.

Le banche non hanno quasi mai riconosciuto ai clienti l'intero up-front matematico (ovvero la cifra che avrebbero dovuto erogare per remunerare appieno il rischio sproporzionato assunto dal cliente stesso). La differenza tra l'up-front matematico e l'up-front effettivamente erogato viene definita mark-up, più comunemente conosciuto con il nome di commissione implicita o commissione occulta.

2.2 Conclusioni

L'analisi numerica effettuata sul contratto stipulato tra la Società e la Banca ha permesso di evidenziare la presenza di **commissioni occulte** che hanno creato un disequilibrio a favore della Banca. Il margine di profitto per la Banca è stato pari al **75,52%** del valore della copertura offerta dal contratto.

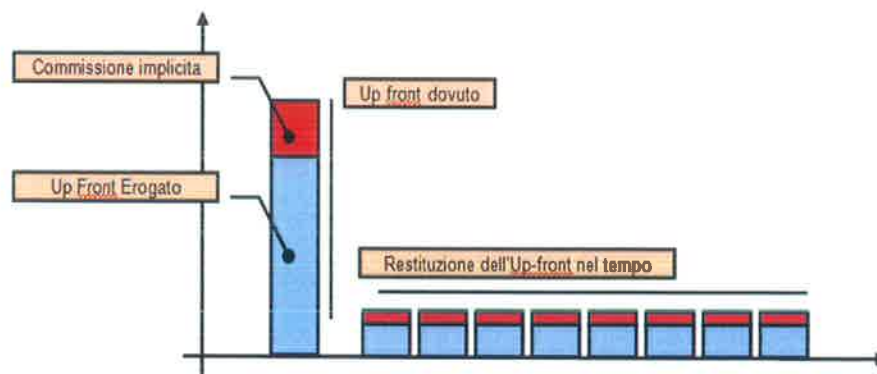
TABELLA RIASSUNTIVA DELLE COMMISSIONI OCCULTE								
Data	Nozionale Medio	Contratto	Cocontratto Precedente	Contratto Rinegoziato	Commissioni Occulte	% su nozionale	% sul valore	% sul valore positivo
01/08/2007	10.000.000	IRS XY	0	-65.303	65.303	0,65%	100,00%	75,52%
					65.303	0,65%	100,00%	75,52%

3 PARTE IV – DERIVATI ED USURA

3.1 Ipotesi di usura nei finanziamenti impliciti

Di seguito si riporta lo schema di funzionamento del meccanismo dell'up-front, con la prevista restituzione nel tempo e con la decurtazione iniziale a favore della commissione implicita applicata dall'intermediario.

Le caratteristiche principali dei finanziamenti impliciti sono **l'importo**, determinato dal valore dell'up-front ricevuto al momento della stipula sommato al valore delle componenti positive del derivato, **gli interessi**, determinati dal valore della commissione implicita, **la durata e la periodicità**, pari a quelle del derivato ed **il tasso di interesse**, individuato dal calcolo matematico.



Per determinare le **rate** del finanziamento implicito, è necessario individuare il “PAR SWAP”, cioè un derivato del tutto simile alla struttura stipulata dal Cliente ma senza l’applicazione di alcuna commissione occulta.

In genere le due strutture si differenziano solo per uno spread fisso: in altre parole i due derivati, quello stipulato “NON PAR” e quello ricalcolato “PAR”, hanno lo stesso identico andamento in funzione delle variabili di mercato, per cui la loro differenza sterilizza la componente aleatoria: le differenze dei flussi dei due derivati, alle singole scadenze, sono **certi e predeterminabili** già al momento della stipula.

Pertanto, il risultato netto positivo per la Banca si realizzerà a qualsiasi livello si presentino i tassi di interesse alle scadenze prefissate: infatti il Cliente, in caso di andamento sfavorevole del mercato, pagherà più del dovuto rispetto all’ipotetico derivato PAR SWAP, mentre incasserà meno del dovuto nel caso opposto.

3.2 Estinzione anticipata dei derivati

L’estinzione anticipata di un derivato è un’operazione molto frequente per la maggior parte degli intermediari e dei clienti.

Al momento dell’estinzione anche il finanziamento implicito contenuto nel derivato viene estinto e pertanto la Banca **non dovrebbe**

contabilizzare nel costo di cancellazione quella parte del mark to market associata alla quota interessi delle rate non ancora scadute.

Ciò significa che dal calcolo di attualizzazione dei flussi futuri, previsti al momento dell'estinzione, si dovrebbe togliere la parte destinata al pagamento degli interessi futuri, in quanto non più dovuti. In pratica l'intermediario, al momento della cancellazione, dovrebbe restituire una parte della commissione implicita iniziale.

3.3 Confronto con i tassi soglia

Si riporta nella tabella sottostante il confronto tra il tasso implicito rilevato all'interno dello strumento finanziario derivato ed il tasso soglia per la categoria **“anticipi, sconti commerciali e altri finanziamenti alle imprese effettuati dalle banche”**, sia nel caso di durata intera del derivato, sia nel caso della sua estinzione anticipata:

TABELLA RIASSUNTIVA TASSI DEI FINANZIAMENTI IMPLICITI						
Stipula	Contratto	Tasso	Tasso Rilevato		Tasso Rettificato	
		Soglia	Durata intera	ipotesi Estinzi.	Durata intera	ipotesi Estinzi.
01/08/2007	IRSXY	9,65%	50,34%	50,34%	-	-
			50,34%	50,34%		

L'esame dei derivati stipulati tra la Società e la Banca evidenzia la presenza di un finanziamento implicito erogato dalla Banca al Cliente con un tasso molto elevato, pari al 50,34% circa.

Dai calcoli effettuati, eseguiti seguendo quanto dettato dalla Legge n.108/96, si deduce che l'ammontare delle commissioni implicite ha determinato il superamento del tasso soglia.

4 PARTE V – DERIVATI E RISCHIO DI CREDITO

4.1 Componenti della commissione implicita

La commissione implicita, come già ricordato, è la differenza tra il prezzo teorico (fair value) di un derivato ed il prezzo effettivamente applicato al Cliente. Nelle memorie difensive delle Banche si legge spesso che tale differenza sarebbe giustificata per coprire i costi che l'intermediario deve sopportare. Tali costi sono generalmente suddivisi in due categorie "Hedging Cost" e "Margine Lordo".

La commissione implicita è in realtà composta quasi esclusivamente dalla componente di **"costo del rischio di controparte"** contenuta nel "Margine Lordo", storicizzato dalle banche nei propri bilanci. Il **"rischio di controparte"** rappresenta il rischio che entrambe le controparti si assumono nei confronti della possibilità di insolvenza dell'altra parte, con riferimento ai differenziali periodici futuri che devono essere scambiati.

Quando una delle due controparti non è in grado di valutare il prezzo "fair value" dello strumento finanziario, cioè non è un operatore qualificato, è possibile che l'altra parte sopravvaluti artatamente il proprio Rischio di Credito chiedendo "implicitamente" un sovrapprezzo eccessivo.

4.2 Metodo di calcolo

La trattazione relativa al metodo di calcolo del rendimento del Rischio di Credito implicito nei derivati si basa sulle argomentazioni esposte nel capitolo 22.7, "Rischio di Credito e derivati", della già più volte citata opera di J.C. Hull sui derivati⁵⁶².

Partendo dai dati economico-finanziari di ogni singolo derivato si ottiene lo **Spread per il Rischio di Credito** come differenza tra il tasso di rendimento del derivato ed il tasso di rendimento del corrispondente titolo privo di rischio (assunto per semplicità uguale al tasso swap di pari durata). Per stabilire la correttezza delle commissioni applicate dalla Banca, occorrerà verificare se gli "spread" impliciti sono stati **coerenti con la**

⁵⁶² John C. Hull, Op. Cit., Pag.539

classificazione di rischio (rating) assegnata tempo per tempo dalla Banca e dal sistema bancario alla Società.

4.3 Conclusioni

Lo spread per il rischio di credito (S) risulta particolarmente elevato: è infatti pari all' 11,25%, che corrisponde ad una valutazione del premio al rischio pari a 1125 basis points sopra il tasso delle obbligazioni prive di rischio.

Questo valore è estremamente elevato soprattutto nel primo caso se si pensa che, già al livello di 800-1000 basis points, stati sovrani, come la Grecia o l'Irlanda, sono stati considerati prossimi al "default".

Nella seguente tabella si riassumono i valori calcolati:

TABELLA RIASSUNTIVA DEGLI SPREAD PER IL RISCHIO DI CREDITO						
Stipula	Contratto	Tasso Swap	S	S _{err}	λ	λ_{err}
01/06/2007	IRS XY	4,53%	11,25%	11,25%	18,75%	18,75%
	Valori medi	4,53%	11,25%	11,25%	18,75%	18,75%

Pertanto, considerando la durata contrattuale prevista all'atto della stipula, il tasso di rendimento per la Banca è pari all'11,25, con un elevatissimo spread rispetto al tasso delle obbligazioni prive di rischio (1125 basis points).

Nello stesso periodo la Società ha ottenuto finanziamenti con uno spread notevolmente più basso rispetto a quello risultante dal calcolo del premio per il rischio di credito sul derivato. La Società aveva ottenuto dalla Banca un finanziamento di Euro 3.000.000 parametrato all'Euribor 3 mesi con uno spread di soli 15 basis points (0,15%).

Sulla base di questo valore è quindi possibile ricostruire la stima implicita dell'intensità d'insolvenza, effettuata dalla Banca al momento della stipula del derivato: l'intensità di insolvenza (λ) era pari al 18,75%, cioè la Banca ha stimato che la Società avesse quasi una probabilità su cinque di

fallire entro un anno. Questo risultato è in aperto contrasto con la contemporanea concessione della suddetta linea di credito un credito.

Risulta pertanto evidente che la Banca ha applicato commissioni occulte sproporzionate al rischio effettivamente corso nei confronti del Cliente, non essendo plausibile che la Società fosse veramente a tali livelli di rischio di default, ovvero la remunerazione del Rischio di Credito imposta dalla Banca è stata eccessivamente onerosa per la società.

11. Conclusioni.

Come si è cercato di evidenziare nel presente capitolo, seppur senza pretesa di esaustività, l'economia moderna e l'ingegneria finanziaria offrono sempre nuove forme di strumenti finanziari e altrettante nuove forme di finanziamento. Sul punto occorre avere ben presente il rapporto di tale forme, più o meno dirette (o più o meno "palesi"), di erogazione del credito con la disciplina antiusura, onde evitare di incorrere in facili forme di elusione. A tal fine, le stesse Istruzioni per la rilevazione dei tassi di interesse emanate dalla Banca d'Italia, ai sensi della legge sull'usura, prevedono la categoria "*altri finanziamenti*", avente carattere residuale, in cui rientrano tutte le forme di finanziamento non riconducibili ad altre categorie precedenti⁵⁶³. Come affermato puntualmente in dottrina, «se si pone poi un finanziamento all'interno di un derivato, si viene ad accumunare e confondere il rischio scambiato fra le parti al piano di rientro del finanziamento stesso e, se non si operasse un distinguo delle due componenti – quella commutativa e quella aleatoria, riconducendo ciascuna alla propria disciplina – si determinerebbe un varco per

⁵⁶³ Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, agosto 2009, Sezione I, *Classificazione delle operazioni per categorie* - B.1. - Cat. 10, "*Altri finanziamenti*".

un'agevole elusione di norme contrattuali, della disciplina del T.U.B. e dei limiti previsti dall'art. 644 c.p. Si è assistito frequentemente ad operazioni che realizzano combinazioni e commistioni di finalità proprie dell'operazione derivata con finalità di finanziamento. Nel cogliere, oltre la forma, l'elemento sostanziale e causale dell'operazione, non sembra possano essere trascurati i principi di trasparenza e ancor più le soglie di usura che presidiano l'erogazione del credito. Plurime sono le circostanze nelle quali, pur in presenza di un'operazione in strumenti finanziari, la disciplina del T.U.B. e dei contratti finanziari è chiamata in causa»⁵⁶⁴. Ancora, nei casi in cui le due operazioni, l'una in strumenti finanziari derivati (ad es. *swap*) e l'altra di finanziamento, sono concomitanti o comunque vi è una specifica finalità di conseguire la risultante dell'effetto congiunto, risulta coerente con l'applicazione dell'art. 644 c.p., ai fini del calcolo di usura, la valutazione dei tassi di interessi, commissioni, spese, di entrambe le operazioni effettuate, sommando sia gli oneri previsti nel contratto di finanziamento, sia i margini impliciti compresi nell'operazione di *swap*. Il finanziamento risultante dalla combinazione delle due operazioni deve essere raffrontato con la soglia di usura prevista nei decreti ministeriali, altrimenti risulterebbe facilmente eludibile il disposto di cui all'art. 644 c.p.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Così testualmente R. MARCELLI, *L'usura nei derivati: l'up-front e l'arbitraggio disciplinare*, 29 giugno 2012, in www.studiomarcelli.com, 61 e ss.

⁵⁶⁵ R. MARCELLI, *L'usura nei derivati: l'up-front e l'arbitraggio disciplinare*, cit., 65 e ss.

CAPITOLO X

IL LEASING QUALE FORMA DI FINANZIAMENTO E I C.D. “DERIVATI IMPLICITI”

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il *leasing*: disciplina e meccanismi operativi. - 3. Il *leasing* quale contratto di finanziamento. - 3.1. Il *leasing* quale contratto con causa di finanziamento: ulteriori considerazioni a sostegno. - 4. La presenza di derivati c.d. “impliciti”. - 4.1 Il tasso di *leasing* indicizzato. - 5. La mancata autorizzazione ad operare in derivati e la non corretta formazione della volontà negoziale. - 6. Il contratto di *leasing* e il collegamento negoziale con i derivati: il costo effettivo del *leasing* quale elemento determinante del consenso. - 7. Il tasso corrispettivo. - 8. Analisi applicativa: “La presenza di un derivato implicito in un contratto di *leasing* e superamento delle soglie di usura”. - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Nel capitolo precedente ci si è interrogati a lungo su cosa dovesse intendersi per “finanziamento”, soprattutto alla luce del concetto più evoluto e ampio del termine riconosciuto dalla dottrina più moderna, e delle relative implicazioni in relazione al rispetto delle soglie usuarie.

Nel medesimo capitolo sono già state svolte alcune considerazioni preliminari sulla natura giuridica del contratto di *leasing*, quale contratto atipico, privo di una disciplina specifica soprattutto in merito alla possibilità di qualificarlo o meno quale contratto di finanziamento.

Nel presente capitolo verranno ulteriormente approfondite le principali argomentazioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di valutare se sia possibile qualificare il *leasing* come “contratto di finanziamento” e le conseguenti implicazioni con l’usura. L’analisi verrà effettuata alla luce dei più recenti contenziosi

giudiziari in cui è emerso che numerosi contratti di *leasing* contenevano al proprio interno uno o più derivati occulti, in quanto non palesati in sede di negoziazione, né espressamente pattuiti tra le parti.

Attraverso l'ausilio di perizie tecniche, relative a casi concreti, verrà evidenziata la presenza di derivati occulti e dei relativi costi e commissioni dissimulate all'interno del contratto di *leasing*. Si potrà rilevare anche come la spirale di costi ulteriori, determinati dalla presenza dei derivati nel contratto di *leasing*, abbia spesso causato il superamento delle soglie usuarie in danno del cliente dell'intermediario abilitato (che di seguito verrà denominato anche banca o società di *leasing*).

2. Il *leasing*: disciplina e meccanismi operativi.

In primo luogo occorre fornire una definizione di cosa sia il contratto di *leasing* e quale sia il meccanismo operativo che lo connota. Il contratto di *leasing* consiste nell'attribuzione di un bene produttivo, costruito *ad hoc* o acquistato, dal parte del concedente nei confronti dell'utilizzatore (nel caso specifico il cliente dell'intermediario abilitato), il quale ne farà uso con l'obbligo di restituire al concedente il valore di consumazione, pari al costo del bene, incrementato degli interessi per la remunerazione del capitale.

Trattasi di una figura giuridica sorta in principio con lo scopo di consentire all'imprenditore di acquisire un bene produttivo senza tuttavia immobilizzare il capitale necessario per il relativo acquisto, consentendo, inoltre, la possibilità di restituire il bene al concedente una volta scaduta la durata del contratto di *leasing*, liberando in tal modo

l'utilizzatore da un bene divenuto ormai obsoleto. La remunerazione in favore del concedente consiste nel pagamento di un canone mensile⁵⁶⁶.

La giurisprudenza ha coniato due principali figure di *leasing*, uno detto "finanziario" e uno definito "operativo".

Per *leasing* finanziario si intende la forma maggiormente utilizzata dalle imprese, che si articola in un'operazione complessa, pluristrutturata, che coinvolge tre soggetti: il fornitore, la società di *leasing* e l'utilizzatore del bene. Quindi il fornitore vende il bene alla società di *leasing*, che lo concede all'utilizzatore dietro pagamento di un canone periodico, con facoltà di riscattare il bene a scadenza, ad un prezzo predeterminato.

Viceversa, il *leasing* operativo prevede operazione monostrutturata, bilaterale, tra il fornitore, che concede in godimento il bene direttamente all'utilizzatore dietro pagamento del canone, e con facoltà a scadenza di restituire il bene o di riscattarlo mediante l'esercizio del diritto di opzione.

La categoria del *leasing* finanziario a sua volta si distingue in due ulteriori figure, dette *leasing* "di godimento" e *leasing* "traslativo".

Per quanto concerne il *leasing* di "godimento", come vedremo, è stato relativamente semplice qualificarlo come contratto con causa di finanziamento, in quanto è un contratto avente ad oggetto un bene che esaurisce la sua utilità economica in un certo periodo di tempo, tendenzialmente coincidente con la durata del contratto medesimo. In quest'ultima fattispecie, al termine della durata del contratto di *leasing*, generalmente il bene non conserva un elevato valore economico e viene restituito al concedente. I canoni a loro volta costituiscono il

⁵⁶⁶ In tema di *leasing* si veda tra gli altri A.A. V.V., *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, tomo II, *cit.*; V. DE GIOIA, *Il contratto di leasing*, Trento, 2004, *cit.*

corrispettivo dovuto per il godimento e per il progressivo deterioramento del bene stesso nel tempo.

Secondo la Suprema Corte tale figura sarebbe connotata da forte “imprenditorialità”, sia dal punto di vista soggettivo, coinvolgendo principalmente imprenditori, sia dal punto di vista oggettivo, perché concernerebbe soprattutto beni strumentali all’esercizio dell’impresa.

Il finanziamento, pertanto, in questo caso non consiste nella dazione di denaro da parte del concedente al finanziatore, bensì nell’attribuzione in godimento di un bene produttivo.

Nel *leasing* traslativo, invece, il bene tendenzialmente conserva un apprezzabile valore economico allo scadere del contratto e l’utilizzatore può valutare se esercitare o meno l’opzione finale, che consiste nel pagamento di un prezzo per il riscatto della proprietà. Quando il *leasing* è traslativo, il canone non costituisce solo il corrispettivo per il godimento del bene, bensì comprende al suo interno anche una quota tesa all’acquisto del valore del bene. Per tale motivo, in caso di inadempimento o perimento del bene prima della scadenza, opera la disciplina della vendita con riserva di proprietà di cui agli artt. 1523 e ss. c.c.

Un’altra figura conosciuta dalla prassi è il *Sale and lease back*⁵⁶⁷ (vendita con *leasing* di ritorno o, più semplicemente, *leasing* di ritorno), ovvero un contratto atipico, in quanto non dotato di specifica disciplina normativa, che si estrinseca nel rapporto, spesso bilaterale, tra il proprietario di un bene produttivo e la società di *leasing*. Trattasi di figura contrattuale ormai ritenuta “socialmente tipica”⁵⁶⁸ a fronte

⁵⁶⁷S.V. tra gli altri G. DE NOVA, *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, n. 3, p. 517 ss., spec. p. 523; in giurisprudenza v., ad es., Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I contratti*, 1/2008, p. 33 ss., con nota di F. Arcari, e Cass., 14 marzo 2006, n. 5438 in *Giur. it.*, 2007, p. 1952 ss., con note di L. Strona e di M. Lascialfari

⁵⁶⁸ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, 32 e ss.

dell'avvenuto riconoscimento da parte degli operatori economici e dell'ampia diffusione nella prassi commerciale. Il *sale and lease back* consiste in una tipologia contrattuale di cui si avvalgono le imprese, che deriva dal collegamento tra un contratto di compravendita, con cui il proprietario vende il bene ad una società di *leasing* verso corrispettivo di un prezzo, realizzando quindi una ordinaria vendita, e un contratto di *leasing*. Attraverso il contratto di *leasing* si concede il bene compravenduto in godimento all'originario proprietario, verso il pagamento di un canone periodico, con relativo patto di opzione in forza del quale alla scadenza l'originario proprietario del bene può riacquistare la proprietà del bene medesimo versando un corrispettivo predeterminato. Pertanto, il proprietario del bene vende quest'ultimo alla società di *leasing* per ottenere liquidità e la società di *leasing* concede il medesimo bene in godimento al proprietario – venditore, dietro il pagamento di un canone periodico, oltre al diritto di opzione⁵⁶⁹.

Tale fattispecie negoziale realizza la funzione di concedere al proprietario - venditore la liquidità necessaria per lo svolgimento dell'attività di impresa alienando un bene spesso difficilmente collocabile sul mercato senza perdere la possibilità di utilizzarlo nel ciclo produttivo⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Tra i tanti, G. DE NOVA, *Il lease-back*, cit. p. 521 ss.; in giurisprudenza, ad es., Cass. Civ., 16 ottobre 1995, n. 10805, G. DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir., civ.*, 2015, 1139.

⁵⁷⁰ Si segnala che questa figura contrattuale ha posto svariati problemi di liceità e di compatibilità con il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. poiché il *sale and lease back* potrebbe assolvere una funzione di garanzia. Si ipotizzi che l'originario proprietario abbia un debito verso la società di *leasing*, la possibilità di riacquistare il bene attraverso il patto di opzione con relativo corrispettivo potrebbe integrare il pagamento del debito, per cui l'originario proprietario potrebbe diventare nuovamente titolare del medesimo bene estinguendo il debito. Tale collegamento potrebbe integrare un'alienazione a scopo di garanzia risolutivamente condizionata, anche se i negozi sono e le fattispecie negoziali sono diverse ma il contratto potrebbe comunque essere impiegato ad assolvere la stessa funzione a scopo di garanzia risolutivamente condizionata. La giurisprudenza ritiene che il contratto di *sale and lease back*, in quanto contratto socialmente tipico, sia un contratto astrattamente lecito, cioè l'operazione giuridica economica in astratto è meritevole di tutela secondo

3. Il *leasing* quale contratto di finanziamento.

Per comprendere appieno la natura del contratto di *leasing*, in primo luogo è stato necessario valutare se i requisiti del contratto medesimo potessero o meno essere considerati strumenti di attuazione della funzione creditizia.

Già diverso tempo addietro la Corte di Cassazione, con sei pronunce coeve, cui poi la giurisprudenza successiva si è allineata, aveva affermato che il contratto di *leasing* fosse un contratto di finanziamento in cui confluivano, nel contempo, l'interesse del concedente ad investire il capitale disponibile, sia l'interesse dell'utilizzatore a disporre di un bene produttivo senza immobilizzare una rilevante somma per effettuare l'acquisto, beneficiando in tal modo del finanziamento del concedente. La funzione di "finanziamento" si

l'ordinamento giuridico. Quindi l'imprenditore che versi in crisi di liquidità acquisirla vendendo il bene, del quale mantiene il godimento con il meccanismo del "*leasing* di ritorno", cercando di coniugare esigenze di liquidità e produttività con la possibilità poi di riacquistare la proprietà del bene in un momento. Pertanto, astrattamente configurato e considerato, il fenomeno è lecito. Tuttavia, in concreto, il contratto può integrare una violazione del divieto del patto commissorio, con alienazione a scopo di garanzia risolutivamente condizionato. La verifica deve essere fatta in concreto, perché il giudice deve verificare caso per caso se il contratto sia o meno conforme allo schema astratto e lecito, o se svolge funzione di garanzia, risolutivamente condizionata. La giurisprudenza ha elaborato tre indici che dovrebbero sussistere contestualmente per determinare l'illegittimità o l'illiceità:

- 1) la sussistenza di un rapporto di debito - credito tra originario proprietario e la società di *leasing*. È evidente che se sussiste un contestuale rapporto di debito - credito, potrebbe riscontrarsi anche la funzione di alienazione a scopo di garanzia.
- 2) l'eventuale situazione di difficoltà economica dell'imprenditore tale da far presumere vi sia lo sfruttamento della posizione di debolezza da parte della società di *leasing*, integrando ipotesi di divieto del patto commissorio previsto dalla legge.
- 3) la sproporzione di valore tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato, per cui se il valore del bene ceduto è superiore alla somma erogata all'imprenditore si configurerebbe un indice della possibile finalità illecita cui il contratto è destinato.

Si segnalano sul punto F. LOTTA, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 13 marzo 2012, Trib. Milano, 24 gennaio 2012, Trib. Milano, 28 giugno 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 356 ss.; F. ARCARI, *Indici di anomalia del lease back*, nota a Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, *cit.*, in *I Contratti*, 1/2008, p. 36 ss. e da ultimo Cass. Civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, parte I, 685 e ss. con nota di R. BROGI, dove si rinvengono considerazioni in merito alla causa concreta del contratto di *sale and lease back*.

esprimerebbe nell'incontro degli interessi delle parti, da un lato quello di realizzare un proficuo impiego del capitale e dall'altro quello di conseguire un bene produttivo senza perdere liquidità, svolgendo per l'impresa un'utile funzione economica, consentendo l'impiego dei capitali esistenti per altre finalità economiche.⁵⁷¹

Tale funzione ha reso il *leasing* un contratto di impresa in senso proprio, ossia caratterizzato dalla destinazione a realizzare forme di finanziamento utili all'esercizio dell'attività di impresa mediante la costituzione diretta o indiretta di liquidità⁵⁷².

In giurisprudenza si era da tempo evidenziato che la causa del contratto di *leasing* non potesse essere semplicemente assimilata *tout court* a quella del contratto di mutuo, poiché il *leasing* non necessita di un atto di consegna (né sul piano della finanziamento, né sul piano della messa a disposizione del bene locato) che vada a supplire una deficienza causale, essendo una figura negoziale autonoma, dotata di autonomo profilo causale e finalizzazione propria⁵⁷³. La Suprema Corte ha poi sottolineato che il mutuo non prevede l'esercizio di un'opzione finale per il riscatto del bene. L'unica funzione idonea ad esprimere appieno la causa del contratto di *leasing* è riconoscere al medesimo la funzione di finanziamento, soprattutto in forza dell'avvenuto riconoscimento della causa concreta quale funzione economico - individuale del rapporto contrattuale, a prescindere dal "tipo negoziale utilizzato"⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569 - 5570 - 5571 - 5572 - 5573 - 5574, in *Giur. It.* I, 1, 380 e 740; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 687, in *Foro it.*, 1990, I, 461, in *Giur. comm.*, 1990, II, 885 ss., *conf.* Cass. S.U., 1° luglio 1993, n. 65, in *Riv. it. leasing*, 1993, 207.

⁵⁷² G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 438.

⁵⁷³ Trib. di Pavia, 1.4.88, e S.V. G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 421 e ss.

⁵⁷⁴ Cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di ROLFI F., *La causa come « funzione economico-sociale »: tramonto di un idolum tribus?*; S.V. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (dir.), *Trattato del contratto*, II, Regolamento, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, I, in

Inoltre, come già ricordato, si è assistito nel tempo ad un progressivo allontanamento dalla concezione di “fido” legata al concetto di erogazione del credito per avvicinarsi ad una concezione che identifica il fido in tutte quelle attività che implicano l’assunzione da parte della banca di un rischio di controparte⁵⁷⁵.

Secondo la normativa di settore e la pratica bancaria, l’espressione “fido”, anche detto affidamento, o finanziamento avrebbe quantomeno due significati, stando ad indicare sia le operazioni di credito nelle varie forme giuridiche, sia l’ammontare globale del credito concesso dalla banca al singolo cliente.

A fronte di tutte le considerazioni esposte parrebbe corretto affermare che, alla luce del significato ricavabile dalle norme innanzi richiamate, il termine “fido” sia soprattutto utilizzato per indicare genericamente ed indistintamente le varie operazioni di concessione di credito che le banche (o intermediari finanziari o abilitati in genere) effettuano a favore della propria clientela.

Pertanto, non pare dubitabile che nella stipulazione di un contratto di *leasing* si possa certamente rilevare la sussistenza di un rischio in capo all’intermediario, nonché in capo all’utilizzatore il quale

Tratt. Rescigno-Gabrielli, 2° ed., Torino 2006, p. 550 ss; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2013, 957 e ss.

⁵⁷⁵ Si ricorda anche in questa sede che la nozione di *fido* bancario è stata oggetto di approfondito studio che ha condotto un illustre Autore ad affermare come la stessa abbia subito un’evoluzione, al punto da farvi rientrare, oltre ai rapporti da cui derivi un rischio creditizio in senso stretto, qualsiasi altra possibile “attività” di rischio, sempre che la stessa sia riferibile ad una specifica controparte. Cfr. U. MORERA, *Il Fido Bancario – Profili Giuridici*, cit. È poi indicativo il fatto che la regolamentazione emanata dalla Banca d’Italia, in attuazione della direttiva n. 92/121 in materia di Grandi fidi e del seguente decreto del Ministero del Tesoro n. 242633 del 22 giugno 1993, le Istruzioni di Vigilanza perdono l’originario titolo “Limiti massimi dei fidi concedibili” per assumere quello di “Concentrazione dei rischi”. Nelle Istruzioni di Vigilanza scompare del tutto il termine “fido” per essere sostituito con il termine “rischio”, rendendo evidente l’intenzione di ricomprendere nella fattispecie tutte le attività che determinino assunzione di rischio per la banca, riferibili ad un cliente o, ad ogni modo, ad una controparte determinata. Cfr. le considerazioni effettuate nel capitolo precedente.

assume i rischi e le responsabilità derivati dall'utilizzo del bene e il rischio di non poter far fronte al pagamento delle rate. Ulteriore conferma della natura di finanziamento del *leasing*, risiede nel fatto che l'operazione viene anche segnalata in Centrale dei rischi⁵⁷⁶ e questo non può che rappresentare la più evidente conferma che il *leasing* rappresenti una forma di finanziamento⁵⁷⁷. Si legge inoltre testualmente nelle Istruzioni di Vigilanza della banca d'Italia: «Le posizioni di rischio rivenienti dalle operazioni di *leasing* devono essere segnalate nella categoria di censimento rischi a scadenza valorizzando opportunamente la variabile di classificazione tipo attività o, ove ne sussistano i presupposti, tra le sofferenze. Tali posizioni devono essere rappresentate secondo i criteri propri del metodo finanziario. In particolare, nelle classi di dati accordato e accordato operativo deve essere segnalato l'ammontare dei crediti impliciti nei contratti di locazione finanziaria, cioè la somma delle quote capitale dei canoni a scadere e del prezzo di riscatto desumibile dal piano di ammortamento in base al tasso interno di rendimento»⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Come ricordato in precedenza la Centrale dei rischi è stata istituita presso la Banca d'Italia con delibera CICR del 16.5.1962. E' un sistema informativo che accentra le informazioni sugli affidamenti concessi da ciascun intermediario ai singoli clienti, persone fisiche e giuridiche, e costituisce strumento di valutazione e gestione del rischio finanziario insito nella concessione di un finanziamento. Tale sistema di raccolta e diffusione di dati è organizzato e gestito dalla Banca d'Italia, la quale ha il potere di emettere disposizioni in merito al contenimento del rischio e di vigilanza regolamentare.

⁵⁷⁷ Cfr. *Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia*, "Titolo IV – Capitolo 13 – Centrale dei Rischi", in www.bancaditalia.it.

⁵⁷⁸ *Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi*, capitolo II, sezione 4 *Segnalazione di operazioni particolari*, voce "*Leasing finanziario*", www.bancaditalia.it. La disposizione continua come segue «Nella classe di dati utilizzato deve essere indicato il medesimo importo maggiorato, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, dei canoni (quota capitale e interessi) scaduti e non rimborsati, dei relativi oneri accessori (IVA, commissioni, spese) nonché delle fatture scadute e non pagate emesse dall'intermediario per spese di carattere accessorio (ad es., di perizia dei beni, di registro) non ricomprese nei canoni. Nel periodo intercorrente tra la delibera di fido e la stipula del contratto di finanziamento, l'intermediario deve avvalorare la sola classe di dati accordato per un importo pari al costo del bene locato al netto dei canoni eventualmente anticipati. In caso di

Scopo precipuo dell'attività della Centrale dei rischi è sempre stato quello di tutelare i soggetti partecipanti al «rischio di credito»⁵⁷⁹, inteso come il rischio che il soggetto debitore versi nell'impossibilità e/o indisponibilità di far fronte alle proprie obbligazioni.

Si ribadisce quanto già affermato nel precedente capitolo, ovvero che il concetto di “finanziamento” assume il carattere della neutralità, rispetto al tipo contrattuale, il che significa che lo scopo di finanziamento può essere realizzato anche attraverso schemi contrattuali atipici, realizzati dall'autonomia delle parti, i quali, oltre alla loro funzione tipica, esplicano anche l'ulteriore scopo di finanziamento⁵⁸⁰.

Finanziamento, quindi, non solo come assunzione di rischio, bensì anche come forma di conferimento di un'utilità valutabile in termini economici dietro pagamento di un corrispettivo⁵⁸¹.

Come già ricordato, l'utilità nel contratto di *leasing* è il bene produttivo, spesso essenziale per l'esercizio dell'attività di impresa, tale

risoluzione del contratto di *leasing*, gli importi segnalati nelle pertinenti classi di dati non subiscono variazioni sino alla data di scadenza del termine eventualmente concesso all'utilizzatore per onorare il debito. Successivamente, qualora l'utilizzatore risulti inadempiente e non sussistano i presupposti per la segnalazione in sofferenza, non dovrà essere segnalato alcun importo nelle classi di dati accordato e accordato operativo mentre nell'utilizzato andrà indicato l'importo del credito vantato, comprensivo delle spese e degli eventuali altri oneri sostenuti (ad es. per il ripristino del bene danneggiato). Qualora l'operazione di *leasing* abbia ad oggetto immobili in costruzione, sino alla data di erogazione del finanziamento, l'intermediario dovrà segnalare, al nome dell'utilizzatore, nelle classi di dati accordato e accordato operativo l'importo deliberato dell'operazione, al netto dei canoni eventualmente anticipati. Verrà inoltre valorizzata la classe di dati utilizzato per un importo pari alle spese eventualmente sostenute dall'intermediario per la costruzione dell'immobile (cd. oneri di prelocazione)».

⁵⁷⁹ Sul rischio di credito, cfr. E. FACILE e A. GIACOMELLI, *Basilea 2 – Il nuovo processo del credito alle imprese*, a cura di E. Facile e A. Giacomelli, Milano, 2008, 331 ss.; J. HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, ed. it. a cura di E. Barone, Torino, 2009, 527 ss.

⁵⁸⁰ Sul punto cfr. U. MORERA, *op. cit.*

⁵⁸¹ Come ricordato in precedenza, sono contratti di finanziamento quelli in cui la funzione è l'apprestamento di una utilità, suscettibile di valutazione economica, implicante l'insorgenza a carico del finanziato di una obbligazione restitutoria. Cfr. G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 443 e ss.

da consentire l'impiego del bene nell'attività economica esercitata, senza impiegare ingenti somme nell'acquisto dello stesso, potendo investirle in altre attività redditizie o comunque necessarie per l'esercizio dell'attività. Allo stesso modo, sussiste in capo all'utilizzatore l'obbligo di pagare il canone periodico e di restituzione del bene alla scadenza, con possibilità di eventuale riscatto.

Quindi, secondo la corrente di pensiero qui riportata, la funzione creditizia sarebbe stata l'unica in grado di spiegare e sorreggere sotto il profilo causale, tutte le clausole caratteristiche dell'operazione di *leasing*, che pongono a carico dell'utilizzatore ogni rischio connesso all'utilizzazione del bene.

Ad ulteriore conferma di quanto sin qui affermato, si ricorda che la normativa sull'usura colpisce la sostanza e non la forma delle operazioni e delle pattuizioni. Tant'è che nelle disposizioni in materia di usura si fa espressamente riferimento alle soglie usurarie anche per i contratti di *leasing*⁵⁸². Pertanto, sorge spontaneo chiedersi che senso avrebbe prevedere una soglia usuraria per un'operazione specifica se la stessa non fosse destinata ad esprimere una funzione (o causa concreta del contratto) di finanziamento?

Come già ricordato la causa del *leasing* non deve essere assimilata *in toto* alla causa del mutuo, ma sempre più spesso il *leasing* viene chiamato a svolgere sostanzialmente le stesse funzioni che un tempo erano proprie del contratto di mutuo, come accade per il sempre più diffuso *leasing* immobiliare. La scelta di optare per il contratto di *leasing* rispetto al mutuo è spesso condizionata da motivi fiscali oltre

⁵⁸² Cfr. Istruzioni per l'utilizzo delle serie storiche dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge n. 108/96 (Disposizioni in materia di usura), agosto 2009, in www.bancaditalia.it.

che economici⁵⁸³, ma la finalità perseguita con entrambe le strutture è sostanzialmente la medesima, quella di finanziamento.

3.1 Il *leasing* quale contratto con causa di finanziamento: ulteriori considerazioni a sostegno.

Ad ulteriore conferma di quanto affermato, nel tentativo di analizzare la questione sotto ogni profilo, è possibile richiamare in sintesi quanto segue, a titolo puramente esemplificativo:

- le “*Istruzioni per l'utilizzo delle serie storiche dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge n. 108/96 (Disposizioni in materia di usura)*“ richiamano espressamente i contratti di *leasing* fra le “*tipologie di finanziamento*”⁵⁸⁴;
- il “*Foglio informativo*” che accompagna sempre le risposte della Banca d'Italia alle richieste dei soggetti finanziati di accedere ai dati della Centrale Rischi, conferma espressamente che nella Centrale Rischi vengono inserite le posizioni debitorie dei clienti, quindi di coloro che hanno beneficiato di finanziamenti⁵⁸⁵
- analoghe conferme si ricavano dalla lettura delle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia che impongono anche alle società di *leasing* (iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 TUB) di segnalare in Centrale Rischi i finanziamenti concessi alla loro clientela (cioè di fatto le operazioni di *leasing*)⁵⁸⁶;
- le “*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura per gli anni 1996,*

⁵⁸³ Il *leasing* spesso consente alcuni benefici fiscali rispetto al classico contratto di mutuo.

⁵⁸⁴ Cit., reperibile in www.bancaditalia.it

⁵⁸⁵ Cfr. www.bancaditalia.it.

⁵⁸⁶ Cfr. Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, “*Titolo IV – Capitolo 13 – Centrale dei Rischi*”, doc. I, in www.bancaditalia.it.

2001, 2009⁵⁸⁷– indicano espressamente le operazioni di *leasing* nelle categorie di operazioni creditizie per le quali vengono rilevati i tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e per la conseguente determinazione del T.S.U. (tasso soglia usurario). Sono quindi considerate finanziamenti a tutti gli effetti;

- le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia fanno espresso riferimento, per il *leasing* finanziario, al tasso interno di attualizzazione, confermando ulteriormente la natura di finanziamento del *leasing*⁵⁸⁸. Altrettanto esplicito è il punto nel quale le operazioni di *leasing* vengono inserite fra le tipologie di finanziamenti / operazioni di credito⁵⁸⁹;

- la disciplina sulla “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*” emessa dalla Banca d'Italia (fa espresso riferimento agli elementi tipici del finanziamento (tasso di interesse, tasso di attualizzazione, interessi in genere)⁵⁹⁰;

- le “*Istruzioni per gli Intermediari Creditizi*” emanate da Banca d'Italia specificatamente per le segnalazioni in Centrale Rischi⁵⁹¹ richiamano espressamente le operazioni di *leasing* fra i finanziamenti/operazioni di credito da segnalare in Centrale Rischi. Le operazioni di *leasing* vengono espressamente e pacificamente qualificate fra i rischi a scadenza, come altre forme tecniche di finanziamento nonché di “*erogazione del finanziamento*“. Per qualificare l'erogazione delle somme a fronte del contratto di *leasing* vengono poi utilizzati i termini di “*accordato e accordato*”

⁵⁸⁷ V. Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, doc. J doc. K doc. L in www.bancaditalia.it.

⁵⁸⁸ Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, *Titolo X – Capitolo 1 – pag. 8 – nota 2, cit.*

⁵⁸⁹ Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, “*Titolo X – Capitolo 1 – pag. 28 – Allegato A- doc. M – cfr. www.bancaditalia.it;*

⁵⁹⁰ Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, pag. 15, cfr. www.bancaditalia.it;

⁵⁹¹ *Circolare n. 139 dell'11.2.1991 – 14 ° Aggiornamento del 29. Aprile 2011”.*

operativo”, nonché “utilizzato” come per tutte le altre linee di crediti (fidi o finanziamenti)⁵⁹² ;

- nei “*Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale (Il credito al consumo- n. 48 – ottobre 1998*”) della Banca d’Italia si evidenzia che fra le operazioni di credito al consumo, quindi avente causa concreta di finanziamento, siano ricomprese anche le operazioni di *leasing*⁵⁹³;

- le c.d. “*FAQ LEASING aggiornate al marzo 2016*”⁵⁹⁴ confermano inequivocabilmente, espressamente e sotto vari profili, la tesi della causa concreta del finanziamento nei contratti di *leasing*⁵⁹⁵. Lo stesso documento descrive le differenze che si possono riscontrare tra i contratti di *leasing*, il contratto di mutuo e altre forme di finanziamento tradizionali esistenti sul mercato⁵⁹⁶. A titolo puramente esemplificativo, si ricorda che nel documento si legge che il contratto di *leasing* differisce dal mutuo in quanto consente di finanziare il costo del bene per intero, comprendendo anche il costo dell’IVA; consente di formalizzare contratti più flessibili rispetto alle esigenze dell’utilizzatore; è previsto il riscatto finale del bene; la disciplina fiscale è differente ed è prevista

⁵⁹² Cfr. *Istruzioni per gli Intermediari Creditizi*, Capitolo II, pagine: 36 e 37, *cit.*

⁵⁹³ Cfr. pagg. 21, 30, 31, 35, 49, 53, *cit.*

⁵⁹⁴ Predisposte e pubblicate da “*ASSILEA Associazione Italiana Leasing* - Cfr. Assilea – *FAQ Leasing*, reperibile in www.assilea.it.

⁵⁹⁵ Secondo cui: «Per locazione finanziaria (*leasing* finanziario) si intende l’operazione di finanziamento posta in essere da una banca o da un intermediario finanziario (concedente) consistente nella messa a disposizione per un determinato periodo di tempo e dietro il pagamento di un corrispettivo periodico (canone), di un bene acquistato o fatto costruire dal locatore da un terzo fornitore, su scelta e indicazione del Cliente (utilizzatore), che ne assume così tutti i rischi e conserva una facoltà al termine della predetta durata contrattuale di acquistare il bene ad un prezzo prestabilito ed eventualmente di prorogarne il suo utilizzo a condizioni economiche predeterminate o predeterminabili». Cfr. *FAQ leasing*, reperibile in www.assilea.it, cfr. in particolare le pagine: 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15.

⁵⁹⁶ Il documento indica anche le differenze, nonché i presunti vantaggi rispetto al noleggio, alla compravendita ordinaria, alla vendita a rate. Cfr. www.assilea.it.

un'istruttoria più flessibile, volta a valutare l'affidabilità del cliente e la fungibilità del bene.

Queste precisazioni e differenziazioni rispetto ad altre forme di concessione del credito, costituiscono implicite conferme che il *leasing* costituisce una forma di finanziamento.

La previsione di una procedura di "istruttoria" per la concessione del *leasing*, in particolare, e la descrizione della relativa procedura, seppur più sintetica e semplificata rispetto ad altre forme di finanziamento, evoca il concetto di "istruttoria di fido".

La concessione di una linea di credito, infatti, richiede una delicata fase di "istruttoria" delle domande di fido⁵⁹⁷, in quanto il fido viene concesso dietro espressa richiesta dell'interessato, tesa a raggiungere un'effettiva conoscenza del cliente da parte della banca. Da qui l'esigenza di compiere tutte le analisi e le indagini necessarie, sia in merito alle capacità finanziarie ed economiche del soggetto richiedente il credito, sia alle sue capacità di rimborso. In una parola, si tratta di indagini in concreto finalizzate a valutare la meritevolezza della clientela richiedente l'erogazione del credito⁵⁹⁸. Scopo dell'intermediario è quello di valutare la meritevolezza del soggetto affidatario e la solvibilità dello stesso onde evitare il c.d. «rischio di credito». Quest'ultimo, nell'ambito di un'operazione creditizia, identifica il caso in cui il debitore – cliente (ovvero l'utilizzatore) non adempia in tutto o in parte ai propri obblighi di rimborso del capitale e di pagamento degli interessi pattuiti contrattualmente, determinando

⁵⁹⁷ In origine il fondamento dell'istruttoria di fido era riconducibile nell'abrogato art. 35, 2° co., lett. c), Legge bancaria. Oggi norma di riferimento è l'art. 53, 1° co., lett. d), t.u. l. banc. (c.d. TUB). Le banche devono mirare ad una sana e prudente gestione dell'impresa bancaria, realizzando strutture organizzative interne idonee a garantire esaurienti istruttorie preliminari nella concessione degli affidamenti e periodiche "revisioni" degli elementi conoscitivi acquisiti *ab origine*.

⁵⁹⁸ Relativamente alla procedura di istruttoria di fido S.V., U. MORERA, *Il fido bancario – profili giuridici*, cit.

una perdita più o meno ingente a carico del creditore (l'intermediario abilitato). Tale inadempimento del cliente può essere causato da una vera e propria insolvenza sopravvenuta dello stesso (c.d. *default*), oppure dalla variazione inattesa del merito del credito della controparte verso cui la banca ha un'esposizione.⁵⁹⁹ Difatti, l'eventuale impossibilità di recuperare il credito atteso, inevitabilmente rischia di influire sulla stabilità stessa delle banche, nonché sul loro apporto in merito al processo di riallocazione delle risorse. Pertanto, gli intermediari devono utilizzare tutti gli strumenti di informazione disponibili, assumendo ogni ulteriore iniziativa atta a rendere il livello di approfondimento adeguato all'entità del fido e al grado di rischio connesso.⁶⁰⁰

Alla luce di quanto esposto, pare oggettivamente logico affermare che se il contratto di *leasing* richiede la necessità di eseguire preliminarmente un'istruttoria idonea a condizionare la stipulazione o meno del contratto, siamo a tutti gli effetti in presenza di un contratto di finanziamento.

Si legge ancora nelle FAQ *leasing*⁶⁰¹: «la decisione dell'utilizzatore di stipulare o meno un determinato contratto di *leasing*

⁵⁹⁹ In merito al «rischio di credito» S.V., E. FACILE e A. GIACOMELLI, *Basilea 2 – Il nuovo processo del credito alle imprese*, a cura di E. Facile e A. Giacomelli, Milano, 2008, p. 331 ss.; J. HULL, *Opzioni, futures altri derivati*, ed. italiana a cura di E. Barone, Pearson Education, Inc, publishing as Prentice Hall, 2009, 527 ss.

⁶⁰⁰ Così U. MORERA, *op. cit.*, 116 ss. Inoltre, in merito all'istruttoria di fido e al connesso rischio di credito, la Banca d'Italia, in forza del proprio potere-dovere di vigilanza ha attuato conformi Istruzioni di vigilanza ove si legge testualmente: «nella fase istruttoria, le banche acquistano tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve (...) permettere l'individuazione delle caratteristiche tecniche e della qualità del prestatore, anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute. Nel caso di affidamenti ad imprese, ad esempio, sono acquisiti i bilanci (anche consolidati, se disponibili) nonché ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda». Cfr. istruzioni di Vigilanza per le banche, *cit.*

⁶⁰¹ FAQ LEASING, *cit.*

è vincolata alla decisione della società di *leasing*, che di fatto deve anticipare una somma di denaro, in cambio di un rientro del capitale diluito nel tempo». La lettera della disposizione non sembra equivocabile. Ovvero la società di *leasing* anticipa una somma all'utilizzatore in cambio dell'impegno di quest'ultimo a restituire quanto ricevuto. A tal fine la società di *leasing* potrà richiedere, in alcuni casi delle garanzie a supporto della pattuizione, siano esse "tipiche", di natura personale o reale (fideiussione, pegno, ipoteca, deposito cauzionale), ovvero delle garanzie "atipiche", come il patto di riacquisto" da parte del fornitore del bene o di un terzo, lettera di patronage non impegnativa, lettera di patronage impegnativa, impegno al subentro in caso di inadempimento, mandato ad iscrivere ipoteca⁶⁰².

Inoltre, sono talvolta le banche stesse a comunicare al pubblico dei potenziali clienti che il *leasing* è un'operazione di finanziamento⁶⁰³

Per quanto riguarda la Giurisprudenza appare utile richiamare due interessanti e puntuali sentenze di merito che hanno confermato la causa di finanziamento del *leasing*.

Merita menzione il Tribunale di Milano il quale ha testualmente affermato quanto segue: «...Nella circolare della banca d'Italia avente ad oggetto le "Istruzioni per gli intermediari creditizi" sono indicati tra i "rischi a scadenza" anche quelli rivenienti dalla categoria del "*leasing*"; in assenza di ulteriori specificazioni o restrizioni si deve, pertanto, ritenere che in detta categoria rientri a pieno titolo anche il leasing operativo, in considerazione della (parziale) analogia di struttura con il leasing finanziario...»⁶⁰⁴ ;

⁶⁰² In tema di garanzie cfr. ad es. G. CASSANO, *Garanzie reali e personali*, a cura di R. Clarizia, Padova, 2011, *passim*.

⁶⁰³ Cfr. alcuni moduli bancari.

⁶⁰⁴ Tribunale di Milano, 16.1.2013, Est. Ricciardi, in *www.ilcaso.it*.

Ancora il Tribunale di Padova⁶⁰⁵ ha affermato che «...proprio la differenza di disciplina tra l'art. 73 in caso di vendita con riserva di proprietà e l'art. 72 quater significa che il legislatore non ha inteso disciplinare il leasing come una vendita con riserva di proprietà, optando invece per una figura unitaria di contratto avente natura e causa finanziaria...».

Alla luce di tutto quanto esposto, pare opportuno ricordare quella omogeneità di tendenze, ossia il progressivo abbandono della *tradito* e della realtà in favore di rapporti più agili, in cui il consenso sia sufficiente per la perfezione del negozio. Nuova funzione economico – sociale del finanziamento in cui l'arricchimento è conseguenza della disponibilità di qualunque bene sia valutabile in termini di trasparenza monetaria, oltre al vincolo di destinazione opponibile a qualsivoglia incremento patrimoniale⁶⁰⁶.

In conclusione, alla luce di quanto affermato e del concetto più moderno di “finanziamento”⁶⁰⁷, pare di poter affermare che il *leasing*, in tutte le sue forme tecniche, ivi compreso il *sale and lease back*, possa rientrare nel concetto di finanziamento, conferendo ad un soggetto determinato un'utilità oltre che assumendo verso gli stessi un margine di rischio.

⁶⁰⁵ Tribunale di Padova, 14.3.2014 – Pres. M.A. Maiolino – Est. C. Zambotto, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰⁶ Talvolta si riscontrano conferme in merito alla natura di finanziamento del *leasing* riscontrano anche negli stessi contratti di *leasing*, predisposti dagli intermediari abilitati, dove si rinviene l'espressa qualificazione dell'operazione quale “locazione finanziaria”; o viene dichiarata la “natura finanziaria” dell'operazione stessa.

⁶⁰⁷ Così G. CASSANO, *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, cit., 428.

4. La presenza di derivati c.d. “impliciti”.

Il contenzioso giudiziale più recente ha mostrato che in diverse occasioni i contratti di *leasing* contenevano al proprio interno strumenti finanziari derivati.

Va anche preliminarmente ricordato che gli strumenti finanziari derivati vengono normalmente predisposti e utilizzati in collegamento con contratti di credito, nelle varie forme tecniche, a copertura (teoricamente) di rischi di tasso di interesse o di cambio. Il fatto che con sempre maggiore frequenza strumenti finanziari vengano inseriti, in modo più o meno trasparente, all'interno di contratti di *leasing* (come vedremo una delle formule più frequenti è attraverso la clausola di indicizzazione), costituisce un'ulteriore conferma che il *leasing* integra una forma di finanziamento.

Si è già provveduto a descrivere nei capitoli precedenti la natura giuridica di un contratto di finanziario derivato, la natura del medesimo quale finanziamento atipico e le relative implicazioni con l'usura, soprattutto in caso di presenza di un *up front*, originario o sopravvenuto a causa del verificarsi di perdite in corso di rapporto.

Statisticamente è stato dimostrato che il contratto derivato maggiormente frequente nel *leasing* è il *floor*. Tuttavia, le analisi peritali più recenti hanno evidenziato che talvolta è possibile individuare anche la presenza di un derivato IRS, in quanto si realizza uno scambio dei tassi di interesse o di cambio. Diversamente da quanto avviene in presenza di contratti di mutuo in cui il derivato ivi riscontrabile è, solo nella pratica, il *floor*.

4.1 Il tasso di *leasing* indicizzato.

Le operazioni di *leasing* prevedono un tasso, anche detto Tasso Interno (TIR), che si identifica con il tasso interno di attualizzazione per il quale si verifica l'uguaglianza fra costo di acquisto del bene locato (al

netto delle imposte) e il valore attuale dei canoni e del prezzo dell'opzione finale di acquisto (al netto delle imposte) contrattualmente previsti⁶⁰⁸.

I recenti contenziosi hanno evidenziato che frequentemente i contratti di *leasing* contenevano la clausola di indicizzazione.

Un'operazione di *leasing* si dice "indicizzata", o a "tasso indicizzato", quando ciascuna rata del canone *leasing* è legata alle variazioni di un parametro finanziario di riferimento scelto dalle parti ed inserito in contratto in una specifica clausola contrattuale di indicizzazione.

In tale clausola sono indicati chiaramente: il parametro preso a riferimento per l'indicizzazione (es. Euribor a 3 mesi); le modalità di calcolo dell'indicizzazione del canone in relazione alla variazione del parametro di riferimento⁶⁰⁹.

Ad una prima lettura la clausola di indicizzazione pareva essere strutturata per scopi cautelativi rispetto alle oscillazioni dei tassi di cambio⁶¹⁰ o di tassi di interesse. In realtà le analisi tecniche, svolte da

⁶⁰⁸ Il TIR è calcolato come tasso periodale espresso in termini di Tasso Nominale Annuo, sviluppato con la stessa periodicità dei canoni sulla base di un anno standard di 365 gg. composto di periodi (mesi, bimestri, trimestri o semestri) tutti eguali fra di loro. In sostanza è il TIR dell'operazione di *leasing*, o meglio del flusso di cassa ad essa correlato, e costituito da: esborso pari al costo di acquisto del bene (senza IVA), che non è attualizzato in quanto si suppone posizionato all'istante zero dell'asse dei tempi; incassi legati ai canoni ed al prezzo di acquisto finale (senza IVA), da attualizzare in quanto percepiti (salvo semmai il solo canone alla stipula) durante tutta la vita del contratto. Cfr. FAQ *Leasing*, cit., voce "cos'è il tasso *leasing*?". Le istruzioni della Banca d'Italia forniscono in aggiunta una ulteriore precisazione: "Per i canoni comprensivi dei corrispettivi per servizi accessori di natura non finanziaria o assicurativa andrà considerata solo la parte di canone riferita alla restituzione del capitale investito per l'acquisto del bene e dei relativi interessi".

⁶⁰⁹ Cfr. FAQ *Leasing*, cit., voce "cos'è il tasso indicizzato?".

⁶¹⁰ La clausola contenuta in un contratto di *leasing* che ancora la misura dei pagamenti periodicamente dovuti dall'utilizzatore alla variazione – rispetto a un dato parametro di cambio convenzionale individuato in sede di conclusione del contratto – del cambio tra euro e franco svizzero realizza un contratto finanziario derivato, incorporato all'interno dell'operazione creditizia di cui al *leasing* ma causalmente distinto da quest'ultimo. Per l'effetto, a tale pattuizione si applica la disciplina contrattuale in materia di servizi di investimento prevista dal testo unico

esperti del settore, hanno dimostrato che le clausole di indicizzazione costituivano dei veri e propri derivati finanziari, incorporati nell'operazione di *leasing*. Tali derivati hanno ingenerato una serie di costi, quasi sempre occulti, e hanno determinato notevoli problematiche anche in relazione al rispetto delle soglie di usura. Puntuali conferme di quanto affermato si rilevano nella perizia riportata di seguito, oltre al primario problema di individuazione della corretta disciplina applicabile ad una figura giuridica – finanziaria di tale portata e complessità.

Si pone pertanto il problema di individuare quale sia il *discrimen* tra una clausola di indicizzazione ordinaria e un derivato implicito (anche detto *embedded derivative*). In Dottrina è stato evidenziato che si parla di derivati “puri” e di derivati “impliciti”, intendendo per “derivato implicito” lo strumento finanziario le cui componenti derivate sono inserite in contratti tipici, e prevalentemente in contratti di finanziamento come mutui e *leasing* (confermando, di fatto, la natura di contratto di finanziamento del *leasing*). Si tratta di una tipologia contrattuale di grande diffusione e pericolosità, in quanto l'opacità insita nello strumento derivato è in qualche misura ulteriormente amplificata dall'essere occultato in un altro contratto, e quindi spesso sottoscritto dai clienti senza particolari remore.⁶¹¹ Pare opportuno riportare quanto affermato da un recente Regolamento europeo, il quale afferma che «un derivato incorporato è una componente di un contratto ibrido che include anche un contratto primario non-derivato, con l'effetto che alcuni dei flussi finanziari dello strumento combinato

sull'intermediazione finanziaria. Cfr Trib. di Udine, 29 febbraio 2016, n. 263, est. Venier, in *www.dirittobancario.it*. Conf. Tribunale di Udine, 24 febbraio 2015, R.G. n. 6459/2012, Tribunale di Udine, 13 maggio 2015, n. 711; Tribunale di Udine, 20 luglio 2015, n. 1036 – est. Venier; Tribunale di Udine, 25 agosto 2015, n. 1179; Tribunale di Udine, 1 settembre 2015, n. 1196.

⁶¹¹ Così, U. PATRONI GRIFFI, *L'oggetto dei contratti su derivati nella giurisprudenza più recente*, ottobre 2016, p. 8, in *Rivista diritto bancario*.

variano in maniera simile a quelli del derivato preso a sé stante. Un derivato incorporato determina una modifica di alcuni o tutti i flussi finanziari che altrimenti il contratto avrebbe richiesto, con riferimento a un determinato tasso di interesse, al prezzo di un determinato strumento finanziario, al prezzo di una determinata merce, a un determinato tasso di cambio, a un indice di prezzi o di tassi, rating di credito o indice di credito o altra variabile, a condizione che, nel caso di variabile non finanziaria, tale variabile non sia specifica di una delle parti contrattuali»⁶¹². La stessa fonte di matrice europea ha affermato con chiarezza che «i derivati che sono incorporati in contratti di *leasing* sono soggetti alle disposizioni sui derivati incorporati» del medesimo Regolamento europeo⁶¹³.

Trattandosi di regolamento europeo, costituisce un atto normativo avente portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri⁶¹⁴. Costituisce inoltre un'autorevole conferma della tesi secondo cui la clausola di indicizzazione nel *leasing* configuri la fattispecie del derivato, a prescindere dall'eventuale diverso *nomen iuris* utilizzato. Tale impostazione troverebbe poi ulteriore supporto nel principio

⁶¹² Cfr. Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016, che modifica il regolamento (CE) n. 1126/2008 che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'International Financial Reporting Standard 9, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 29.11.2016, Derivati incorporati (sezione 4.3), p. 4.3.1.

⁶¹³ Cfr. Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016, *cit.*, 2.1. p. -iii).

⁶¹⁴ Cfr. Articolo 288 (ex articolo 249 del TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri»

pacificamente riconosciuto nel nostro ordinamento della prevalenza della sostanza sulla forma.⁶¹⁵

Appare poi utile evidenziare che la sentenza del Tribunale di Udine⁶¹⁶ dichiara espressamente la natura di finanziamento del *leasing*, e menziona espressamente l'attività di erogazione del credito, così come la stessa parte convenuta in giudizio (l'intermediario abilitato) mirava a far valere la prevalenza della causa di finanziamento del *leasing*.

In tale occasione il giudice ha altresì affermato la responsabilità della banca da contatto sociale.

5. La mancata autorizzazione ad operare in derivati e la non corretta formazione della volontà negoziale.

Sembra opportuno affrontare subito un aspetto che non pare secondario. Più precisamente quello dell'autorizzazione a operare in quel particolare servizio di investimento che è l'attività in strumenti finanziari derivati.

L'analisi di casi concreti ha confermato che talvolta gli intermediari non erano in possesso della predetta autorizzazione.

Su punto è già intervenuta la Corte di Cassazione⁶¹⁷, affermando che l'autorizzazione specifica ad operare in strumenti finanziari previsti dal TUF, risponde ad un'esigenza di ordine pubblico, di tutelare sia l'interesse individuale dei singoli clienti, sia il più ampio interesse alla stabilità ed efficienza del mercato, e preservare il mercato stesso nonché il sistema finanziario dall'inquinamento proveniente dall'impiego di

⁶¹⁵ Non pare infatti condivisibile la difesa talvolta utilizzati dagli intermediari negli atti giudiziari, secondo cui la clausola di indicizzazione "funzionerebbe come un derivato ma non sarebbe in realtà un derivato".

⁶¹⁶ Trib. di Udine, 29 febbraio 2016, n. 263 *cit.*

⁶¹⁷ Cfr. Cass. Civ. n. 3272 del 7 marzo 2001, in *Contratti*, 2002, fasc. I, p. 28 e ss. con nota di E. GIRINO.

risorse illegali o dall'esistenza sul mercato di soggetti che operano in strumenti finanziari altamente complessi e rischiosi, senza avere il capitale necessario, le competenze, e senza essere sottoposti al controllo capillare degli Organi di Vigilanza.

La Cassazione ha stabilito che l'autorizzazione, l'iscrizione all'albo specifico e i successivi controlli delle Autorità assumono una valenza che «trascende la formale e ordinaria gestione dell'attività ed investe l'atto in cui essa si sostanzia, essendo interesse dell'ordinamento rimuoverlo, per le turbative che crea sul sistema finanziario in generale»⁶¹⁸. Pertanto, ha affermato la Cassazione, nei casi in cui l'intermediario che ha operato in derivati fosse sprovvisto dell'autorizzazione specifica, la sanzione non può che essere la nullità totale della pattuizione stipulata.

Da ciò deriverebbe quindi la nullità dei contratti derivati inseriti nel contratto di *leasing* e di tutte le condizioni economiche applicate al contratto di *leasing* stesso, con i conseguenti obblighi restitutori *ex art.* 2033 c.c. per i pagamenti effettuati e/o di ricalcolo per i periodi pregressi e per quelli a scadere (in altre parole per le rate già scadute e per quelle a scadere).

Tale statuizione della Suprema Corte pare trovare conferma anche esaminando l'operazione nel suo complesso, in quanto pare logico affermare che la presenza dei predetti derivati all'interno del contratto di *leasing* abbia condizionato sostanzialmente le pattuizioni delle condizioni economiche applicate al rapporto negoziale, costituendone elemento intrinseco ed essenziale, con particolare riferimento alla determinazione del tasso corrispettivo. Ciò in quanto nell'ambito della pattuizione i derivati risultano in strettissimo collegamento negoziale con i rimanenti elementi di determinazione del

⁶¹⁸ Cfr. Cass. Civ. n. 3272 del 7 marzo 2001, *cit.*

tasso di interesse (entità del tasso e modalità del calcolo), per cui la nullità del derivato non potrebbe che travolgere anche la complessiva pattuizione del tasso ultralegale. La contrarietà alla norma imperativa ha certamente l'effetto di travolgere l'intera pattuizione relativamente agli interessi e non solo quella relativa alle clausole connesse al derivato. In tali casi parrebbe inoltre non essere applicabile il meccanismo dell'inserimento automatico di clausole sostitutive, in quanto non previste da alcuna norma.

Trattandosi di violazione di norme imperative, inoltre, non sarebbe neanche ipotizzabile l'applicazione di criteri equitativi di qualsivoglia natura.

Pertanto, la presenza del derivato implicito ha certamente inciso fortemente sulla pattuizione negoziale. La nullità del derivato interno, per assenza di autorizzazione dell'intermediario a collocare derivati sul mercato finanziario, dovrebbe travolgere l'intera clausola relativa alle condizioni economiche da applicare al rapporto, in forza dell'essenzialità della clausola di indicizzazione (ovvero, del derivato occulto).

Anche analizzando gli elementi del contratto, si possono riscontrare ulteriori violazioni dal punto di vista della corretta formazione del consenso in capo al cliente. Come ricordato, infatti, i derivati interni all'operazione di *leasing* sono quasi sempre rimasti celati al cliente stesso, il quale non aveva la contezza dell'effettivo contenuto del contratto sottoscritto e dei rischi ad esso collegati. Pertanto, tale aspetto potrebbe certamente incidere sulla validità del rapporto negoziale anche secondo i canoni civilistici della corretta formazione del consenso. A ben vedere, risulta difficile ritenere manifestata consapevolmente e liberamente la volontà dell'utilizzatore relativamente alla determinazione del tasso convenzionale (e del costo effettivo per il medesimo), certamente influenzata dalla clausola di

indicizzazione, e a fronte dell'applicazione di pattuizioni economiche determinate da derivati occulti, che contenevano commissioni e costi occulti.

La sanzione della nullità parrebbe quindi evidente anche sotto il profilo della mancanza del consenso, elemento essenziale della pattuizione contrattuale.

6. Il contratto di *leasing* e il collegamento negoziale con i derivati: il costo effettivo del *leasing* quale elemento determinante del consenso.

Un ulteriore aspetto che merita di essere segnalato è la natura del collegamento sussistente tra il contratto di *leasing* e il derivato interno. Il fatto che sussista un effettivo collegamento negoziale fra i contratti parabancari di *leasing* ed i contratti “derivati”, non sembra essere un'affermazione priva di fondamento.

A ben vedere, in tali casi, la funzione economica individuale, la ragione concreta, la giustificazione dell'operazione economica, la sintesi degli interessi reali voluti nello specifico dalle parti nel sinallagma complessivo⁶¹⁹, o la causa unitaria (che dir si voglia) dell'operazione (derivati e *leasing*), poteva essere rappresentata e realizzata necessariamente e tecnicamente solo attraverso la combinazione dei contratti medesimi (*leasing*/ derivati).

Pertanto, alla luce della disciplina del collegamento negoziale, secondo cui la presenza di un nesso teleologico funzionale tra *leasing* e derivati, porta alla creazione di un'operazione nella sostanza unitaria, e le vicende che coinvolgono uno dei segmenti dell'operazione, il

⁶¹⁹ Sul punto si richiama V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., ROPPO V., *Il contratto*, cit., 363 e ss., C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (dir.), *Trattato del contratto*, II, cit.,

derivato, dovrebbero di riflesso travolgere anche, come detto, le pattuizioni economiche del *leasing*⁶²⁰ come, ad esempio, il tasso di interesse.

Va anche evidenziato che la nullità delle condizioni economiche non determinerebbe necessariamente la nullità dell'intero contratto di *leasing*. In effetti il cliente dell'intermediario abilitato (l'utilizzatore) potrebbe avvalersi della facoltà di eccepire la c.d. "nullità selettiva", al fine di ottenere in giudizio l'accertamento della nullità delle condizioni economiche applicate al rapporto (ivi compresi il tasso d'interesse e il derivato), ferma restando la validità ed efficacia del contratto di *leasing*.

Si richiamano sul punto i principi espressi dalla Suprema Corte⁶²¹ che ha di recente stabilito che la nullità del contratto non comporta necessariamente la nullità dell'intero rapporto, potendo il cliente avere piuttosto interesse a formulare domande di "nullità selettiva", mirata a salvaguardare alcuni aspetti prodotti dall'esecuzione del contratto dichiarato nullo e farne caducare altri che si sono rivelati svantaggiosi.

La Corte è intervenuta in un contesto giurisprudenziale incerto sul punto, in quanto a fronte di un indirizzo favorevole alla possibilità di "selezione" delle nullità, si contrapponeva l'opposta corrente di pensiero che ravvisava nell'esercizio selettivo dell'azione di nullità una violazione della clausola di buona fede in senso oggettivo. Secondo tale impostazione si sarebbe tradotta in un utilizzo improprio della tutela approntata dall'ordinamento, laddove il cliente dell'intermediario abilitato avesse scelto di preservare la maggior parte degli effetti pratici

⁶²⁰ Sul meccanismo del collegamento negoziale si rinvia, tra agli altri, a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 387 e ss.

⁶²¹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, del 27 aprile 2016, n. 8395 in www.dirittobancario.it.

del negozio di cui invocava l'inefficacia. La Corte ha aderito al primo orientamento citato.⁶²²

Pertanto, sulla base del predetto orientamento della Suprema Corte, il cliente può ben decidere di limitare ad alcuni aspetti “selezionati” gli effetti della invocata invalidità del contratto di *leasing*, senza, per ciò, incorrere in un abuso del diritto.

Che si possa poi riscontrare un collegamento tra contratto primario di *leasing* e derivato implicito, o incorporato, pare confermato, come detto, anche da recenti disposizioni di natura sovranazionale, ove è possibile leggere che il derivato incorporato in un contratto di *leasing* è strettamente correlato al contratto primario «se il derivato incorporato è rappresentato da un indice collegato all'inflazione, quale “l'indicizzazione” dei pagamenti di *leasing* basato su di un indice di prezzi al consumo» o da «canoni potenziali basati su tassi di interesse variabili⁶²³.

In questo senso, occorre poi chiedersi quali siano stati gli elementi determinanti del consenso che hanno indotto il cliente ad aderire alla proposta dell'intermediario ed alla conseguente operazione combinata (derivati/*leasing*) di cui si tratta.

Come più volte ricordato, gli imprenditori devono far fronte al fabbisogno finanziario insito in qualsivoglia attività economica e ricorrono inevitabilmente al credito di terzi, ovvero al sistema bancario - finanziario).

⁶²² A favore della possibilità di “selezione” le nullità, S. V., ad esempio, Tribunale di Prato, sentenza 2 agosto 2013 e Tribunale di Milano, sentenza 29 aprile 2015, *contra* Tribunale di Modena sent. n. 846/2015.

⁶²³ Cfr. *Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016, che modifica il regolamento (CE) n. 1126/2008 che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'International Financial Reporting Standard 9*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 29.11.2016, Derivati incorporati (sezione 4.3) B - 4.3.8, p. f).

Spesso è necessario ottenere finanziamenti a medio - lungo termine per fronteggiare investimenti di significativa portata economica.

Elementi fondamentali per effettuare la scelta fra le varie forme tecniche di finanziamento a medio/lungo termine esistenti sul mercato, sono certamente la convenienza economica ed il beneficio fiscale derivanti da una data operazione.

Entrambi questi elementi dovrebbero essere, teoricamente, presenti in un contratto di *leasing*.

Quindi un imprenditore che ricorra alla forma di finanziamento del *leasing*, verosimilmente basa la propria scelta principalmente su valutazioni di convenienza economica.

Pertanto, l'imprenditore nel scegliere l'intermediario abilitato con il quale stipulare un contratto di *leasing* deve essere messo nelle condizioni di poter comparare le varie offerte/proposte presenti sul mercato alla luce di tutti gli elementi di costo.

Va anche ricordato che è parte dell'esperienza professionale di tutti gli operatori del diritto il fatto che la contrattualistica presentata dai citati intermediari sia sostanzialmente "uniforme", e che sia frutto della predisposizione pressoché unilaterale da parte delle associazioni di categoria.

Gli unici elementi che differenziano realmente una proposta da un'altra sono quindi le condizioni economiche applicate al rapporto di *leasing*.

Appare quindi evidente come la presenza di uno o più derivati nel contratto di *leasing*, che incidono pesantemente sul costo effettivo dell'accesso al credito da parte del cliente dell'intermediario abilitato, sia determinante ai fini della valutazione preliminare nella fase precontrattuale e della successiva conclusione del contratto.

A rigor di logica parrebbe quindi priva di fondamento la tesi che riconosce al derivato occulto presente in un contratto di *leasing* una funzione meramente ancillare ed irrilevante.

Alla luce di quanto esposto, appare quindi corretto ritenere che l'invalidità del segmento negoziale del derivato, dovrebbe travolgere anche le restanti parti della pattuizione, quale il tasso di interesse, consentendo al cliente di recuperare tutto quanto pagato a titolo di interesse (e derivati) attraverso la corresponsione all'intermediario dei canoni di *leasing*.

In alternativa, si potrebbe ipotizzare la sanzione della nullità della clausola anche sotto il profilo dell'indeterminatezza del tasso di interesse oltre che per vizio del consenso in capo al cliente, ignaro della presenza dello strumento finanziario.

La nullità della pattuizione, per i motivi esposti dovrebbe ricondurre il saggio di interesse applicato al *leasing* al tasso legale, con i conseguenti obblighi restitutori e/o di ricalcolo a carico dell'intermediario abilitato.

7. Il tasso corrispettivo.

La verifica dell'eventuale superamento delle soglie usuarie deve essere effettuata, relativamente al *leasing*, in due diversi momenti: il primo, al momento della stipula del contratto, verificando che le clausole contrattuali determinino o meno la violazione della legge sull'usura (c.d. usura originaria); il secondo: nel corso del rapporto. Per i motivi già esposti va ricordato che la Giurisprudenza, che appare essere al momento prevalente, ritiene che nel caso in cui il superamento avvenga in corso di rapporto per effetto dell'abbassamento fisiologico delle soglie usuarie nel tempo, si configuri la fattispecie dell'usura sopravvenuta, con conseguente ricalcolo del rapporto dare-avere tra le

parti al tasso legale, riportando il tasso applicato al limite delle soglie usurarie (T.S.U.) tempo per tempo vigente.

Ci si limita in questa sede a ribadire che detta tesi, seppur autorevolmente sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione, non appaia del tutto convincente. Appare infatti corretto dare atto anche di altra impostazione, secondo cui l'usura nel corso del rapporto possa essere giuridicamente trattata come usura originaria, soprattutto quando la controparte è un intermediario finanziario. Ciò in quanto l'intermediario è un soggetto peculiare del sistema economico, tenuto per legge e per ruolo a dotarsi di un adeguato assetto organizzativo e sistemi interni di controllo per la rilevazione dei tassi di interesse. Pertanto, è difficile ipotizzare che l'intermediario non abbia un sistema per la rilevazione delle soglie usurarie e delle variazioni subite dai tassi di interesse nel tempo, nonché di adeguate procedure organizzative proprio per addivenire ad un rispetto sistematico ed ininterrotto nel tempo della normativa sull'usura, a prescindere dalle fluttuazioni intervenute nel mercato dei tassi di interesse. In caso contrario saremmo di fronte ad una grave inefficienza organizzativa.

Inoltre, non appare infondato ritenere che il superamento delle soglie usurarie, dovuto a variazioni unilaterali delle condizioni economiche effettuate (*ex art. 118 TUB*) dal soggetto che eroga il *leasing*, possa di fatto essere considerata alla stregua di una nuova pattuizione, che incide sull'aspetto economico della negoziazione, ovvero su un elemento essenziale dell'aspetto negoziale⁶²⁴.

⁶²⁴ Cfr. il capitolo I della presente trattazione.

8. Analisi applicativa: “La presenza di un derivato implicito in un contratto di *leasing* e superamento delle soglie di usura”.

Si riportano alcuni stralci di un’analisi applicativa⁶²⁵, che rappresenta l’interessante studio di un caso concreto, relativo ad un *leasing* immobiliare.

Dalle analisi tecniche predette si deduce che la presenza di un derivato implicito all’interno del contratto di *leasing* determina ulteriori costi e oneri a carico dell’utilizzatore/cliente, spesso molto consistenti per quest’ultimo e non palesati all’origine del rapporto, che risultano connessi all’erogazione del credito. Tali voci di costo aggiuntive rispetto all’ordinario rapporto di *leasing* dovrebbero essere prese in considerazione nel momento in cui si valuta il compiuto rispetto delle soglie usurarie, al pari delle altre voci di spesa (interessi, oneri, commissioni, canoni ecc.) tipici del contratto di *leasing*.

Ciò in forza delle considerazioni più volte esposte in relazione a quella che pare essere la più corretta lettura dell’art. 644 c.p., ovvero che ogni costo connesso all’erogazione del credito andrebbe inserito nel calcolo dell’usura, per valutare il rispetto delle soglie tempo per tempo vigenti.

Per tutte le ulteriori considerazioni in tema di derivati e usura si rinvia a quanto affermato nel capitolo precedente.

Contratto di LEASING ALXYZ

⁶²⁵ Si Ringrazia la Società *Zucchinali & Partners S.r.l.*, autorevole consulente indipendente, che ha gentilmente e disinteressatamente concesso l’analisi applicativa riportata, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della privacy dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

Dati del contratto

<i>Tipologia:</i>	<i>Leasing</i>
<i>Data:</i>	<i>15/06/2006</i>
<i>Importo:</i>	<i>Euro 453.000,00</i>
<i>Durata:</i>	<i>15 anni</i>
<i>Tipo di ammortamento:</i>	<i>francese</i>
<i>Periodicità:</i>	<i>mensile</i>
<i>Parametro:</i>	<i>Euribor 3 mesi</i>
<i>Canone alla stipula</i>	<i>Euro 45.300,00</i>
<i>Canone:</i>	<i>Euro 3.090,44</i>
<i>Riscatto:</i>	<i>Euro 90.600,00</i>
<i>Tasso leasing alla stipula:</i>	<i>5,806%</i>
<i>Tasso di mora alla stipula:</i>	<i>8,04%</i>
<i>Base di calcolo dell'interesse di mora:</i>	<i>Rata intera</i>

DESCRIZIONE

Il contratto di leasing in esame è stato stipulato il 15 giugno 2006 e la consegna dell'immobile è avvenuta in data 1° dicembre 2006. Come di consueto i calcoli del Tasso Effettivo Globale saranno effettuati come se l'erogazione fosse avvenuta il giorno di stipula.

Il 20 novembre 2009 tra le parti è stato stipulato un contratto integrativo che ha modificato il valore degli ultimi 147 canoni. Il 29 maggio 2012 è stato stipulato un secondo contratto integrativo che ha ulteriormente modificato il valore degli ultimi 113 canoni.

Il leasing è di tipo finanziario perché indicato nell'intestazione del contratto e del documento di sintesi, e risulta regolarmente segnalato alla

Centrale dei Rischi di Banca d'Italia. Il leasing è di tipo traslativo, anche se nell'art. 5 del contratto viene affermato il contrario.

Il leasing è di tipo traslativo perché nel documento di sintesi n.1 allegato al contratto l'Intermediario definisce il tasso leasing dell'operazione come "il tasso interno di attualizzazione per il quale si verifica l'uguaglianza fra costo di acquisto del bene locato (al netto delle imposte) e valore attuale dei canoni e del prezzo dell'opzione finale di acquisto (al netto delle imposte) contrattualmente previsti. Per i canoni comprensivi dei corrispettivi per servizi accessori di natura non finanziaria o assicurativa andrà considerata solo la parte di canone riferita alla restituzione del capitale investito per l'acquisto del bene e dei relativi interessi".

Il tasso indicato dall'Intermediario nel contratto (5,80%) è però ottenibile soltanto considerando l'intero canone come fosse riferito alla restituzione del capitale e degli interessi: quindi non risulta che vi sia una parte di canone dedicata al servizio di affitto e si deve dedurre che lo scopo del leasing è quello di finanziare l'acquisto del bene. Il leasing in esame deve essere pertanto classificato tra quelli di tipo traslativo.

Il contratto di leasing n. ALXYZ è quindi totalmente equiparabile ad un finanziamento con piano di ammortamento e ad esso possono essere applicate le regole matematico-finanziarie dei finanziamenti in merito alla determinazione delle quote capitale ed interessi inserite nei canoni periodici.”

Si procede con l'analisi dei singoli derivati impliciti contenuti nel contratto di *leasing* esaminato, riportando le rispettive voci di costo determinate dalla presenza dello strumento finanziario. Nel caso di specie sono stati individuati un derivato *swap* e un derivato *floor*:

Componente di costo: il derivato *swap*.

Nel "regolamento dell'indicizzazione", riportato nell'allegato "A" del Contratto di Locazione Finanziaria Immobiliare viene stabilito il meccanismo che trasforma il canone da tasso fisso a tasso variabile. Il punto "A" del regolamento precisa che l'indicizzazione sarà effettuata considerando un tasso base di riferimento del 2,772%. I calcoli dimostrano invece che il corretto parametro di riferimento per la trasformazione da fisso a variabile (Swap Receiver amortizing con durata 15 anni) è pari al 4,098%.

La differenza tra il tasso di riferimento per l'indicizzazione stabilito dall'Intermediario ed il corretto tasso di mercato di un interest rate swap calcolato sul piano di ammortamento del leasing porta ad un vantaggio per l'intermediario stimato in Euro 43.431,74.

Tale importo avrebbe dovuto essere pagato dall'Intermediario al Cliente, che si è assunto il rischio di tasso. Tuttavia l'Intermediario non ha pagato il premio up-front e ne consegue che esso è divenuto parte del suo guadagno (commissione occulta) e dunque deve essere classificato tra i costi sostenuti dal Cliente alla stipula del contratto.

Il dettaglio del calcolo della commissione occulta è pari all'intero valore del "market value" del derivato al momento della stipula (...)

Results	
fixed leg	-90.771,98
floating leg	134.203,72
market price	43.431,74
par swap rate	4,098%

Componente di costo: il derivato floor:

Nel "regolamento dell'indicizzazione" del Contratto di Locazione Finanziaria Immobiliare, viene pattuito un livello minimo del tasso di riferimento, che non potrà scendere al di sotto dello 2,494%: **è stato quindi pattuito un tasso minimo per il leasing.**

La pattuizione di un tasso minimo del leasing ha come conseguenza la rinuncia da parte del Cliente, a favore dell'Intermediario, della riduzione degli interessi per un'eventuale discesa dei tassi al di sotto della soglia dello 2,494%.

Tale beneficio rappresenta un'opzione a favore dell'Intermediario ed ha un valore economico determinabile, secondo la prassi matematica-finanziaria, con l'utilizzo della nota formula di Black per le opzioni di tipo Floor, utilizzando i parametri di mercato presenti al momento della stipula. Il valore del premio dell'opzione Floor implicita è pari ad Euro 2.037,78: tale premio avrebbe dovuto essere pagato dall'Intermediario (che usufruisce della prestazione) al Cliente (che si è assunta il rischio di tasso). Tuttavia l'intermediario non ha pagato il premio e ne consegue che esso è divenuto parte del guadagno e dunque deve essere classificato tra i costi sostenuti dal Cliente alla stipula del contratto.

Il dettaglio del calcolo della commissione occulta, pari all'intero valore del "market value" del derivato al momento della stipula.

Results	
Market Value	2.037,78

Nel caso esaminato nella consulenza tecnica la banca ha inserito in contratto due operazioni in strumenti finanziari derivati non pattuiti, cui si aggiungono ulteriori voci di costo come risultante da perizia. Si riportano alcuni stralci:

Individuazione delle ulteriori componenti di costo:

<i>a. Voci che diminuiscono il capitale finanziato</i>	
<i>Spese Istruttoria</i>	<i>Euro 850,00</i>
<i>Costo Perizia</i>	<i>Euro 1.204,80</i>
<i>Costo implicito derivati interni</i>	<i>Euro 45.469,53</i>

<i>Imposta Sostitutiva</i>	
----------------------------	--

b. Voci che incrementano gli interessi	
<i>Premio polizze assicurazioni (annuo)</i>	<i>Euro 4.798,00</i>
<i>Spese incasso rate (per singola rata)</i>	<i>Euro 4,00</i>
<i>Spese per chiusura pratica (riscatto)</i>	<i>Euro 780,00</i>
<i>Costo estinzione anticipata (valore massimo)</i>	<i>Euro 136.651,71</i>

Componente di costo: estinzione anticipata

Nell'art. 19 del Contratto di Locazione Finanziaria Immobiliare viene regolamentata anche la facoltà di risoluzione del contratto, che l'Intermediario potrà esercitare in qualsiasi momento l'Intermediario rilevi una qualsiasi forma di inadempimento da parte della Società.

Con l'esercizio della Facoltà di risoluzione del contratto da parte dell'Intermediario, il Cliente dovrà versare, oltre agli eventuali arretrati ed al valore di riscatto di 90.600,00 Euro, anche un importo dipendente dai canoni non ancora scaduti al momento dell'esercizio.

Tale importo è pari alla somma dei canoni scaduti, attualizzati utilizzando il tasso di riferimento indicato nello stesso articolo 19, pari al tasso base di riferimento meno un punto percentuale e pertanto pari all'1,72%. E' evidente che se il tasso di attualizzazione fosse pari al tasso di leasing (5,80%) la somma dei canoni attualizzati sarebbe identica al debito residuo in linea capitale, e quindi l'estinzione anticipata avverrebbe senza l'applicazione di costi aggiuntivi.

Considerato il caso limite in cui la risoluzione del contratto avvenga prima della scadenza della prima rata, il Cliente dovrebbe versare la somma di tutti i canoni attualizzati (Euro 453.751,71) oltre al valore di riscatto (Euro 90.600,00) per un totale di Euro 544.351,71, a fronte di un capitale erogato di soli Euro 407.700,00.

In questo caso la differenza a favore dell'Intermediario risulta pari ad Euro 136.651,71 come risulta dal dettaglio riportato nella Tavola II-07, che riporta tutti i casi possibili di risoluzione del contratto.

Pertanto in caso di risoluzione anticipata il tasso del finanziamento risulta più elevato a causa dell'incasso da parte dell'intermediario di un importo che si configura come previsione contrattuale di ulteriori interessi (posticipati al momento dell'estinzione).

Occorre quindi effettuare diverse valutazioni del TEG per verificare l'incidenza dei costi di risoluzione anticipata sul tasso del finanziamento.

Piano di ammortamento contrattuale

Il piano di ammortamento può essere ricostruito applicando le formule di matematica finanziaria con riferimento ai parametri contrattuali descritti in precedenza. Si tratta infatti di un finanziamento con piano di ammortamento francese della durata di 15 anni, suddivisi in 180 mensilità (di cui una pagata alla stipula), con un tasso di interesse nominale del 5,806%.

Il piano di ammortamento apparente, ottenuto partendo dal capitale di Euro 453.000 diminuito del canone iniziale, di cui si riporta un estratto:

PIANO DI AMMORTAMENTO				
N	Quota capitale	Quota interessi	Importo rata	Debito residuo
0				407.700,00
1	117,76	1972,68	3.090,44	406.582,24
2	123,17	1967,27	3.090,44	405.459,08
3	128,60	1961,84	3.090,44	404.330,47
4	134,06	1956,38	3.090,44	403.196,41
5	139,55	1950,89	3.090,44	402.056,86
6	145,06	1945,38	3.090,44	400.911,80
7	150,60	1939,84	3.090,44	399.761,20
8	156,17	1934,27	3.090,44	398.605,03
9	161,76	1928,68	3.090,44	397.443,26
10	167,39	1923,05	3.090,44	396.275,88
11	173,03	1917,41	3.090,44	395.102,84
12	178,71	1911,73	3.090,44	393.924,13
13	184,41	1906,03	3.090,44	392.739,72
14	190,14	1900,30	3.090,44	391.549,57
15	195,90	1894,54	3.090,44	390.353,67
16	201,69	1888,75	3.090,44	389.151,98
17	207,50	1882,94	3.090,44	387.944,48
18	213,35	1877,09	3.090,44	386.731,13
19	219,22	1871,22	3.090,44	385.511,91
20	225,12	1865,32	3.090,44	384.286,80
21	231,04	1859,40	3.090,44	383.055,75
22	237,00	1853,44	3.090,44	381.818,75
23	242,99	1847,45	3.090,44	380.575,77
24	249,00	1841,44	3.090,44	379.326,77
25	255,04	1835,40	3.090,44	378.071,72
26	261,12	1829,32	3.090,44	376.810,61
27	267,22	1823,22	3.090,44	375.543,39
28	273,35	1817,09	3.090,44	374.270,04
29	279,51	1810,93	3.090,44	372.990,53
30	285,70	1804,74	3.090,44	371.704,82

Rettifica del capitale per componenti di costo

Come anticipato nel paragrafo 3.2 della prima parte della Consulenza Tecnica, per poter procedere al calcolo dei tassi da confrontare con i tassi soglia, occorre rettificare il capitale iniziale diminuendolo del valore delle componenti di costo attribuite al Cliente e pagate, direttamente od indirettamente, al momento della stipula.

Con riferimento ai valori evidenziati nel precedente paragrafo 11.2, la somma delle voci di costo che influiscono sul capitale iniziale è pari ad **Euro 47.524,33**.

Il capitale effettivamente prestato si riduce quindi ad Euro 360.175,67 che rappresenta l'88,34% del capitale individuato nel piano di ammortamento apparente.

Rettifica del capitale per indebiti pregressi

Al momento della redazione della presente relazione non risulta che l'importo finanziato sia stato impiegato per cancellare o ridurre l'esposizione debitoria del Cliente nei confronti dell'Intermediario. Pertanto non saranno effettuate rettifiche del capitale e del piano di ammortamento in seguito ad indebiti pregressi.

Piano di ammortamento effettivo

Per determinare il piano di ammortamento effettivo, avuto riguardo alle rettifiche di capitale previste nei paragrafi precedenti, occorre considerare un capitale iniziale ridotto da Euro 407.700,00 ad Euro 360.175,67, con la conseguenza che tutte le quote capitale del piano dovranno essere rideterminate con riduzione nella stessa proporzione (coefficiente 0,8834). Considerato che al momento della stipula il piano originario prevedeva rate costanti pari ad Euro 3.090,44, ne segue che le quote interessi dovranno essere ricalcolate per differenza tra la rata intera e la quota capitale rideterminata.

Il piano di ammortamento effettivo, risulta quindi come nella tabella seguente:

PIANO DI AMMORTAMENTO EFFETTIVO				
N.	Quota capitale	Quota interessi	Importo rata	Debito residuo
0				360.175,67
1	987,46	2.102,98	3.090,44	359.188,21
2	992,24	2.098,20	3.090,44	358.195,96
3	997,04	2.093,40	3.090,44	357.198,92
4	1001,87	2.088,57	3.090,44	356.197,05
5	1006,72	2.083,72	3.090,44	355.190,34
6	1011,59	2.078,85	3.090,44	354.178,75
7	1016,48	2.073,96	3.090,44	353.162,27
8	1021,40	2.069,04	3.090,44	352.140,87
9	1026,34	2.064,10	3.090,44	351.114,53
10	1031,31	2.059,13	3.090,44	350.083,22
11	1036,30	2.054,14	3.090,44	349.046,92
12	1041,31	2.049,13	3.090,44	348.005,61
13	1046,35	2.044,09	3.090,44	346.959,26
14	1051,41	2.039,03	3.090,44	345.907,85
15	1056,50	2.033,94	3.090,44	344.851,35
16	1061,61	2.028,83	3.090,44	343.789,74
17	1066,75	2.023,69	3.090,44	342.722,99
18	1071,91	2.018,53	3.090,44	341.651,08
19	1077,10	2.013,34	3.090,44	340.573,98
20	1082,31	2.008,13	3.090,44	339.491,67
21	1087,55	2.002,89	3.090,44	338.404,13
22	1092,81	1.997,63	3.090,44	337.311,32
23	1098,10	1.992,34	3.090,44	336.213,22
24	1103,41	1.987,03	3.090,44	335.109,82
25	1108,75	1.981,69	3.090,44	334.001,07
26	1114,11	1.976,33	3.090,44	332.886,96
27	1119,50	1.970,94	3.090,44	331.767,45
28	1124,92	1.965,52	3.090,44	330.642,53
29	1130,36	1.960,08	3.090,44	329.512,17
30	1135,83	1.954,61	3.090,44	328.376,34
31	1141,33	1.949,11	3.090,44	327.235,01
32	1146,85	1.943,59	3.090,44	326.088,16
33	1152,40	1.938,04	3.090,44	324.935,76
34	1157,97	1.932,47	3.090,44	323.777,79
35	1163,58	1.926,86	3.090,44	322.614,21
36	1169,21	1.921,23	3.090,44	321.445,00

VERIFICA USURA ORIGINARIA

Determinazione del tasso soglia

Per procedere con la verifica del rispetto delle soglie di usura occorre ricercare il Tasso Soglia vigente al momento della stipula del contratto per la specifica categoria del finanziamento. Il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze contenente i tassi medi in vigore per il trimestre in cui è avvenuta la stipula indica, per la categoria "leasing oltre 50.000 Euro", un tasso medio del 5,36% che corrisponde ad un Tasso Soglia pari al:

8,040%

Tasso Corrispettivo

a. tasso corrispettivo nominale, calcolato in base ai parametri contrattuali:

5,806%

b. tasso corrispettivo nominale globale, ottenuto rapportando gli interessi rideterminati al debito residuo effettivo, ed integralmente sviluppato nella Tavola II-03: **supera i tassi soglia a partire dalla 125° rata** e risulta mediamente pari al:

7,954%

TASSO CORRISPETTIVO NOMINALE GLOBALE					
N. rata	Quota capitale	Quota interessi	Importo rata	Debito residuo	Tasso Globale
				360.175,67	
1	987,46	2.102,98	3.090,44	359.188,21	7,01%
2	992,24	2.098,20	3.090,44	358.195,96	7,01%
3	997,04	2.093,40	3.090,44	357.198,92	7,01%
4	1001,87	2.088,57	3.090,44	356.197,05	7,02%
5	1006,72	2.083,72	3.090,44	355.190,34	7,02%
6	1011,59	2.078,85	3.090,44	354.178,75	7,02%
7	1016,48	2.073,96	3.090,44	353.162,27	7,03%
8	1021,40	2.069,04	3.090,44	352.140,87	7,03%
9	1026,34	2.064,10	3.090,44	351.114,53	7,03%
10	1031,31	2.059,13	3.090,44	350.083,22	7,04%
11	1036,30	2.054,14	3.090,44	349.046,92	7,04%
12	1041,31	2.049,13	3.090,44	348.005,61	7,04%
13	1046,35	2.044,09	3.090,44	346.959,26	7,05%
14	1051,41	2.039,03	3.090,44	345.907,85	7,05%
15	1056,50	2.033,94	3.090,44	344.851,35	7,06%
16	1061,61	2.028,83	3.090,44	343.789,74	7,06%
17	1066,75	2.023,69	3.090,44	342.722,99	7,06%
18	1071,91	2.018,53	3.090,44	341.651,08	7,07%
19	1077,10	2.013,34	3.090,44	340.573,98	7,07%
20	1082,31	2.008,13	3.090,44	339.491,67	7,08%
21	1087,55	2.002,89	3.090,44	338.404,13	7,08%
22	1092,81	1.997,63	3.090,44	337.311,32	7,08%
23	1098,10	1.992,34	3.090,44	336.213,22	7,09%
24	1103,41	1.987,03	3.090,44	335.109,82	7,09%
25	1108,75	1.981,69	3.090,44	334.001,07	7,10%
26	1114,11	1.976,33	3.090,44	332.886,96	7,10%
27	1119,50	1.970,94	3.090,44	331.767,45	7,10%
28	1124,92	1.965,52	3.090,44	330.642,53	7,11%
29	1130,36	1.960,08	3.090,44	329.512,17	7,11%
30	1135,83	1.954,61	3.090,44	328.376,34	7,12%

c. tasso corrispettivo effettivo globale, ottenuto utilizzando la formula (1) riportata nel paragrafo 4.1, ed integralmente sviluppato nella Tavola II-04; come esposto in precedenza nel paragrafo 11.2.4, la componente di costo per estinzione anticipata impone il calcolo del tasso effettivo ad ogni scadenza di rata; la tavola di dettaglio riporta tutti i casi possibili ed evidenza come **il tasso corrispettivo effettivo sia sempre**

superiore alla soglia di usura in ogni possibile caso esaminato, e risulta mediamente pari al:

10,846%

TASSO CORRISPETTIVO EFFETTIVO GLOBALE							
N. rata	Capitale	Costi iniziali	Rate	Costi estinzione	Differenza	Anni	TEG
1	407.700,00	-47.524,33	-3.090,44	-543.076,35	-15.991,12	0,08	1739,734%
2	407.700,00	-47.524,33	-6.180,88	-541.015,30	-17.021,51	0,17	166,634%
3	407.700,00	-47.524,33	-9.271,32	-538.951,56	-18.047,21	0,25	445,997%
4	407.700,00	-47.524,33	-12.361,76	-536.882,10	-19.068,19	0,33	263,84%
5	407.700,00	-47.524,33	-15.452,20	-534.807,92	-19.084,45	0,42	1874%
6	407.700,00	-47.524,33	-18.542,64	-532.729,01	-19.095,98	0,50	109,367%
7	407.700,00	-47.524,33	-21.633,08	-530.645,36	-19.102,77	0,58	112,149%
8	407.700,00	-47.524,33	-24.723,52	-528.556,95	-19.104,80	0,67	93,847%
9	407.700,00	-47.524,33	-27.813,96	-526.463,78	-19.102,08	0,75	81898%
10	407.700,00	-47.524,33	-30.904,40	-524.365,84	-19.094,57	0,83	71822%
11	407.700,00	-47.524,33	-33.994,84	-522.263,11	-19.082,28	0,92	64.260%
12	407.700,00	-47.524,33	-37.085,28	-520.155,59	-19.065,20	1,00	58.533%
13	407.700,00	-47.524,33	-40.175,72	-518.043,25	-19.043,30	1,08	53.567%
14	407.700,00	-47.524,33	-43.266,16	-515.926,10	-19.016,59	1,17	49.292%
15	407.700,00	-47.524,33	-46.356,60	-513.804,12	-18.985,05	1,25	45.692%
16	407.700,00	-47.524,33	-49.447,04	-511.677,29	-18.948,66	1,33	42.78%
17	407.700,00	-47.524,33	-52.537,48	-509.545,62	-18.907,43	1,42	40.054%
18	407.700,00	-47.524,33	-55.627,92	-507.409,08	-18.861,33	1,50	37.808%
19	407.700,00	-47.524,33	-58.718,36	-505.267,67	-18.810,36	1,58	35.758%
20	407.700,00	-47.524,33	-61.808,80	-503.121,38	-18.754,51	1,67	33.943%
21	407.700,00	-47.524,33	-64.899,24	-500.970,81	-18.693,76	1,75	32.433%
22	407.700,00	-47.524,33	-67.989,68	-498.814,09	-18.628,10	1,83	30.970%
23	407.700,00	-47.524,33	-71.080,12	-496.653,07	-18.557,52	1,92	29.696%
24	407.700,00	-47.524,33	-74.170,56	-494.487,12	-18.482,01	2,00	28.710%
25	407.700,00	-47.524,33	-77.261,00	-492.316,23	-18.401,56	2,08	27.650%
26	407.700,00	-47.524,33	-80.351,44	-490.140,39	-18.316,16	2,17	26.644%
27	407.700,00	-47.524,33	-83.441,88	-487.959,59	-18.225,80	2,25	25.720%
28	407.700,00	-47.524,33	-86.532,32	-485.773,81	-18.130,46	2,33	24.899%
29	407.700,00	-47.524,33	-89.622,76	-483.583,05	-18.030,14	2,42	24.112%
30	407.700,00	-47.524,33	-92.713,20	-481.387,29	-17.924,82	2,50	23.408%
31	407.700,00	-47.524,33	-95.803,64	-479.186,52	-17.814,49	2,58	22.728%
32	407.700,00	-47.524,33	-98.894,08	-476.980,72	-17.700,14	2,67	22.096%
33	407.700,00	-47.524,33	-101.984,52	-474.769,90	-17.578,75	2,75	21.568%
34	407.700,00	-47.524,33	-105.074,96	-472.554,04	-17.453,33	2,83	21.042%
35	407.700,00	-47.524,33	-108.165,40	-470.333,12	-17.322,85	2,92	20.509%
36	407.700,00	-47.524,33	-111.255,84	-468.107,13	-17.187,30	3,00	20.062%
37	407.700,00	-47.524,33	-114.346,28	-465.876,06	-17.046,67	3,08	19.705%
38	407.700,00	-47.524,33	-117.436,72	-463.639,91	-16.900,96	3,17	19.267%
39	407.700,00	-47.524,33	-120.527,16	-461.398,65	-16.750,16	3,25	18.853%
40	407.700,00	-47.524,33	-123.617,60	-459.152,29	-16.594,22	3,33	18.477%
41	407.700,00	-47.524,33	-126.708,04	-456.900,79	-16.433,16	3,42	18.106%
42	407.700,00	-47.524,33	-129.798,48	-454.644,17	-16.266,98	3,50	17.767%
43	407.700,00	-47.524,33	-132.888,92	-452.382,39	-16.095,64	3,58	17.432%
44	407.700,00	-47.524,33	-135.979,36	-450.115,45	-15.919,15	3,67	17.115%
45	407.700,00	-47.524,33	-139.069,80	-447.843,35	-15.737,48	3,75	16.845%
46	407.700,00	-47.524,33	-142.160,24	-445.566,06	-15.550,63	3,83	16.590%
47	407.700,00	-47.524,33	-145.250,68	-443.283,57	-15.358,58	3,92	16.289%
48	407.700,00	-47.524,33	-148.341,12	-440.995,88	-15.161,33	4,00	16.021%
49	407.700,00	-47.524,33	-151.431,56	-438.702,97	-14.958,86	4,08	15.789%
50	407.700,00	-47.524,33	-154.522,00	-436.404,83	-14.751,15	4,17	15.585%
51	407.700,00	-47.524,33	-157.612,44	-434.101,45	-14.538,22	4,25	15.403%
52	407.700,00	-47.524,33	-160.702,88	-431.792,81	-14.320,02	4,33	15.189%
53	407.700,00	-47.524,33	-163.793,32	-429.478,91	-14.096,56	4,42	14.974%
54	407.700,00	-47.524,33	-166.883,76	-427.160,73	-13.867,82	4,50	14.777%
55	407.700,00	-47.524,33	-169.974,20	-424.835,25	-13.633,78	4,58	14.579%
56	407.700,00	-47.524,33	-173.064,64	-422.505,48	-13.394,45	4,67	14.389%
57	407.700,00	-47.524,33	-176.155,08	-420.170,39	-13.149,80	4,75	14.227%
58	407.700,00	-47.524,33	-179.245,52	-417.829,97	-12.899,82	4,83	14.056%
59	407.700,00	-47.524,33	-182.335,96	-415.484,22	-12.644,51	4,92	13.888%
60	407.700,00	-47.524,33	-185.426,40	-413.133,11	-12.383,84	5,00	13.800%

Tasso di mora

- a. tasso di mora nominale, calcolato in base ai parametri contrattuali ed applicando il limite superiore apparente indicato nell'art. 8 del contratto (Tasso Soglia):

8,040%

- b. tasso di mora globale, ottenuto rapportando il tasso di interesse di mora nominale alla sola quota capitale delle rate scadute, ed integralmente sviluppato nella Tavola II-05. **Il tasso di mora globale supera sempre la soglia**, con un massimo del 25,109% ed un minimo del 10,386%, e risulta mediamente pari al:

19,396%

TASSO DI MORA GLOBALE					
N. rata	Quota capitale	Quota Interest	Importo rata	Debito residuo	Tasso di mora globale
0				360.175,67	
1	987,46	2.102,98	3.090,44	359.188,21	25,16%
2	992,24	2.098,20	3.090,44	358.195,96	25,04%
3	997,04	2.093,40	3.090,44	357.198,92	24,92%
4	1001,87	2.088,57	3.090,44	356.197,05	24,80%
5	1006,72	2.083,72	3.090,44	355.190,34	24,68%
6	1011,59	2.078,85	3.090,44	354.178,75	24,56%
7	1016,48	2.073,96	3.090,44	353.162,27	24,44%
8	1021,40	2.069,04	3.090,44	352.140,87	24,33%
9	1026,34	2.064,10	3.090,44	351.114,53	24,21%
10	1031,31	2.059,13	3.090,44	350.083,22	24,09%
11	1036,30	2.054,14	3.090,44	349.046,92	23,98%
12	1041,31	2.049,13	3.090,44	348.005,61	23,86%
13	1046,35	2.044,09	3.090,44	346.959,26	23,75%
14	1051,41	2.039,03	3.090,44	345.907,85	23,63%
15	1056,50	2.033,94	3.090,44	344.851,35	23,52%
16	1061,61	2.028,83	3.090,44	343.789,74	23,41%
17	1066,75	2.023,69	3.090,44	342.722,99	23,29%
18	1071,91	2.018,53	3.090,44	341.651,08	23,18%
19	1077,10	2.013,34	3.090,44	340.573,98	23,07%
20	1082,31	2.008,13	3.090,44	339.491,67	22,96%
21	1087,55	2.002,89	3.090,44	338.404,13	22,85%
22	1092,81	1.997,63	3.090,44	337.311,32	22,74%
23	1098,10	1.992,34	3.090,44	336.213,22	22,63%
24	1103,41	1.987,03	3.090,44	335.109,82	22,52%
25	1108,75	1.981,69	3.090,44	334.001,07	22,41%
26	1114,11	1.976,33	3.090,44	332.886,96	22,30%
27	1119,50	1.970,94	3.090,44	331.767,45	22,19%
28	1124,92	1.965,52	3.090,44	330.642,53	22,09%
29	1130,36	1.960,08	3.090,44	329.512,17	21,98%
30	1135,83	1.954,61	3.090,44	328.376,34	21,88%
31	1141,33	1.949,11	3.090,44	327.235,01	21,77%
32	1146,85	1.943,59	3.090,44	326.088,16	21,67%
33	1152,40	1.938,04	3.090,44	324.935,76	21,56%
34	1157,97	1.932,47	3.090,44	323.777,79	21,46%
35	1163,58	1.926,86	3.090,44	322.614,21	21,35%
36	1169,21	1.921,23	3.090,44	321.445,00	21,25%
37	1174,87	1.915,57	3.090,44	320.270,14	21,15%
38	1180,55	1.909,89	3.090,44	319.089,59	21,05%
39	1186,26	1.904,18	3.090,44	317.903,33	20,95%
40	1192,00	1.898,44	3.090,44	316.711,32	20,84%
41	1197,77	1.892,67	3.090,44	315.513,55	20,74%
42	1203,56	1.886,88	3.090,44	314.309,99	20,64%
43	1209,39	1.881,05	3.090,44	313.100,60	20,55%
44	1215,24	1.875,20	3.090,44	311.885,36	20,45%
45	1221,12	1.869,32	3.090,44	310.664,24	20,35%
46	1227,03	1.863,41	3.090,44	309.437,21	20,25%
47	1232,97	1.857,47	3.090,44	308.204,25	20,15%
48	1238,93	1.851,51	3.090,44	306.965,32	20,06%

Tasso Complessivo

- a. tasso complessivo del prestito, ottenuto sommando gli interessi corrispettivi pattuiti agli interessi di mora maturati tempo per tempo e rapportando il risultato al capitale iniziale (che è sempre uguale alla somma del debito residuo e del debito scaduto), ipotizzando il caso più critico di totale assenza di pagamenti da parte del debitore:

$$TEG = \frac{\text{interessi corrispettivi} + \text{interessi di mora}}{\text{capitale iniziale}} * \frac{365}{99}$$

Il calcolo degli interessi complessivi viene effettuato con la stessa frequenza con la quale diventano esigibili gli interessi corrispettivi; nel periodo successivo alla scadenza del prestito, per gli interessi di mora viene mantenuta la stessa frequenza di calcolo.

Per quanto riguarda il tasso complessivo effettivo, il calcolo viene eseguito solo fino alla scadenza naturale del prestito. Infatti, oltre tale scadenza sono presenti solo gli interessi di mora sui quali non è permessa la capitalizzazione: come dimostrato nel paragrafo 4.3.4 l'utilizzo del tasso effettivo dopo la scadenza avrebbe l'effetto di reintrodurre nel finanziamento l'anatocismo degli interessi di mora su se stessi.

Come risulta dal dettaglio dei calcoli riportati nella Tavola II-06, il tasso nominale risulta superiore alla soglia già a partire dal 23° periodo, mentre il tasso effettivo supera la soglia fino al 134° periodo: **non esiste pertanto alcun periodo in cui le soglie di usura siano rispettate da entrambi i tassi.**

Il tasso complessivo nominale, che è il più significativo, risulta mediamente pari al:

12,805%

TASSO COMPLESSIVO							
N. rata	Capitale Residuo	Interessi Corrispettivi	Rate Scadute	Interessi di Mora	Totale Interessi	Nominale	Effettivo
12	349.046,92	2.049,03	33.994,84	232,03	2.281,26	7,467%	56,372%
24	336.213,22	1987,03	71.080,12	485,37	2.472,40	8,082%	27,006%
36	322.614,21	1921,23	108.165,40	738,61	2.659,84	8,696%	18,649%
48	308.204,25	1851,51	145.250,68	991,84	2.843,35	9,296%	14,752%
60	292.934,97	1777,63	182.335,96	1.245,08	3.022,71	9,881%	12,526%
72	276.755,14	1699,34	219.421,24	1.498,32	3.197,66	10,463%	11,098%
84	259.610,46	1616,38	256.506,52	1.751,55	3.367,94	11,010%	10,18%
96	241.443,38	1528,48	293.591,80	2.004,79	3.533,27	11,660%	9,408%
108	222.192,95	1435,34	330.677,08	2.258,03	3.693,36	12,074%	8,871%
120	201.794,55	1336,64	367.762,36	2.511,26	3.847,90	12,679%	8,452%
132	180.179,73	1232,05	404.847,64	2.764,50	3.996,55	13,066%	8,117%
144	157.275,96	1121,23	441.932,92	3.017,74	4.138,97	13,630%	7,843%
156	133.006,36	1003,80	479.018,21	3.270,97	4.274,78	13,974%	7,613%
168	107.289,49	879,37	516.103,49	3.524,21	4.403,58	14,396%	7,417%
180	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.
192	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.
204	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.
216	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.
228	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.
240	-10.560,96	0,00	643.788,77	4.396,11	4.396,11	14,371%	n.c.

Confronto con il Tasso Soglia

La norma penale definisce un "tasso globale" da confrontare con i Tassi Soglia, senza precisare se il tasso da verificare sia un tasso nominale od un tasso effettivo.

Risulta pertanto evidente che il finanziamento in esame potrà essere considerato regolare ai sensi della normativa antiusura soltanto se entrambi i tassi, nominale ed effettivo, saranno inferiori al Tasso Soglia specifico per il tipo di finanziamento e per il periodo di stipula (8,04%).

Inoltre la verifica deve essere effettuata sul tasso corrispettivo e sul tasso di mora, sia disgiuntamente che congiuntamente (tasso complessivo).

Per quanto riguarda il **Tasso Corrispettivo**, dalla combinazione dei risultati delle verifiche del tasso nominale e del tasso effettivo risulta che **almeno uno dei due tassi supera il Tasso Soglia**.

Per quanto riguarda il **Tasso di Mora**, date le caratteristiche di contabilizzazione degli interessi senza capitalizzazione, l'analisi è stata effettuata sul solo tasso nominale: il tasso di mora **risulta sempre sopra il Tasso Soglia**.

Per quanto riguarda il **Tasso Complessivo**, dalla combinazione dei risultati delle verifiche del tasso nominale e del tasso effettivo risulta che **almeno uno dei due tassi supera sempre il Tasso Soglia**.

SI RIPORTA L'ANALISI IN MERITO ALLA VERIFICA ULTERIORI VIOLAZIONI ALLA STIPULA

Indeterminatezza del tasso

Il contratto presenta un tasso di riferimento fisso detto "tasso leasing" mediante il quale è stato determinato l'importo fisso del canone. Il prestito è stato trasformato in finanziamento a tasso variabile con una specifica clausola di indicizzazione. Le clausole di tasso appaiono determinate.

Indeterminatezza del piano di ammortamento

Il piano di ammortamento non è esplicitato in contratto, ma la sua natura può essere dedotta dalla presenza di un canone fisso e dalla indicazione in contratto del "tasso leasing" previsto dalla normativa di Banca d'Italia. In base alla durata del prestito, alla frequenza delle rate e al tasso del prestito è stato possibile ricostruire con precisione il piano di ammortamento. Il piano di ammortamento appare determinato.

Presenza di derivati impliciti

E' stata verificata, all'interno della clausola di indicizzazione del tasso, la presenza di due derivati impliciti, il cui valore di mercato alla stipula è stato evidenziato nei paragrafi 11.2.1 e 11.2.2. La presenza di questi derivati, senza la sottoscrizione della documentazione prevista dalla normativa Consob vigente, rende nulla la pattuizione delle clausole degli interessi.

VERIFICA ULTERIORI VIOLAZIONI NELL'APPLICAZIONE DEL CONTRATTO

Usura sopravvenuta

Non verificata in quanto il controllo è reso inutile dalla presenza di usura originaria, con il conseguente azzeramento di tutti gli interessi fin

dall'origine del prestito.

Difformità tra il piano di ammortamento applicato e quello stipulato

La verifica è resa difficoltosa dal fatto che le contabili degli addebiti non riportano il dettaglio della quota capitale e della quota interessi.

La suddivisione tra capitale ed interessi è desumibile soltanto dal documento relativi al piano di ammortamento emessi dall'Intermediario in occasione della rideterminazione dei canoni. Tali documenti sembrano riferiti al contratto di leasing in essere tra il Cliente e l'Intermediario, anche se alcuni parametri differiscono leggermente perché probabilmente modificati al momento della consegna del bene.

Dall'esame del documento **si riscontrano difformità** tra le quote capitale stabilite con il contratto iniziale e quelle effettivamente contabilizzate tempo per tempo dall'Intermediario, con un incremento generalizzato dei canoni a carico al Cliente. Il controllo è stato effettuato per il periodo luglio 2006 - luglio 2009 in quanto a partire dalla rata di agosto 2009 è intervenuta la prima modifica contrattuale con rideterminazione dei canoni.

CALCOLO RICHIESTA DI RIMBORSO

CONTRATTO DI LEASING N. ALXYZ

Il contratto in esame risulta viziato dalla violazione della normativa antiusura con particolare riferimento al superamento delle soglie di usura già al momento della stipula (**usura originaria di tipo oggettivo**).

Il finanziamento dovrà pertanto procedere a titolo gratuito e le somme pagate a titolo di interessi corrispettivi ed interessi di mora devono essere restituite al Cliente, maggiorate dell'interesse legale semplice dalla data del pagamento a quella della restituzione.

CONCLUSIONI

Dall'esame effettuato sul contratto di leasing n. **ALXYZ** risulta il superamento del Tasso Soglia, già al momento della stipula, con riferimento al tasso corrispettivo (sempre), al tasso di mora (sempre) ed al tasso complessivo del prestito (sempre), come evidenziato nel seguente schema:

Tasso Corrispettivo	
Tasso di Mora	
Tasso Complessivo	

Pertanto è stato effettuato il calcolo della richiesta di rimborso azzerando tutti gli interessi, le competenze e le spese pagate. Per questo motivo la somma da chiedere in restituzione all'Intermediario ammonta a:

Euro 288.606,05

L'analisi applicativa riportata mostra che nel contratto di *leasing* esaminato vi è stato un superamento del tasso soglia usurario fin dall'origine, oltre che su tutti i tassi applicati nel corso del rapporto. La conseguenza sul piano giuridico – contabile dovrebbe essere quella di cui agli artt. 1815 c.c. e 2033 c.c.

La banca, ipotizzando di giungere a sentenza, dovrebbe conseguentemente essere condannata a restituire tutte le somme indebitamente percepite e come sopra quantificate, con l'ulteriore sanzione della gratuità del contratto di *leasing* (ovvero del finanziamento) per tutta la sua durata residua.

9. Conclusioni.

A conclusione del presente capitolo, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni finali.

Pare evidente che negli ultimi anni l'attività bancaria "classica" di raccolta del risparmio e di concessione di credito in senso tradizionale, abbia subito un'importante evoluzione.

Abbiamo analizzato il mutamento che ha interessato il concetto di "fido", ormai sostituito dal più ampio e flessibile concetto di "rischio"⁶²⁶, consentendo in tal modo anche agli strumenti di finanziamento di adeguarsi all'evoluzione dei traffici commerciali e alla rapidità dei rapporti economici e finanziari.

Allo stesso modo anche l'attività finanziaria e di investimento è stata oggetto di rilevanti modifiche, attraverso la creazione di nuove forme di impiego di capitali. L'ingegneria finanziaria ha poi mostrato una capacità creativa in costante aggiornamento, come evidenziato dalla diffusione dei contratti derivati, soprattutto di natura altamente "complessa", frutto della combinazione di diverse tipologie di derivati tra loro, portando alla creazione di sempre nuovi strumenti finanziari.

Tale evoluzione complessiva dei rapporti bancari e finanziari, richiede certamente un'imprescindibile attività di aggiornamento costante da parte degli operatori del diritto, che non può prescindere da una visione del sistema giuridico nel suo insieme. Difatti, l'istituzione di nuove e più sofisticate forme di finanziamento, oltre ad aver interessato contratti di impresa come il *leasing*, richiede di essere coordinata con altre norme del sistema giuridico, in modo particolare con l'art. 644 c.p. che disciplina la normativa antiusura.

L'evoluzione dei rapporti e la realizzazione di nuovi strumenti di finanziamento, soprattutto se combinati con strumenti finanziari

⁶²⁶ Cfr. Istruzioni di Vigilanza per le banche, *cit.*

altamente rischiosi (come, ad es., i derivati impliciti), comporta il rischio di creare delle vere e proprie “zone franche” rispetto alla normativa antiusura, sottraendo le nuove, e spesso onerose per il cliente dell’intermediario abilitato, figure giuridiche dalla verifica del rispetto delle soglie usurarie, comportando per le imprese, e talvolta anche per le famiglie, che accedono al credito una spirale di costi che può risultare insostenibile. Pertanto, agli interpreti e agli operatori del diritto si richiedono cospicui sforzi per evitare di far sì che vi sia un’elusione delle norme che sanciscono le soglie usurarie e che l’economia reale venga travolta dall’economia virtuale.

L’evoluzione bancaria - finanziaria, difatti, ha inevitabilmente interessato l’economia nella sua totalità, e contratti che storicamente erano considerati “innocui” possono oggi nascondere operazioni altamente rischiose e complesse. Mai come oggi la soglia di attenzione di chi investe e di chi ricorre al mercato del credito deve essere elevata, e l’informativa precontrattuale e in corso di rapporto deve essere costante e capillare.

CAPITOLO XI

IL MERITO CREDITIZIO E L'INCIDENZA SUL RATING

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il concetto di “*rating*” e di “merito creditizio”. - 3. La Centrale dei rischi e principali tipologie di segnalazioni pregiudizievoli. - 4. I criteri per l’attribuzione del *rating* e le Istruzioni di Vigilanza per le Banche. - 5. Segnalazioni in Centrale rischi e peggioramento del *rating* creditizio quali potenziali forme di abuso del diritto. - 6. Analisi applicativa: “Valutazione del merito creditizio di un’impresa”. - 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Avvicinandosi al termine della trattazione, sembrano opportune alcune considerazioni in merito alle conseguenze che possono derivare dagli addebiti connessi alle pratiche bancarie in questa sede ricordate. L’applicazione di interessi antocistici, di costi e commissioni più o meno palesati nella pattuizione originaria, infatti, produce il primario effetto di comportare una lievitazione dei costi posti a carico del cliente della banca, generalmente un’impresa.

In secondo luogo, tale crescita esponenziale dei pesi finanziari posti in capo al soggetto, può verosimilmente comportare, un forte indebolimento della situazione economico – finanziaria del cliente nel suo complesso, determinando un potenziale peggioramento del merito creditizio di quest’ultimo. E’ opportuno precisare che il peggioramento del merito creditizio non è limitato al singolo rapporto tra banca e cliente potendo determinare, al contrario, un riflesso potenzialmente negativo verso l’intero sistema bancario, rischiando di causare un vero e proprio “effetto domino”, che potrebbe mettere a repentaglio la stessa sopravvivenza dell’impresa sul mercato, o la situazione economico – patrimoniale complessiva del cliente.

2. Il concetto di “rating” e di “merito creditizio”.

Per merito creditizio si intende la capacità del soggetto richiedente prestito di far fronte ai propri impegni economici. Ovvero la solvibilità del medesimo, che deve essere valutata all’atto di concessione del credito stesso, per determinare l’opportunità dell’erogazione e le condizioni economiche da applicare. Maggiore è il merito creditizio e le prospettive di solvibilità del soggetto, più favorevoli saranno le condizioni economiche prospettate al richiedente, e viceversa.

Fortemente connesso al tema del merito creditizio, risulta essere il concetto di “rischio di credito”⁶²⁷, che nell’ambito di un’operazione creditizia identifica l’ipotesi in cui il debitore (cliente) non adempia in tutto o in parte ai propri obblighi di rimborso del capitale e degli interessi pattuiti contrattualmente, rappresentato dalla perdita inattesa più o meno ingente per la banca⁶²⁸.

La procedura di erogazione del credito richiede una delicata fase di “istruttoria” delle domande di fido⁶²⁹, tesa a raggiungere un’effettiva

⁶²⁷ Il rischio di credito può essere suddiviso in due componenti: “rischio d’insolvenza” e rischio di migrazione. Il “rischio di insolvenza” rappresenta la possibilità che una controparte affidata, nei confronti della quale esiste un’esposizione creditizia, divenga insolvente. In questo caso la perdita economica per il creditore corrisponde alla differenza fra il valore del credito e quanto è effettivamente recuperato. Il “rischio di migrazione” riguarda il deterioramento del merito creditizio di una controparte che in generale non dà luogo a una perdita economica immediata per la banca. Il rischio di credito identifica una fattispecie collegata ad una variazione inattesa del merito creditizio, giacché le variazioni attese sono già scontate dalla banca al momento della decisione di affidamento ed “integrate” nella determinazione del tasso attivo, (Occorre poi considerare l’estensione del concetto di esposizione creditizia. Al proposito, l’esposizione è generalmente intesa come l’ammontare del prestito al momento dell’insolvenza.

⁶²⁸ Le banche dovranno provvedere a vincolare parte del capitale a fronte dei rischi connessi alle attività svolte e queste dipenderanno anche dal rischio di credito relativo alle imprese affidate.

⁶²⁹ Relativamente alla procedura di istruttoria di fido cfr. U. MORERA, *Il fido bancario – profili giuridici*, cit., 111 ss.

conoscenza del cliente da parte della banca⁶³⁰. Da qui l'esigenza di compiere tutte le analisi e le indagini in merito alle capacità finanziarie, economiche e di rimborso del soggetto richiedente il credito⁶³¹, onde evitare di concedere credito a colui che, in un secondo momento, si riveli impossibilitato a far fronte ai propri impegni.

Tale inadempimento del cliente può essere causato da una vera e propria insolvenza sopravvenuta dello stesso (c.d. *default*), oppure dalla variazione inattesa del merito del credito della controparte verso cui la banca ha un'esposizione⁶³². Difatti, l'eventuale impossibilità di recuperare un credito atteso, inevitabilmente rischia di influire sulla stabilità stessa delle banche.

Le banche, infatti, devono mirare ad una sana e prudente gestione dell'attività bancaria, predisponendo strutture organizzative interne idonee a garantire esaurienti istruttorie preliminari nella concessione degli affidamenti e periodiche "revisioni" degli elementi conoscitivi acquisiti *ab origine*. Scopo dell'intermediario è quello di valutare la meritevolezza del soggetto affidatario e la solvibilità dello stesso. Pertanto, gli intermediari devono utilizzare tutti gli strumenti

⁶³⁰ In merito all'istruttoria di fido e al connesso rischio di credito, la Banca d'Italia, in forza del proprio potere-dovere di vigilanza, ha attuato conformi Istruzioni di Vigilanza ove si legge testualmente: «nella fase istruttoria, le banche acquistano tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del prenditore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve... permettere l'individuazione delle caratteristiche tecniche e della qualità del prenditore, anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute. Nel caso di affidamenti ad imprese, ad esempio, sono acquisiti i bilanci (anche consolidati, se disponibili) nonché ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda.

⁶³¹ In origine il fondamento dell'istruttoria di fido era riconducibile nell'abrogato art. 35, 2° co., lett. c, l. banc. Oggi norma di riferimento è l'art. 53, 1° co., lett. d, t.u. l. banc. (c.d. t.u.b.) D.lg. 1.9.1993, n. 385, ovvero il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

⁶³² In merito al «rischio di credito» cfr. FACILE e GIACOMELLI, *Basilea II – Il nuovo processo del credito alle imprese*, a cura di Facile e Giacomelli, Milano, 2008, 331 ss.; HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, ed. it. a cura di Barone, Torino, 2009, 527 ss.

d'informazione disponibili, assumendo ogni ulteriore iniziativa atta a rendere il livello di approfondimento adeguato a misurare l'entità del fido e il grado di rischio connesso⁶³³.

Tra i suddetti sistemi di valutazione, il sistema bancario utilizza, sia prima dell'erogazione del fido, sia nella successiva fase di monitoraggio, le informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi⁶³⁴.

L'indice che enuncia il merito creditizio è il c.d. "rating", che significa «stima» o «classe di valutazione» e che può assumere svariati significati applicativi⁶³⁵. Nell'accezione che qui interessa potrebbe essere definito come il giudizio sul profilo di rischio di un soggetto richiedente il fido, sul merito e sull'affidabilità dello stesso a garantire, a scadenza, la restituzione del capitale ricevuto. Tale valutazione è espressa attraverso una stringa alfanumerica scelta tra quelle che costituiscono la c.d. «scala di rating»⁶³⁶. Una volta determinato, il rating diviene patrimonio informativo della banca quale indicatore del merito della controparte e consente di valutare il rischio di credito,

⁶³³ Così MORERA U., *Il fido bancario – profili giuridici*, 116 ss.

⁶³⁴ Cfr. Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, circolare 21.4.1999, n. 229, Titolo IV, Capitolo 11, 8.

⁶³⁵ Secondo le indicazioni fornite dall'ABI per rating si deve intendere «una valutazione sintetica del suo profilo di rischio di credito, che riassume le informazioni quantitative e qualitative che la banca ha a disposizione sull'impresa, in relazione all'insieme delle informazioni disponibili sulla totalità delle imprese clienti e sul loro comportamento di rimborso nel corso del tempo. In sostanza si tratta di prevedere per la singola impresa oggetto di valutazione se il suo comportamento di rimborso sarà più o meno regolare e completo prendendo in considerazione la "distanza" tra le sue caratteristiche e quelle di altre imprese che in periodi precedenti si sono mostrate in grado di ripagare adeguatamente il prestito», v. *Documento ABI, Conoscere il Rating - Come viene valutata l'affidabilità delle imprese con l'Accordo di Basilea*, p. 4, disponibile sul sito <http://www.prefettura.it/>.

⁶³⁶ È infatti prevista una «scala di rating»: ogni banca può adottare una propria scala ma tendenzialmente «AAA» rappresenta la massima affidabilità creditizia, mentre, man mano che ci si avvicina a «D», il merito creditizio si riduce in quanto «D» indica «default». La classe di rischio presenta come caratteristica principale quella di dichiarare una probabilità di insolvenza omogenea per tutti gli appartenenti alla classe. Sul punto cfr. E. FACILE e A. GIACOMELLI, *op. cit.*, 71 ss.

fornendo altresì una stima sulla probabilità di *default* di quest'ultima e sull'eventuale perdita cui la banca potrebbe andare incontro⁶³⁷.

Nell'ambito dell'attività creditizia, soprattutto se esercitata su larga scala, è infatti fisiologico il manifestarsi di un certo numero d'insolvenze. Pertanto, nell'accezione che qui interessa, per «rischio di credito» deve intendersi il rischio che le perdite complessive riscontrate siano superiori alle perdite attese dall'intermediario⁶³⁸.

Il giudizio di *rating* è stato introdotto dall'accordo di «Basilea II» e si tratta di un sistema di regole che hanno lo scopo di assicurare la stabilità patrimoniale delle banche, a garanzia dei depositi, in modo particolare, ma anche a garanzia della sicurezza ed efficienza del sistema bancario. L'accordo è stato studiato, redatto e sottoscritto per formulare le linee guida sulla regolamentazione dell'attività bancaria internazionale e promuovere la cooperazione nel campo della vigilanza⁶³⁹. A seconda del *rating* che gli intermediari attribuiscono a

⁶³⁷ Si legge nelle *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 13° aggiornamento del 29 maggio 2012*, titolo II, cap. I, p. 52: «Ad ogni classe di *rating* è associata una probabilità di default. Le classi di *rating* sono ordinate in funzione del rischio creditizio: muovendo da una classe meno rischiosa a una più rischiosa, la probabilità che i debitori risultino in default è crescente. Nel caso di clientela al dettaglio (*retail*), il *rating* può essere attribuito in base non solo al rischio specifico del debitore ma anche alle caratteristiche dell'operazione; in tale caso, esso deve essere riferito ad aggregati di attività (pool) piuttosto che al singolo debitore».

⁶³⁸ Sull'utilità e la funzione del servizio di centralizzazione dei rischi, v. anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La rilevazione centralizzata dei rischi creditizi: ricostruzione evolutiva del fenomeno e crescita degli interessi*, in *Centrale rischi. Profili civilistici*, a cura di A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2005, 1 ss.; A. GABRIELLI, *La legittimità della segnalazione di un credito a sofferenza: una analisi gius-economica* (nota a Trib. Milano, 8.3.2006), in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 651 ss.

⁶³⁹ IL Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria è stato costituito nel 1974 dai Governatori delle banche centrali dei paesi del G -10 (Belgio, Canada, Francia, Giappone, Germania, Italia, Olanda, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia più la nazione ospitante, la Svizzera) ed è composto dai rappresentanti delle Banche centrali e delle Autorità di Vigilanza dei Paesi del G -10, del Lussemburgo e della Spagna. Il Comitato ha emesso: The Basel Capital Accord (Accordo sul Capitale o *Basilea I*) nel 1988; *Basel 2* (Nuovo accordo sul Capitale, o anche detto «Basilea II»), ossia la revisione del primo accordo nel 2001-2005. L'accordo di Basilea II è stato ratificato nel 2004 ed è entrato in vigore a partire dal gennaio 2007. Fra i pilastri di Basilea II è compreso il c.d. controllo prudenziale, da cui deriva il peso determinante della

un soggetto in ossequio agli indirizzi forniti da «Basilea II», questi può ottenere più o meno facilmente il credito richiesto oppure ottenerlo ma a condizioni meno favorevoli⁶⁴⁰. Si sottolinea che l'attività di determinazione del *rating* non ha sostituito le modalità tradizionali di valutazione della controparte, ma le ha arricchite, inducendo l'intermediario ad una valutazione ancora più approfondita della situazione economica – finanziaria del cliente, al fine di attribuire al medesimo il *rating* appropriato, richiedendo la suddivisione della clientela in diverse «classi», a seconda della «natura» della controparte (cioè il cliente), e le caratteristiche tecniche del rapporto in oggetto⁶⁴¹. Si richiede a tal fine l'analisi di dati quali, a titolo esemplificativo: bilanci; visure camerali; le caratteristiche economico-patrimoniali della controparte; dati “andamentali” (sia interni sia provenienti dalla Centrale Rischi che segnala la regolarità degli apporti creditizi in essere, eventuali sconfinamenti e sofferenze); il settore economico in cui la società opera e il posizionamento competitivo; le caratteristiche “qualitative” dell'azienda come la *governance* e la struttura commerciale; dati congiunturali e previsionali sul settore economico e l'area geografica in cui opera l'azienda; eventuali protesti, bollettini ufficiali delle camere di commercio, tribunali e conservatorie⁶⁴².

Centrale Rischi, che influisce in maniera decisiva sull'indice andamentale. *Basel 3*: che sostituirà gradualmente (dal 2013 al 2019) il precedente accordo.

⁶⁴⁰ Sulla definizione di *rating* s.v. FACILE e GIACOMELLI, *op. cit.*, 11 e ss.

⁶⁴¹ Così ALPA G. e ZATTI P., *Commentario breve al Codice Civile. Leggi complementari*, III, Padova, 2009, 751.

⁶⁴² Sugli elementi da analizzare in relazione alla determinazione del *rating* e la relativa incidenza sul nuovo procedimento di concessione del credito, cfr. E. FACILE e A. GIACOMELLI, *op. cit.*, 71 ss. e 211 ss.

A fronte dell'avvenuto recepimento di «Basilea II», la Banca d'Italia ha emanato le «Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche»⁶⁴³, che hanno attuato il nuovo quadro normativo, prevedendo diverse tipologie di rischio, rispetto alle quali vengono fissati specifici requisiti patrimoniali che la banca deve possedere⁶⁴⁴. In particolare, oltre al già conosciuto “rischio di credito”, le «Nuove disposizioni» hanno individuato il c.d. «rischio di controparte»⁶⁴⁵.

Fra i pilastri di «Basilea II» è compreso il c.d. “controllo prudenziale”, da cui deriva il peso determinante della Centrale Rischi, che influisce in maniera decisiva sull'indice andamentale.

Un aspetto che merita di essere evidenziato è che le banche hanno sempre espresso valutazioni tese a determinare il merito creditizio del cliente, anche prima che «Basilea II» istituisse il giudizio di *rating*. La differenza è che prima dell'introduzione della normativa europea tale giudizio era caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità in capo agli intermediari, che nel processo valutativo frequentemente conferivano particolare rilievo alle garanzie che il cliente era in grado di fornire. Con l'avvento di «Basilea II», il margine di discrezionalità concesso alle banche si è certamente ridotto, seppur non sia completamente escluso, in forza delle linee guida e degli indici prestabiliti dalla normativa di Basilea che devono guidare il suddetto giudizio, al fine di valutare il merito creditizio del soggetto.

⁶⁴³ Circolare 27.12.2006, n. 263, in *www.bancaditalia.it* e successivi aggiornamenti.

⁶⁴⁴ In merito alle tipologie di rischio previste (tra i quali rischio di credito, di controparte, di mercato e operativo), cfr. G. ALPA - P. ZATTI, *Commentario breve al Codice Civile. Leggi complementari, cit.*, 751.

⁶⁴⁵ Si tratta di una particolare fattispecie di rischio di credito, la cui previsione quale rischio “a sé stante” pare sottolineare la rischiosità intrinseca in determinati tipi di strumenti finanziari, come oggetto determinati strumenti finanziari, quali, ad esempio, strumenti finanziari derivati e crediti negoziati fuori borsa (c.d. OTC) la cui collocazione richiede un'attenta valutazione dei requisiti di controparte. In effetti, nel caso di strumenti derivati OTC, spesso la diretta controparte del soggetto è la banca stessa, che, in caso d'insolvenza del cliente, subirebbe direttamente la perdita. Cfr. G. ALPA - P. ZATTI, *op. cit.*, 751.

3. La Centrale dei rischi e principali tipologie di segnalazioni pregiudizievoli.

La Centrale dei rischi è un sistema informativo istituito presso la Banca d'Italia con delibera CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio) del 16.5.1962.

Funzione originaria del sistema informativo realizzato era quella di accentrare le informazioni relative agli affidamenti concessi da ciascun intermediario ai singoli clienti, fossero essi persone fisiche o giuridiche, al fine di cercare di arginare la c.d. pratica del «cumulo dei fidi». Nella sostanza il rischio che un soggetto già beneficiario di linee di credito da parte di una o più banche potesse chiedere ulteriori finanziamenti, rischiando di raggiungere un livello di indebitamento superiore a quello che la sua stessa situazione economica e patrimoniale potesse consentire.

La Centrale Rischi ha in realtà assunto nel tempo la primaria funzione di valutazione e gestione del rischio finanziario insito nella concessione di un finanziamento⁶⁴⁶.

Il servizio di centralizzazione dei rischi, disciplinato dalla delibera CICR del 29.3.1994⁶⁴⁷ e dalle Istruzioni per gli intermediari creditizi emanate dalla Banca d'Italia⁶⁴⁸, si sviluppa attraverso un sistema di doppie segnalazioni periodiche intercorrenti tra i singoli intermediari e la Centrale rischi. Ogni operatore, infatti, è tenuto a

⁶⁴⁶ Per approfondimenti in merito alla Centrale Rischi, v. E. GRANATA, U. MORERA, P. CANAPA, A. CASCIOLI e A. CARRETTA, *La nuova centrale dei rischi*, Roma, 1996, *passim*.

⁶⁴⁷ Delibera assunta ai sensi degli artt. 53, 67, 107, d.lg. n. 385/1993 (t.u.b.), i quali conferiscono al CICR il potere di emanare disposizioni aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nei confronti delle Banche, delle società finanziarie e degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale (art. 107 t.u.b.).

⁶⁴⁸ Si veda *Circolare n. 139 del 11 febbraio 1991 - Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi*, e successivi aggiornamenti, 15° aggiornamento, in www.bancaditalia.it.

segnalare mensilmente alla Centrale i crediti di importo superiore ad un dato ammontare accordati ad ogni singolo soggetto. Le informazioni ricevute vengono aggregate dalla Centrale in modo da comporre la c.d. «posizione globale di rischio» di ogni singolo soggetto. Più precisamente l'ammontare complessivo di tutti gli affidamenti concessi a quest'ultimo, il quale viene poi comunicato a tutti gli operatori attraverso un flusso informativo di ritorno personalizzato⁶⁴⁹. Grazie alle comunicazioni rese dalla Centrale dei Rischi, gli intermediari hanno la possibilità di effettuare una valutazione in relazione alla capacità di indebitamento e al merito creditizio della clientela sia *ex ante*, cioè prima di concludere un contratto di finanziamento con un dato soggetto, sia *ex post*, nel corso del rapporto già in essere⁶⁵⁰.

In ogni mercato l'informazione riveste un ruolo fondamentale e ciò vale, specificamente, nel mercato del credito, dove la conoscenza approfondita della controparte risulta essere elemento imprescindibile. L'attività della Centrale rischi consente di ridurre le asimmetrie informative e di evitare anche la c.d. «selezione avversa». Ovvero, l'applicazione di tassi di interesse indifferenziati tra i soggetti affidati, in quanto l'intermediario non dispone di informazioni utili per poter diversificare i profili di rischio della clientela⁶⁵¹. Di fatto questo fenomeno rischia di disincentivare proprio i clienti più affidabili.

⁶⁴⁹ La «posizione globale di rischio» è tesa ad evitare che al fine di evitare che i clienti chiedessero la concessione di credito a più banche per importi parcellizzati, invece che ad un singolo intermediario per un unico ammontare complessivo, cercando di eludere i controlli patrimoniali e finanziari previsti in sede di istruttoria di fido, v. U. MORERA, *Il fido bancario*, cit., p. 111 ss.

⁶⁵⁰ Sul punto, cfr. V. PAPAGNI, *L'illegittima segnalazione alla centrale rischi presso Bankitalia e la relativa liquidazione del danno con criteri equitativi*, nota a Cass., 24.5.2010, n. 12626, in *Dir. e giustizia*, 2010, 292.

⁶⁵¹ S. LOPREIATO, *Centrale dei rischi private, segnalazione erronea e responsabilità della banca* (nota a Trib. Milano, 18.8.2005), in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 451 ss.

Per tutte le ragioni suindicate, l'attività di centralizzazione dei rischi ha sempre svolto un ruolo fondamentale nel mercato del credito, assolvendo ad una duplice funzione, privatistica e pubblicistica. La prima, tesa ad una sempre maggiore efficienza nell'esercizio dell'attività creditizia. La seconda, finalizzata a contribuire alla realizzazione di una sana e prudente gestione da parte degli intermediari, ricercando una sempre maggiore efficienza, stabilità e competitività del sistema finanziario. In altre parole, la finalità di vigilanza in materia creditizia contemplata dall'art. 5 t.u.b.⁶⁵²

Oltre alla tradizionale funzione di controllo sul cumulo dei fidi, l'attività di centralizzazione dei rischi bancari ha assunto un ruolo di sempre maggiore rilevanza⁶⁵³.

E' innegabile che i soggetti segnalati siano esposti a considerevoli pregiudizi a causa della segnalazione, in quanto essi potrebbero incontrare rilevanti restrizioni nell'accesso al credito. Nel contempo, lo stesso sistema creditizio potrebbe risultrne danneggiato, in quanto il mancato accesso al credito può condizionare la politica bancaria e creditizia di altri intermediari operanti nel settore. Per tali

⁶⁵² F. VELLA, *Segnalazione dei crediti in «sofferenza» alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca* [nota a Trib. Roma, (ord.) 3.11.1995; e Trib. Cagliari, (ord.) 28.11.1995], in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 494 ss.; M. SERRA, *Segnalazioni erronee alla centrale dei rischi e responsabilità dell'intermediario* [nota a Trib. Potenza, (ord.) 4.5.2001; e Trib. Salerno, sez. dist. Eboli, (ord.) 22.4.2002], in *Giur. comm.*, 2003, II, 210 ss.

⁶⁵³ Cfr. F. PACILEO, «*Sofferenze bancarie*»: presupposti di legittimità della segnalazione alla Centrale dei rischi della banca d'Italia (nota a Cass., 1.4.2009, n. 7958), in *Giur. comm.*, 2010, II, 678, nt. 13: «Tale mutamento è confermato sia dall'introduzione solo in un secondo momento della fattispecie e della disciplina delle sofferenze bancarie, sia dal confronto tra il testo storico della Circolare n. 139 e quello vigente, a seguito delle modifiche avvenute nel 1994, nella parte i cui individua le finalità perseguite da tale normativa. Al riguardo, il testo storico affermava che la Banca d'Italia, attraverso la Centrale rischi, «fornisce agli intermediari segnalanti le informazioni necessarie per il contenimento dei rischi derivati dal cumulo degli affidamenti in capo ad un medesimo soggetto»; il testo vigente, invece, prevede che il sistema di centralizzazione dei rischi «si propone di fornire agli intermediari partecipanti un'informativa utile, anche se non esaustiva, per la valutazione del merito della clientela e, in generale, per l'analisi e la gestione del rischio di credito»».

ragioni, è fondamentale che gli intermediari valutino accuratamente la situazione di un soggetto prima di procedere a segnalazioni potenzialmente pregiudizievoli per il nominativo⁶⁵⁴.

Tale sistema di raccolta e diffusione di dati è organizzato e gestito dalla Banca d'Italia, la quale ha il potere di emettere disposizioni in merito al contenimento del rischio e alla vigilanza regolamentare⁶⁵⁵.

Nel sistema informativo gestito dalla Banca d'Italia, le posizioni di rischio dei clienti sono classificate in sezioni diverse, a seconda delle caratteristiche che rivestono⁶⁵⁶, cui corrispondono diverse tipologie di segnalazioni, formalmente indicate con un codice numerico corrispondente.⁶⁵⁷

La segnalazione che risulta essere maggiormente pregiudizievole per il destinatario della medesima, è la c.d. «segnalazione a sofferenza».

Preliminarmente si evidenzia che la Centrale dei rischi è disciplinata dalla Circolare n. 139 del 1991 della Banca d'Italia⁶⁵⁸. La

⁶⁵⁴ Sul punto cfr. F. GANGEMI, *Segnalazione alla Centrale rischi e privacy: profili di responsabilità in capo alla Banca d'Italia* (nota a Cass., 1.4.2009, n. 7958), in *Giur. it.*, 2009, 2156.

⁶⁵⁵ Istruzioni di Vigilanza – consultabili su www.bancaditalia.it.

⁶⁵⁶ Le sezioni sono le seguenti: crediti per cassa, crediti di firma, garanzie ricevute, derivati finanziari, garanti, sezione informativa, sofferenze. Si segnala che nell'ambito delle rispettive sezioni esistono suddivisioni per categoria. A titolo esemplificativo, si riportano le tre categorie che rappresentano la sezione dei Crediti per cassa: Rischi autoliquidanti, Rischi a scadenza, Rischi a revoca.

⁶⁵⁷ Il codice "830" è relativo a rapporti non contestati, crediti scaduti o sconfinati da più di 90 giorni; il codice "831" è relativo a rapporti non contestati, crediti scaduti o sconfinati da più di 180 giorni; il codice 93 è relativo crediti impagati, i codici 830 e 831 sono quindi relativi *al c.d. past due*, trattasi di una nuova tipologia di *default* introdotta da Basilea II: indica crediti scaduti o sconfinati per oltre 90 gg consecutivi (fino a dicembre 2011 erano 180 gg.) .

⁶⁵⁸ Circ. 11.2.1991, n. 139, Cap. II, Sez. II, par. 1.5, in www.bancaditalia.it, ai sensi della quale la segnalazione a sofferenza non è più dovuta quando: viene a cessare lo stato di insolvenza o la situazione ad esso equiparabile; il credito viene rimborsato dal debitore o da terzi, anche a seguito di accordo transattivo liberatorio, di concordato preventivo o di concordato fallimentare remissorio; rimborsi parziali del credito comportano la riduzione dell'importo segnalato; il credito viene ceduto a terzi; gli organi competenti dell'intermediario con specifica delibera abbiano preso atto della non recuperabilità del credito ovvero rinunciato ad avviare o proseguire gli atti di

suddetta circolare considera la dicitura «sofferenza» una particolare categoria di censimento riconducibile alla «esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dalla banca⁶⁵⁹. Ancora, si legge nella Circolare che l'apposizione a sofferenza «implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito».

Attualmente la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che ai fini dell'apposizione a sofferenza di un nominativo l'intermediario debba svolgere un'indagine ed una valutazione concreta e complessiva della situazione finanziaria del cliente⁶⁶⁰. Vale a dire accertare in capo a quest'ultimo l'effettiva sussistenza di una situazione patrimoniale deficitaria, non potendo limitarsi a prendere atto del mero inadempimento del debitore. Al contrario, la valutazione del caso concreto costituisce presupposto imprescindibile. Sia in forza della disciplina della circ. n. 139, che impone espressamente all'intermediario l'onere di valutazione in ossequio ai canoni di

recupero, per motivi di convenienza economica in relazione all'ammontare del credito. Ancora: «il pagamento del debito e/o la cessazione dello stato di insolvenza o della situazione ad esso equiparabile non comportano la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza relative alle rilevazioni pregresse». Si segnala, per completezza espositiva, che il 14° aggiornamento della circ. n. 139, cit., del 29.4.2011, in *www.bancaditalia.it*, prevede che la segnalazione a sofferenza non è più dovuta anche nei casi in cui il credito è interamente prescritto (*ex art. 2934 c.c.*); nonché nei casi in cui il credito è stato oggetto di esdebitazione (*ex art. 142 l. fall.*).

⁶⁵⁹ Si prescinde, pertanto, dall'esistenza di eventuali garanzie (reali e personali) poste a presidio dei crediti (sono escluse le posizioni la cui situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al «rischio-paese»).

⁶⁶⁰ In dottrina v. U. MORERA, *La centralizzazione dei rischi di credito: profili giuridici*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1996, 464 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 303 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, (ord.) 5.8.1998, *ivi*, 1999, II, 452 ss., che è stata una delle prime a confutare l'orientamento in questione; più di recente v. Cass., 12.10.2007, n. 21428, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Banca, credito e risparmio*, 132.

diligenza professionale, sia nel rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede contrattuale⁶⁶¹.

In merito ai presupposti per procedere ad una segnalazione a sofferenza, il più recente orientamento, ormai divenuto prevalente, ritiene di ancorare il presupposto di legittimità della segnalazione a sofferenza alla valutazione di elementi oggettivi. Detti elementi sono relativi alla complessiva situazione patrimoniale ed economico-finanziaria del cliente, invece che sul singolo rapporto banca-cliente⁶⁶². Inoltre, ha proposto una nozione di «insolvenza» più ampia rispetto alla fattispecie di cui all'art. 5 l. fall. Trattasi di una “insolvenza” *levior*, «così da concepire lo stato di insolvenza, e le situazioni ad esso equiparabili, in termini di valutazione negativa di una situazione patrimoniale deficitaria, senza fare riferimento ad una situazione di definitiva irrecuperabilità... essendosi rilevato da più di un autore che altrimenti gli intermediari si troverebbero nell'impossibilità di attivarsi in tempo utile per cautelare la propria posizione».⁶⁶³

In altre parole, il presupposto minimo per procedere alla segnalazione non risiederebbe nell'oggettiva difficoltà per l'intermediario di recuperare lo specifico credito, bensì nel complessivo stato di difficoltà patrimoniale e finanziaria in cui versò il cliente che, secondo un giudizio prognostico della banca, sia da ritenersi non

⁶⁶¹ Cfr. F. PACILEO, *op. cit.*, 678.

⁶⁶² La Suprema Corte, con la sentenza della Cass. Civ., Sez. I, 1° aprile 2009, n. 7958, in, tra le altre fonti, *Obblig. e Contr.*, nov. 2011, 737 e ss.; in www.dirittobancario.it, e www.ilcaso.it. La Corte nel cassare la decisione di primo grado, ha affermato che l'intermediario deve prima effettuare una valutazione della complessiva situazione patrimoniale del cliente, non potendo limitarsi a considerare solo lo specifico o gli specifici rapporti tra banca e soggetto segnalato. Inoltre, la Corte di legittimità ha precisato che le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia di cui alla circ. n. 139 inducono a privilegiare una nozione d'insolvenza *levior* rispetto al concetto d'insolvenza fallimentare, da intendersi come una grave e non transitoria difficoltà economica, la quale costituisce il presupposto di legittimità per procedere alla segnalazione del nominativo in Centrale rischi. Conf. Cass. Civ., sez. I, 24 maggio 2010, n. 12626, *Obblig. e Contr.*, nov. 2011, 741 e ss., e in www.personaedanno.it.

⁶⁶³ Cfr. Cass., 12.10.2007, n. 21428, *cit.*

momentaneo, dagli sviluppi incerti, ma non necessariamente irreversibile⁶⁶⁴.

Un'ulteriore voce che merita di essere menzionata è il c.d. «*past due*», introdotta da «Basilea II», quale nuova tipologia di *default* legata a i crediti scaduti o sconfinamenti prolungati per oltre 90 giorni (in precedenza erano 180 giorni). La Banca d'Italia ha recepito tali indicazioni di «Basilea II» imponendo alle banche di ritenere in *default* i clienti con i predetti sconfinamenti prolungati nel tempo. Nella sostanza ha equiparato tali situazioni addirittura alle c.d. “sofferenze”, considerando il *past due* quale indizio che il soggetto in questione (azienda o privato) ha difficoltà finanziarie che, se non risolte, costituiscono il preludio di un eventuale default, cioè alla successiva classificazione ad Incaglio e/o a Sofferenza.

Si legge testualmente sulle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia alla voce “Esposizioni in *default*”: «per esposizioni in *default* si intendono: sofferenze, incagli, crediti ristrutturati, crediti scaduti e/o sconfinanti (...). rientrano tra i crediti scaduti e/o sconfinati quelli per cui il debitore è in ritardo sui un'obbligazione creditizia verso la banca o il gruppo bancario da oltre 90 giorni»⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ Così, Cass., 12.10.2007, n. 21428, cit.; Trib. Pescara, (ord.) 22.12.2006, in *Foro it.*, 2007, I, 2615 ss.; Trib. Milano, 3.3.2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 651 ss.; Trib. Brindisi, (ord.) 2.9.2004, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2005, 89 ss. (che invero assimila lo stato d'insolvenza alla fattispecie di cui all'art. 5 l. fall. e le «situazioni sostanzialmente equiparabili» al presupposto di cui all'art. 187 l. fall.); Trib. Catania, 5.12.2003, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 555 ss.; Trib. Brindisi, 20.7.1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 555 ss., con nota di A. SCHERMI, *Segnalazione di credito «in sofferenza» alla Centrale Rischi della Banca d'Italia e provvedimento d'urgenza*; Trib. Potenza, (ord.) 4.5.2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, 210 ss. In dottrina v. anche A. FABRIZIO-SALVATORE, *Segnalazione illegittima alla Centrale rischi e danno risarcibile* (nota a Trib. Bari, 24.1.2008), in *Danno e resp.*, 2008, 881; A. MONDANI, *Conoscenza dello stato d'insolvenza e segnalazione alla Centrale Rischi* (nota a Cass., 13.10.2005, n. 19894), in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 25 ss.

⁶⁶⁵ V. *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, 13° aggiornamento del aggiornamento del 29 maggio 2012, cit., Titolo II - Capitolo I, p. 52.

4. I criteri per l'attribuzione del *rating* e le Istruzioni di Vigilanza per le Banche.

La normativa di Basilea ha fornito determinati indici e criteri per la determinazione del *rating*, basati su due modelli. Il primo, l'unico previsto da «Basilea I», è il metodo *standard*, basato su modelli esterni forniti dalle agenzie di *rating*. Pertanto, la valutazione sul merito creditizio della clientela della banca viene demandata all'esterno, attraverso l'apporto delle agenzie di *rating*⁶⁶⁶.

Il secondo modello, istituito da «Basilea II» prevede l'attribuzione del *rating* attraverso un metodo di analisi interno, sancito dalle banche medesime (c.d. IRB) e approvato da Banca d'Italia. In tale ultimo caso, le banche provvedono internamente ad attribuire alla clientela affidata una determinata classe di merito. Ciascuna classe comprende tutta la clientela considerata equivalente in termini di probabilità di rimborso del prestito, e a ciascuna classe corrisponde un livello di rischio omogeneo⁶⁶⁷.

Gli IRB si suddividono a loro volta in modello “base” (*IRB foundation*) e modello “avanzato” (*IRB advanced*)⁶⁶⁸, basati su determinati fattori di rischio che vengono presi in considerazione per l'attribuzione del *rating*⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Alcune delle agenzie riconosciute da Banca d'Italia sono *Moody's*; *Standard & Poor's*; *Fitch Ratings* e *Lince*.

⁶⁶⁷ In tema di modelli di attribuzione del *rating* e i dati rilevanti nei modelli “esterni” e “interni” v. E. FACILE e A. GIACOMELLI, *op. cit.*, 11 e ss.; Documento ABI, “*Conoscere il rating – come viene valutata l'affidabilità delle imprese con l'Accordo di Basilea*”, in <http://www.prefettura.it/>.

⁶⁶⁸ Per approfondimenti v. E. FACILE e A. GIACOMELLI, *op. cit.*, 12 e ss. secondo le indicazioni fornite da Banca d'Italia, il metodo “base” la banca stima la probabilità di insolvenza del debitore (PD, v. *infra*), mentre il valore degli altri fattori di rischio viene fornito dall'Autorità di Vigilanza (es. Banca d'Italia stessa). Con il metodo avanzato la banca qualifica in autonomia tutti i fattori di rischio richiesti dalla normativa (probabilità di insolvenza del debitore, perdita attesa nel caso di insolvenza, esposizione al momento di insolvenza, vita residua del debito, v. *infra*)

⁶⁶⁹ Più precisamente, il modello dei *rating* interni, si fonda sulla derivazione della copertura patrimoniale dalle suddette funzioni di ponderazione i cui *input* sono

L'attribuzione del *rating*, sia che avvenga attraverso modelli esterni o interni (IRB), richiede il ricorso a voci di analisi parziali, anche detti “*rating* parziali” tra loro ponderati e combinati, per giungere alla valutazione finale del merito creditizio. Tra le informazioni che vengono esaminate, è possibile individuare tre principali tipologie di analisi:

- L'analisi quantitativa, rappresentata da informazioni di tipo “oggettivo”, che prende in esame la capacità dell'impresa di generare nel tempo flussi di cassa positivi, mantenendo un equilibrata struttura patrimoniale e finanziaria, e livelli di redditività soddisfacenti. Tra gli indici oggetto di analisi, si possono evidenziare i bilanci consuntivi e previsionali; la documentazione contabile; la capacità dell'azienda di autofinanziarsi e di coprire gli oneri finanziari; il livello di patrimonializzazione dell'azienda (ovvero se l'ammontare del debito è coerente o meno con la redditività e i mezzi propri dell'azienda); il livello di liquidità, se il capitale investito è o meno coerente con le dimensioni aziendali.
- L'analisi qualitativa, prende in esame elementi come la struttura societaria e la *governance*, il settore di appartenenza, la quota di mercato in cui opera l'impresa e la concorrenza; i

rappresentati dai fattori di rischio. Immessi tali *input*, la *risk-weight function* (ovvero, definizione delle funzioni di ponderazione), fornisce come il coefficiente di ponderazione da attribuire a ciascuna esposizione.

Il parametro che, fondamentalmente, definisce la misura del rischio di una data esposizione creditizia è la probabilità di insolvenza (*probability of default* - PD) della controparte affidata; gli altri fattori di rischio sono:

- la perdita in caso d'insolvenza (*Loss Given Default* - LGD);
- l'esposizione all'insolvenza (*Exposure at Default* - EAD);
- la vita residua (*Maturity* - M). Per approfondimenti v. “*Il nuovo accordo di Basilea sul capitale delle banche - Inquadramento metodologico e potenziali impatti sulle PMI in termini di assorbimento patrimoniale*”, settembre 2005, 31 e ss., reperibile sul sito <http://www.ven.camcom.it/>.

piani industriali e le strategie commerciali, la presenza di fattori di rischio; la concentrazione del fatturato ecc.

- L'analisi andamentale, ovvero il rapporto tra l'impresa e la singola banca e verso l'intero sistema bancario. In questa voce di analisi, entrano in gioco anche i dati della Centrale dei Rischi, ovvero il complessivo numero di affidamenti concessi alla singola impresa e la percentuali di utilizzo sulle varie linee (ovvero, in che misura e in quale modo gli affidamenti concessi vengono utilizzati); la presenza di sconfinamenti e la durata dei medesimi; l'eventuale passaggio a "sofferenza", a "perdita" o "past due". La valutazione di complessiva coerenza del ricorso al credito rispetto all'attività aziendale e al volume di affari.

La Banca d'Italia, nel recepire le indicazioni fornite dalla normativa europea, ha emanato le istruzioni di Vigilanza per le banche, fornendo alcuni elementi e parametri di riferimento cui l'intermediario deve attenersi per individuare il merito creditizio, di ciascun cliente e per l'attribuzione del *rating* corrispondente⁶⁷⁰.

In primo luogo, le Istruzioni sanciscono che l'intero processo di gestione del rischio di credito e di controparte (misurazione del rischio, istruttoria, erogazione, controllo andamentale e monitoraggio

⁶⁷⁰ La materia è altresì disciplinata dai seguenti articoli del TUB: art. 53, co. 1, lett. a), b) e d), che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni e il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; art. 53, co. 3, che attribuisce, tra l'altro, alla Banca d'Italia il potere di adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singole banche per le materie indicate nel co. 1; art. 67, co. 1, lett. a), b) e d), co. 2-ter e co. 3-bis, il quale, al fine di realizzare la vigilanza consolidata, prevede che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, impartisca alla capogruppo o a componenti del gruppo bancario, con provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni aventi a oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nonché il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione.

delle esposizioni, revisione delle linee di credito, classificazione delle posizioni di rischio, interventi in caso di anomalia, criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate) deve risultare dal regolamento interno ed essere periodicamente sottoposto a verifica.

La corretta misurazione del rischio di credito presuppone che le banche abbiano in ogni momento piena contezza della propria esposizione verso ciascun cliente e verso ciascun gruppo di clienti connessi (attribuendo rilevanza sia alle connessioni di carattere giuridico sia a quelle di tipo economico-finanziario)⁶⁷¹.

Momento centrale nelle procedure per l'assunzione di grandi esposizioni è la corretta rilevazione e gestione di tutte le informazioni necessarie. Nella fase istruttoria, le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito di credito del prenditore, sia sotto il profilo patrimoniale che reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo erogati, forma tecnica e progetto finanziato. Deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prenditore di somme, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute⁶⁷².

⁶⁷¹ «A tale fine, è indispensabile la disponibilità di dati completi e aggiornati, di un sistema informativo che ne consenta lo sfruttamento ai fini richiesti, di un'anagrafe clienti attraverso cui generare ed aggiornare, a livello individuale e, nel caso di un gruppo bancario, consolidato, i dati identificativi della clientela, le connessioni giuridiche ed economico-finanziarie tra clienti diversi, le forme tecniche da cui deriva l'esposizione, il valore aggiornato delle tecniche di attenuazione dei rischi», *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, Parte prima, IV.3.41.

⁶⁷² «Nel caso di affidamenti ad imprese, sono acquisiti i bilanci (individuali e, se disponibili, consolidati), le altre informazioni desumibili dalla Centrale dei Bilanci e ogni altra informazione, significativa e rilevante, per valutare la situazione aziendale attuale e prospettica dell'impresa, anche di carattere qualitativo (validità del progetto imprenditoriale, assetti proprietari, esame della situazione del settore economico di appartenenza, situazione dei mercati di sbocco e di fornitura, ecc.)». *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, *cit.*, Parte prima, IV.3.41.

Le procedure di sfruttamento delle informazioni devono fornire indicazioni circostanziate sul livello di affidabilità del cliente⁶⁷³ Al fine di conoscere la valutazione dei soggetti affidati effettuate da parte del sistema bancario, le banche utilizzano, anche nella successiva fase di controllo andamentale e monitoraggio delle esposizioni, le informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi. Affinché siano pienamente efficaci, il controllo andamentale e il monitoraggio delle singole esposizioni devono essere svolti con sistematicità, avvalendosi di procedure efficaci in grado di segnalare tempestivamente l'insorgere di anomalie e di assicurare l'adeguatezza delle rettifiche di valore e dei passaggi a perdita.

È stato istituito poi dalla Banca d'Italia il sistema di controlli interni, c.d. *internal audit*⁶⁷⁴, il quale deve assicurare periodiche verifiche sull'affidabilità ed efficacia del complessivo processo di raccolta informazioni e attribuzione del merito creditizio.

Le Istruzioni di Vigilanza, affermano poi che, tenuto conto dell'obbligo di non fare eccessivo affidamento sui *rating* del credito⁶⁷⁵,

⁶⁷³ Ad es., attraverso sistemi di *credit scoring* e/o di *rating*. Nel caso in cui l'affidato faccia parte di un gruppo, la valutazione tiene conto anche della situazione e delle prospettive del gruppo valutate nel suo complesso.

⁶⁷⁴ I "Sistemi di controlli interni", sono tesi a garantire l'efficacia e l'efficienza delle procedure sotto molteplici profili dell'attività. Il Sistema di Controllo Interno può essere inteso come l'insieme degli elementi che permettono la riduzione dei rischi aziendali e deve garantire che l'intero processo di gestione del rischio ricomprenda l'esposizione al rischio di credito derivante dall'operatività diversa dalla tipica attività di finanziamento, costituita dai derivati finanziari e di credito, dalle operazioni SFT ("*securities financing transactions*") e da quelle con regolamento a lungo termine, così come definite nella disciplina relativa al trattamento prudenziale dei rischi di controparte. I controlli dovranno riguardare, inoltre, la presenza di aggiornati valori peritali delle garanzie; la registrazione nelle procedure automatiche di tutte le informazioni necessarie per la valutazione dei crediti; la tracciabilità del processo di recupero; le stime dei tempi di recupero e i tassi di attualizzazione utilizzati. Le banche sono tenute anche al rispetto dei requisiti organizzativi per l'operatività in derivati di credito, Cfr. Bollettino di vigilanza n. 4 - Aprile 2006.

⁶⁷⁵ Cfr. Regolamento (CE) n. 1060/2009 del 16 settembre 2009 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle agenzie di rating del credito, come modificato dal Regolamento (UE) n. 462/2013 del 21 maggio 2013 (in particolare, art. 5-bis).

l'utilizzo dei *rating* esterni non esaurisce il processo di valutazione del merito di credito che le banche devono svolgere nei confronti della clientela⁶⁷⁶. Tale processo rappresenta soltanto uno degli elementi che possono contribuire alla definizione del quadro informativo sulla qualità creditizia del cliente. Le banche si dotano, pertanto, anche di metodologie interne che consentano una valutazione del rischio di credito derivante da esposizioni nei confronti dei prenditori, titoli, posizioni verso le cartolarizzazioni nonché del rischio di credito a livello di portafoglio⁶⁷⁷.

Le banche, oltre ad analizzare la qualità dei singoli prenditori nell'ambito del processo di gestione del rischio, sono tenute a effettuare, con periodicità almeno annuale, una specifica valutazione della complessiva coerenza dei *rating* delle ECAI con le valutazioni elaborate in autonomia. I risultati dell'esame sono formalizzati in un documento approvato dall'organo con funzione di gestione e portato a conoscenza dell'organo con funzione di supervisione strategica e dell'organo con funzione di controllo.

I sistemi e le procedure di supporto alla gestione del credito provvedono alla raccolta e all'aggiornamento delle informazioni necessarie per l'attribuzione del *rating* alla clientela.

⁶⁷⁶ Ad es. le valutazioni del merito di credito rilasciate dalle ECAI sono utilizzate ai fini dell'applicazione di coefficienti di ponderazione diversificati per la determinazione dei requisiti patrimoniali a fronte del rischio di credito nel metodo standardizzato conformemente a quanto previsto dal CRR, Cfr. Parte III, Titolo II, Capo 2, delle *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, cit. Le ECAI sono Agenzie di *Rating* sul rischio di credito che operano nei confronti di qualsiasi cliente bancario, dagli Stati sovrani, fino al richiedente il mutuo per la casa o per l'auto. Il Comitato di Basilea ha sviluppato un procedimento per la valutazione delle "*External Credit Assessment Institutions* (ECAIs)" per stabilire se le banche ne possano utilizzare i *ratings* per stabilire il loro livello minimo di capitali.

⁶⁷⁷ Le banche, in linea con il principio di proporzionalità, possono non sviluppare apposite metodologie per la valutazione interna del rischio di credito derivante dalle esposizioni verso amministrazioni centrali e banche centrali. Ove dall'esame emergano frequenti e significativi disallineamenti fra valutazioni interne ed esterne, copia della citata relazione è trasmessa alla Banca centrale europea o alla Banca d'Italia.

Le procedure per la concessione e il rinnovo, con cadenza almeno annuale, dei crediti sono integrate con il modulo di calcolo del *rating* in modo da consentire un'adeguata gestione del processo di attribuzione, approvazione e revisione del punteggio dei singoli debitori o dei pool.⁶⁷⁸

Per quanto concerne il sistema per il calcolo del *rating*, la banca deve essere in grado di rilevare e conservare serie storiche sufficientemente estese, relative ai dati di *input*, ai risultati intermedi e finali del modello⁶⁷⁹.

Gli archivi e le procedure utilizzati per la stima dei modelli e per il calcolo del *rating* devono consentire la replicabilità dei risultati ottenuti in passato, la classificazione a posteriori degli affidati e delle operazioni, le verifiche tra dati stimati ed effettivi. Non è necessario che tutti i dati, anche per periodi remoti, siano sempre disponibili on-line; ma è necessario che le informazioni necessarie siano correttamente archiviate e facilmente recuperabili.

Deve inoltre essere «assicurata la disponibilità degli archivi e delle procedure e facilitato l'accesso ai dati per l'analisi, per la convalida dei modelli e per il *reporting* agli organi aziendali e all'esterno della banca»⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, cit.*, parte II, 4.11. In particolare, le procedure aziendali devono utilizzare tempestivamente le nuove informazioni potenzialmente in grado di modificare il *rating* corrente, proponendo la eventuale revisione del merito di credito.

⁶⁷⁹ Ad es. PD, LGD, EAD, *rating* con relativa data di assegnazione, metodologia impiegata e soggetto responsabile dell'assegnazione, passaggio a *default*, attribuzione delle esposizioni *retail* ai *pool*, etc. L'ambiente di definizione dei sistemi interni è presidiato con adeguati strumenti di gestione del ciclo di vita del software, presidi sulla sicurezza dei dati e verifiche sul livello di qualità e sulla rappresentatività delle informazioni gestite. In particolare, va garantita un'appropriata gestione del *versioning*, del *change management* e del collaudo delle applicazioni. In occasione di rilevanti modifiche nei sistemi informativi aziendali per la gestione del credito o di utilizzo di nuove fonti informative; il passaggio di un modello dall'ambiente di sviluppo a quello di produzione è formalizzato.

⁶⁸⁰ V. *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*. Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, *cit.*, Parte II. 4.12. I dati per condurre le prove di stress sono

Le procedure di raccolta, archiviazione ed elaborazione dei dati devono garantire il rispetto di elevati *standard* di qualità. Devono essere individuate tutte le informazioni “rilevanti”, in ossequio al principio di “completezza” e “utili” al calcolo dei *rating*, senza distorsioni sistematiche nei risultati indotte dai dati di *input* o dai processi di raccolta e integrazione, garantendo la massima accuratezza.

Deve essere definito uno *standard* aziendale di *data policy* comprensivo dei controlli previsti e delle misure per trattare i dati mancanti o non soddisfacenti. Periodicamente, viene condotta una valutazione sul soddisfacimento di tale *standard*; nel tempo vengono fissati obiettivi sempre più stringenti in tema di qualità dei dati.

La banca individua le funzioni coinvolte nella raccolta dei dati e nella produzione delle informazioni; sono attribuiti ruoli e responsabilità per garantire una ordinata gestione dei dati, dei concetti statistici e del dizionario dati (c.d. “modello dati”)⁶⁸¹.

Sono previsti controlli periodici, che devono essere tracciati e gli esiti devono essere debitamente registrati. Deve essere tenuta traccia anche dei dati scartati o introdotti nelle varie fasi, delle informazioni mancanti, non plausibili, o con forti discontinuità tra due periodi, delle posizioni escluse o non correttamente associate a modelli di *rating*, dei

accurati, completi, appropriati e rappresentativi; vengono gestiti in ambienti separati rispetto a quelli di stima dei modelli e di produzione. Le prove sono condotte avvalendosi di risorse tecnologiche proporzionate alla complessità delle metodologie prescelte e alla dimensione degli archivi. Si fa riferimento, tra l'altro, alla identificazione dei clienti condivisi e alla definizione di criteri omogenei per l'individuazione di connessioni giuridiche o economiche tra clienti delle varie banche del gruppo.

⁶⁸¹ Nel caso in cui i dati fossero acquisiti o rivisti con immissione manuale (ad esempio, registrazione dei questionari qualitativi, rettifiche di importi, correzione di una posizione per consentire l'associazione al relativo modello di valutazione, inserimento degli *override*) devono essere documentati. Devono essere registrati i dati precedenti la modifica, l'utente che ha rettificato, cancellato o aggiunto informazioni, e, nei casi rilevanti, le motivazioni degli interventi codificate per gruppi omogenei. Gli interventi manuali sono costantemente verificati, anche con appositi controlli nelle procedure di acquisizione, e, quando è possibile, progressivamente sostituiti da procedure automatiche.

risultati delle riconciliazioni con le procedure contabili e delle verifiche con archivi esterni.

Deve essere attuata una politica di sicurezza atta a prevenire l'accesso ai dati da parte di soggetti non autorizzati e a garantire la loro integrità e disponibilità. Deve essere altresì assicurato, in caso di incidente, il recupero dei sistemi e degli archivi utilizzati per la misurazione del rischio di credito.

Quelli elencati, sono alcuni dei dati che possono rientrare nella valutazione del *rating* aziendale operato dalle banche, sia che vengano utilizzati modelli e sistemi interni (IRB), sia che si faccia ricorso alle analisi di agenzie esterne (modello *standard* – esterno).

Uno degli punti maggiormente critici della tematica, è che nella maggior parte dei casi i criteri nello specifico impiegati per la valutazione del *rating* non vengono resi pubblici, verosimilmente neanche su richiesta stessa del soggetto a cui la specifica voce di *rating* viene attribuita. In particolare, di regola non è possibile avere contezza di quali specifici indici siano stati presi in esame nel caso concreto, e quali siano stati ritenuti maggiormente rilevanti nell'attribuzione della valutazione del merito creditizio.

Tuttavia, analizzando la voci che possono essere oggetto di valutazione, appare evidente che la situazione complessiva degli affidamenti concessi e la presenza di sconfinamenti è uno degli aspetti nevralgici dell'analisi. Nel corso del presente elaborato si è cercato di evidenziare che l'addebito di interessi anatocistici, di commissioni a vario titolo (tra cui, ad es., a titolo di *up front*), la presenza di strumenti finanziari derivati, talvolta non oggetto di specifica pattuizione tra le parti, può essere in grado di generare una spirale di costi che inevitabilmente determinano lo sconfinamento delle linee di credito concesse. Se tale situazione si protrae nel tempo, frequentemente l'impresa (o il risparmiatore) non più in grado di farvi fronte. Quello

che è certo è che la crescita dell'indebitamento comporta un peggioramento della situazione economico – finanziaria del soggetto e, di conseguenza, un peggioramento del merito creditizio.

5. Segnalazioni in Centrale rischi e peggioramento del *rating* creditizio quali potenziali forme di abuso del diritto.

La *ratio* che ha animato l'istituzione della Centrale dei Rischi è indubbiamente condivisibile, come altrettanto pregevole è la funzione che tale sistema informativo è teso a perseguire, rendendo edotti gli intermediari del complessivo livello di indebitamento di ciascun soggetto richiedente fido.

Tuttavia, la prassi ha talvolta mostrato applicazioni distorte di tale istituto, con l'appostazione a “sofferenza” di posizioni che non versavano veramente in una situazione di “insolvenza” secondo l'accezione sopra descritta⁶⁸². Oppure, di ritardi ingiustificati nella cancellazione della segnalazione, o ancora di ricorso alla dicitura “*past due*”, meno gravosa dell'appostazione a sofferenza, ma che indubbiamente è comunque idonea a determinare un peggioramento del merito creditizio per altre banche.

La prassi e il recente contenzioso hanno altresì dimostrato che lo stesso meccanismo del *rating*, che dovrebbe essere teso a rendere più efficiente il mercato dell'erogazione del credito per entrambe le parti del rapporto (concedente e beneficiario dell'erogazione), in realtà possa

⁶⁸² Si noti che il tredicesimo aggiornamento della *cit. circ. n. 139/1991*, datato 4.3.2010, ha introdotto l'obbligo per gli intermediari di informare il cliente in occasione della prima segnalazione a «sofferenza», nonché di provvedere, nei termini e nelle modalità indicate, a rettificare le posizioni di rischio in relazione a richieste della Banca d'Italia conseguenti ad ordini impartiti dall'Autorità giudiziaria. (v. *Circ. 11.2.1991, n. 139, 13° aggiornamento del 4.3.2010, Cap. II, Sez. II, par. 1.5., cit.*)

essere “strumentalizzato” per applicare alla clientela condizioni economiche peggiorative anche in corso di rapporto.

Entrambe le ipotesi, segnalazioni in Centrale rischi e peggioramento del *rating* creditizio, potrebbero astrattamente integrare forme di abuso del diritto.

La figura giuridica dell’abuso del diritto è frutto della creazione giurisprudenziale, che per prima ha fornito gli elementi caratterizzanti della fattispecie⁶⁸³. Precedentemente ad un’importante pronuncia del 2009, vi era una corrente di pensiero che escludevano il fatto che l’abuso del diritto fosse un principio generale del nostro ordinamento, mancando una disposizione normativa che lo sancisse espressamente. Altri autori invece ravvisavano nel nostro complesso normativo diverse disposizioni espressione del generale principio del divieto di abuso, tra queste l’articolo 833 c.c. sugli atti emulativi; gli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c.; l’articolo 96 c.p.c, relativo al divieto di lite temeraria nel processo; e il generale articolo 2043 c.c.⁶⁸⁴

La Corte di Cassazione con sentenza n° 20106 del 2009⁶⁸⁵, ha riconosciuto all’abuso del diritto il ruolo di principio generale del diritto civile, alla luce degli art. 1175 c.c., 1375 c.c. e 2 della Costituzione.

⁶⁸³ Il caso che ha fatto scuola, è stato quello di una casa automobilistica che aveva esercitato il diritto di recesso, formalmente consentito da apposita clausola, dal contratto che aveva stipulato con diverse concessionarie di automobili. La motivazione del recesso era stato il rifiuto delle concessionarie di modificare le condizioni contrattuali, in senso sfavorevole alle concessionarie stesse, come imposte dalla casa madre. I concessionari cui era stata revocata la licenza si erano costituiti in un’apposita associazione agendo il giudizio. In primo e in secondo grado i concessionari erano risultati soccombenti e le loro richieste erano state rigettate. Riteneva, in particolare, la Corte di merito che la previsione del *recesso ad nutum* in favore della casa madre rendesse superfluo ogni controllo causale sull’esercizio di tale potere. In altre parole, a parere della Corte la casa automobilistica aveva semplicemente esercitato un diritto espressamente previsto dal contratto. La sentenza della Corte di Cassazione di seguito indicata ha invece ribaltato l’esito della controversia, sancendo importati principi di diritto. Cfr. Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *www.personaemercato.it*.

⁶⁸⁴ G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, diretto da G. Alpa – R. Garofoli, II ed., Roma, 2011, 667 e ss.

⁶⁸⁵ Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, *cit*.

Gli Ermellini con la sentenza richiamata hanno attribuito al canone della buona fede oggettiva, inteso come reciproca lealtà di condotta, valore di principio cardine del nostro ordinamento, quale regola di condotta che entrambe le parti devono rispettare, sia nella formazione e interpretazione del rapporto negoziale, sia nel corso di tutta l'esecuzione del contratto.

L'obbligo di buona fede oggettiva, ha affermato la Corte, integra un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica⁶⁸⁶.

Una volta collocato nel quadro dei valori introdotti dalla Carta costituzionale, ha affermato la Corte, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la cui rilevanza si traduce nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

Pertanto, gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto della dottrina e della giurisprudenza - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione

⁶⁸⁶ In questo senso, Cass. Civ. Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it/>.

ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata e distorta dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore⁶⁸⁷.

L'abuso, in sostanza, è ravvisabile quando nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto e il concreto esercizio del medesimo, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

Come conseguenza di tale eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela di tali abusi, risiede la finalità di impedire che possano essere conseguiti, o conservati, i vantaggi e i diritti ottenuti attraverso atti di per sé formalmente corretti, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa tesa al rispetto della correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata. Oggi, pertanto, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali, artt. 2 e 42 Cost., e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti.

In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto

⁶⁸⁷ Si realizza una forma di abuso del diritto nel momento in cui l'esercizio di una facoltà formalmente prevista dall'ordinamento, come la facoltà di recesso che ha interessato la sent. della Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, *cit.*, viene tuttavia posta in essere in un contesto fattuale e circostanziale, o con modalità tali da risultare tese ad arrecare pregiudizio alla controparte.

giuridico di autonomia privata. Il divieto di abuso presuppone la necessità di una correlazione tra i poteri e lo scopo per i quali essi sono conferiti, senza travalicare la finalità della norma. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio.

Ora, se il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, si impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche.

La violazione di tale principio, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato⁶⁸⁸.

Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi⁶⁸⁹.

Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto⁶⁹⁰, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

Quale principio generale del nostro ordinamento, il divieto di abuso del diritto è idoneo a trovare applicazione diffusa nei rapporti giuridici. Pertanto, nel momento in cui si verificano i presupposti

⁶⁸⁸ Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. Civ. Sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23273, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

⁶⁸⁹ V. tra le altre Cass. Civ. Sez. Unite, 15 novembre 2007, n. 23726, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

⁶⁹⁰ Tale principio, quale canone generale di comportamento, opera per una molteplicità di situazioni, tra queste, nell'ambito societario; nei rapporti bancari; in materia contrattuale, tributaria ecc. In tema di interpretazione del contratto v. S. MARTUCELLI, *Interpretazione del contratto*, in *Diritto civile, Norme, questioni, concetti*, vol. I, a cura di G. Amadio – F. Macario, Bologna, 2014.

indicati dalla Corte di Cassazione, non si vede perché tale canone di comportamento non debba trovare compiuta espressione.

In caso di segnalazione in Centrale Rischi, a ben vedere, la facoltà di apporre la segnalazione è prevista in capo all'intermediario, che può optare per diverse tipologie di segnalazione, in caso sussistano i relativi presupposti. Questi ultimi spesso sono frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che riempie di contenuto gli scarni riferimenti normativi sul punto, inidonei a fornire parametri tassativi di riferimento, lasciando poi uno spazio interpretativo che consente all'intermediario un ampio margine di azione e, di conseguenza, possono derivare anche forme di abuso, attraverso l'appostazione di segnalazioni indebite⁶⁹¹. Allo stesso modo, l'abuso potrebbe verificarsi nel caso in cui l'interprete, potendo effettuare una segnalazione più "blanda" decida di optare per quella maggiormente pregiudizievole.⁶⁹² Ancora, vi sarebbe un abuso se la banca tardasse a cancellare la segnalazione pregiudizievole, o omettesse di sostituire l'originaria appostazione con la dicitura "credito contestato" nei casi opportuni. Per credito contestato, difatti, si intende un credito vantato dalla banca segnalante che risulta essere oggetto di contenzioso, nella determinazione dell'*an e/o* del *quantum* del credito stesso⁶⁹³. Pertanto,

⁶⁹¹ Non è da escludersi che la segnalazione indebita in Centrale dei Rischi possa comportare anche danni non patrimoniali. In tema di danni non patrimoniali, v. M. PROTO, *Danno non patrimoniale*, voce in *Lessico del XXI Secolo*, vol. I (A-K) Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 2010, 728 ss.

⁶⁹² Come una segnalazione "a sofferenza" anziché "a incagli".

⁶⁹³ Nello specifico, le istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, (15° aggiornamento), sono in proposito estremamente chiare, in quanto specificano testualmente che «Si considera contestato» qualsiasi rapporto oggetto di segnalazione (finanziamenti, garanzie, cessioni, etc) per il quale sia stata adita un'Autorità terza rispetto alle parti (Autorità giudiziaria, Garante della privacy, Mediatore ex d.lgs. 28/2010 o altra preposta alla risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela). L'esistenza della contestazione deve essere indicata a far tempo dalla rilevazione relativa alla data in cui l'intermediario riceve formale comunicazione della pendenza in via giudiziale o stragiudiziale. La qualifica di rapporto contestato non è più dovuta dalla rilevazione successiva alla data di conclusione del procedimento».

in caso di contestazione del credito avanti all'Autorità giudiziaria, interpretata in senso ampio dalle stesse disposizioni di Vigilanza, l'Intermediario non sarebbe più legittimato ad indicare la dicitura “*past due*” o a “sofferenza”. Il ritardo ingiustificato nell'aggiornare la dicitura nella banca dati può certamente peggiorare il merito creditizio del cliente, e pregiudicare potenzialmente future concessioni di credito e le condizioni di quelle già in essere.

Allo stesso modo, il diritto /dovere che hanno gli intermediari di valutare periodicamente la meritevolezza del credito della clientela, e attribuire l'indice di *rating* più appropriato a ciascuno può tramutarsi in un abuso se impiegato in modo scorretto. Anche in questo specifico caso, l'applicazione dei canoni indicati dalle disposizioni della Banca d'Italia nell'attribuzione del *rating* non forniscono parametri certi e tassativi di riferimento.

Un aspetto molto critico in tema di *rating* è che spesso si riscontra una scarsa trasparenza in relazione a quali voci ed elementi effettivi sono stati presi in considerazione dell'intermediario nell'attribuzione del giudizio numerico, o nella variazione *in pejus* avvenuta in corso di rapporto già in essere. Come precedentemente rilevato, la stessa Banca d'Italia ha sancito la doverosità da parte degli intermediari di rendere noti all'esterno i criteri concretamente impiegati per attribuire il *rating*. Nelle Istruzioni di Vigilanza si legge infatti che «Viene assicurata la disponibilità degli archivi e delle procedure e

Cfr. Istruzioni di Vigilanza per gli intermediari creditizi, 15° aggiornamento, in www.bancaditalia.it. E' bene comunque ricordare che l'obbligo di segnalare correttamente il credito “in contestazione” è stato introdotto con il 13° aggiornamento della Circolare della Banca d'Italia 11.2.1991 n. 139, datato 4.3.2010, anche se la Giurisprudenza più illuminata l'aveva già iniziato ad affermare tale principio.

facilitato l'accesso ai dati per l'analisi, per la convalida dei modelli e per il *reporting* agli organi aziendali e all'esterno della banca»⁶⁹⁴.

Allo stesso modo, anche la normativa di settore di cui al Testo Unico Bancario, all'art. 118 del TUB, fornisce importanti indicazioni in merito all'importanza di comunicare al cliente i dati che incidono sulle condizioni economiche applicate al rapporto specifico⁶⁹⁵.

Pertanto, la norma parrebbe intimare agli intermediari la necessità di comunicare al cliente i dati che incidono sulle condizioni economiche al medesimo applicate e che hanno determinato un peggioramento delle condizioni suddette. Alla stregua di quanto affermato, parrebbe logico ritenere che il *rating* ormai rappresenti un elemento essenziale nel valutare il merito creditizio e che, di conseguenza, i sistemi di valutazione del medesimo siano elementi essenziali della pattuizione poiché idonei a incidere sulle concrete condizioni economiche applicate. In tal senso, richiamando altresì i

⁶⁹⁴ S.V. Disposizioni di Vigilanza per le banche, Circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, parte II, 4.12., *cit.* ove si legge anche: «Gli archivi e le procedure utilizzati per la stima dei modelli e per il calcolo del *rating* consentono la replicabilità dei risultati ottenuti in passato, la classificazione a posteriori degli affidati e delle operazioni, le verifiche tra dati stimati ed effettivi. Non è necessario che tutti i dati, anche per periodi remoti, siano sempre disponibili on-line; tuttavia le informazioni necessarie sono correttamente archiviate e facilmente recuperabili».

⁶⁹⁵ Art. 118 Testo Unico Bancario, «1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.
2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate». V. anche il comma 3, dove si legge altresì che «Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente».

principi civilistici che sorreggono i rapporti negoziali quali norme e principi fondamentali, sembra possibile riscontrare ulteriori argomenti a sostegno di quanto fin qui esposto. Ciò in quanto l'art. 1346 c.c. ricorda, tra gli elementi essenziali del contratto, il prezzo, che nell'economia moderna ha assunto ormai un significato più ampio. In particolar modo nei rapporti di durata, parrebbe essere equiparabile alle complessive condizioni economiche applicate nel caso di specie.

Un ulteriore aspetto che merita di essere evidenziato è che il testo unico bancario prevedeva all'art. 116 *bis* (rubricato “Decisioni di *rating*”) che «La Banca d'Italia può disporre che le banche e gli intermediari finanziari illustrino alle imprese che ne facciano richiesta i principali fattori alla base dei *rating* che le riguardano. L'eventuale conseguente comunicazione non dà luogo ad oneri per il cliente»⁶⁹⁶. La norma sanciva quindi in capo alla Banca d'Italia la “possibilità” di disporre che le banche e gli intermediari fornissero informazioni sui principali fattori che interessavano i *rating* che li riguardavano.

Ora, sul punto si possono svolgere alcune considerazioni. *In primis*, non era chiaro perché dovesse essere prevista solo una “possibilità” di rendere note tali informazioni che, come evidenziato, hanno un ruolo spesso determinate sulla vita aziendale, invece che sancire una doverosità, anche alla luce dei principi di trasparenza che regolano il Testo Unico Bancario. Inoltre, la comunicazione di tali dati pareva, e tutt'ora parrebbe a rigor di logica, coerente anche con il testo dell'art. 117 t.u.b., co. 4 nella parte in cui sancisce che «I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di

⁶⁹⁶ Articolo inserito dall'art. 1, comma 1, lett. n), D.L. 27 dicembre 2006, n. 297, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 febbraio 2007, n. 15. Successivamente, l'art. 116 bis non è stato ricompreso nella sostituzione apportata dall'art. 4, comma 2, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con la decorrenza prevista dall'art. 6, comma 2 del medesimo D.Lgs. 141/2010.

mora». Ancora meno chiara risulta essere la scelta di abrogare la suddetta disposizione normativa.

E' opportuno evidenziare che l'art. 118 del t.u.b. sancisce importanti canoni di comportamento posti in capo l'intermediario. Più precisamente, che «Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente» (cfr. art. 118 del tub, co. 4). Pare di poter affermare che tali principi, regole e canoni di comportamento, possano e debbano operare anche in relazione all'attribuzione del *rating* e del merito creditizio, poichè il peggioramento della classe di *rating* rischia di creare un effetto "domino" che in taluni casi risulta essere devastante per la sopravvivenza dell'azienda.

6. Analisi applicativa: "Valutazione del merito creditizio di un'impresa".

Si riportano alcuni stralci di una consulenza tecnica di parte⁶⁹⁷, redatta in sede di contenzioso, al fine di accertare la situazione di grave crisi economica di un'impresa, tale da legittimare la sospensione (ex art. 1461 c.c.) della prestazione della controparte contrattuale.

La società di consulenza, attraverso l'utilizzo di appositi indici validati idonei a mostrare con dati statistici le probabilità di *default* di un'azienda, analizza lo stato di salute della società in un determinato momento dell'attività aziendale.

⁶⁹⁷ Si ringrazia la società *Selecta S.r.l.*, società di consulenza indipendente, che ha gentilmente e disinteressatamente concesso l'analisi pratica riportata, i cui dati sono stati oggetto di alcuni adattamenti nel rispetto della privacy dei soggetti coinvolti e per le esigenze del presente elaborato.

Gli elementi presi in esame dal consulente sono gli stessi vagliati anche dalle banche nella valutazione del merito creditizio e, conseguentemente, del *rating*. Come verrà evidenziato, i dati forniti dalla Centrale rischi risultano essenziali nell'analisi complessiva di solvibilità.

Lo stralcio dell'analisi applicativa di seguito riportata, evidenzia come sia ormai possibile, anche per le imprese, poter utilizzare sistemi universalmente riconosciuti per valutare il proprio stato di salute e cercare di agire il prima possibile sui punti critici della complessiva gestione aziendale. Allo stesso tempo, l'analisi mostra, con ragionevole probabilità, quale potrebbe essere la valutazione del merito creditizio effettuata dalla banca in quel momento e comprendere la potenziale classe di *rating* in cui si potrebbe essere collocati.

ANALISI QUANTITATIVA BILANCI D'ESERCIZIO 2009-2011

Rappresentazione sintetica

Si riportano di seguito i tre esercizi 2009-2011 secondo le voci principali del Bilancio (Stato Patrimoniale e Conto Economico) della Alfa S.r.l.

Voci di Bilancio-Stato Patrimoniale (Valori in €)	2009	2010	2011
A. CREDITI VS SOCI	-	-	-
B. IMMOBILIZZAZIONI	2.050.848	1.410.934	1.343.912
C. CIRCOLANTE (C.I, C.II, C.III, C.IV) di cui	25.330.453	24.415.747	24.529.355
C.I. RIMANENZE	20.848.769	21.512.379	21.841.034
C.II CREDITI	3.908.514	2.897.462	2.687.697
C.II.1 Crediti vs Clienti	3.595.324	2.717.807	2.352.309
C.III ATTIVITA' FINANZIARIE	-	-	-
C.IV DISPONIBILITA' LIQUIDE	573.170	5.906	624
D. RATEI E RISCONTI ATTIVI	257.486	216.951	203.091
Totale Attivo	27.638.787	26.043.632	26.076.358
CIRCOLANTE NETTO	19.419.807	20.519.308	20.409.980
ATTIVO CORRENTE (C. CIRCOLANTE+ D.RATEI E RISCONTI)	25.587.939	24.632.698	24.732.446
A. PATRIMONIO NETTO di cui	2.401.925	3.198.482	4.472.310
A-VII Altre Riserve	2.437.989	3.023.928	4.680.928
A-VIII Utili (perdite) portati a nuovo	-	-	66.558
A-IX Utile (perdita) dell'esercizio	-144.064	66.558	-383.174
B.FONDI RISCHI e ONERI	267.560	49.837	18.000
C.TFR	59.941	69.632	59.855
D. Debiti (TOTALE) di cui	24.909.361	22.684.715	21.405.005
D.4 Debiti Vs banche di cui	19.307.680	18.301.546	17.241.276
D.4a Oltre esercizio	8.546.663	12.583.564	14.425.242
D.6 Accounti anticipi (ricevuti)	1.674.116	1.133.484	1.304.700
D.7 Debiti Vs. Fornitori	3.350.170	2.577.394	2.478.663
D.12 Debiti Tributarî	77.511	356.865	256.691
D.13 Debiti Vs. Istituti previdenziali	17.583	23.569	16.561
D14. Altri Debiti	102.301	291.857	107.114
E. RATEI E RISCONTI PASSIVI	-	40.966	121.188
Totale Passivo (B+C+D+E)	25.236.862	22.845.150	21.604.048
Totale Passivo e Netto (A+B+C+D+E)	27.638.787	26.043.632	26.076.358
PASSIVO CORRENTE (D4, D6, D7, D12, D13, D14, E.)	15.982.698	10.142.117	7.100.951

Voci di Bilancio-Conto Economico (Valori in €)	2009	2010	2011
A.VALORE DELLA PRODUZIONE di cui	12.089.764	7.866.291	5.776.546
A.1. Ricavi delle vendite e delle prestazioni	6.939.184	7.570.303	5.409.942
A.2. Variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti	5.418.955	321.760	18.418
A.3. Variazioni dei lavori in corso su ordinazione	-504.745	-162.475	226.542
A.5. Totale altri ricavi e proventi	236.370	136.703	121.644
B. COSTI DELLA PRODUZIONE di cui	11.346.585	6.935.866	5.674.684
B.10. Ammortamenti e svalutazioni	297.492	194.753	109.773
B.11. Variazioni delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e merci	-181.833	-504.325	-83.696
B.14. Oneri diversi di gestione	1.296.762	730.506	45.137
Differenza tra valore e costi della produzione (A-B)	743.179	930.425	101.862
MOL	2.101.063	1.718.981	135.128
RISULTATO OPERATIVO Caratteristico: (MOL-B.10.)	1.803.571	1.524.228	25.355
RISULTATO OPERATIVO	506.809	793.722	-19.782
C. PROVENTI E ONERI FINANZIARI di cui	-789.951	-1.027.898	-1.005.487
C.17. Interessi e altri oneri finanziari	-792.904	-1.030.136	-1.005.670
D. RETTIFICHE DI VALORE DI ATTIVITA' FINANZIARIE	-	-	-
E) Proventi e Oneri straordinari (20, 21)	-1.785	228.069	309.043
RISULTATO PRIMA DELLE IMPOSTE (A-B+/-C+/-D+/-E)	-48.557	130.596	-594.582
22. Totale delle imposte sul reddito	95.507	64.038	-211.408
23. Utile / Perdita dell'esercizio	-144.064	66.558	-383.174

Già una prima lettura dei dati di bilancio fornisce diversi segnali, di seguito vengono riportati i dieci principali, che sottendono progressive difficoltà operative e finanziarie:

Per quanto attiene al Conto economico

1. **Valore della produzione in calo** in tutti gli esercizi 2009-2011
2. **Fatturato in calo** in due esercizi su tre

3. **Crollo nel 2011 del MOL** (margine operativo lordo) che si mantiene positivo per poco più di € 135.000 denotando una difficoltà evidente nella gestione ordinaria
4. **Risultato Operativo in calo** in due esercizi su tre che diventa negativo per quasi € 20.000 nel 2011. Il calo rispetto agli esercizi precedenti è di tutta evidenza.
5. **Rilevante incidenza degli oneri finanziari** in crescita in due esercizi su tre con un'incidenza sul fatturato che nel 2011 arriva al 18.6% (era il 11,4% nel 2009 e il 13,6% nel 2010)
6. **Rilevante componente straordinaria** (E.20, E.21) in tre esercizi su quattro; al punto che il Risultato d'esercizio è fortemente aiutato da questa gestione

Per quanto attiene allo Stato Patrimoniale

7. **Incremento delle rimanenze di magazzino** in tutti e quattro gli esercizi con conseguente riflesso negativo sulla gestione finanziaria.
8. **Difficoltà finanziaria già rilevata nei primi mesi del 2010**
9. **Incremento nel periodo del “peso” dei debiti sul fatturato:**
L'incidenza dei debiti sul fatturato è in crescita per due esercizi su tre.

1. ANALISI PER INDICI

L'analisi di bilancio per indici è una attività svolta mediante l'uso di tecniche prevalentemente quantitative di elaborazione dei dati, con cui si effettuano indagini sul bilancio di esercizio per ottenere informazioni sulla gestione dell'impresa. Attraverso l'analisi di bilancio comparata dei vari elementi a disposizione si può arrivare alla formulazione di un “giudizio” sulla salute dell'impresa. L'analisi patrimoniale, economica e finanziaria delle imprese si fonda principalmente sulla determinazione di appositi indicatori che rappresentino l'andamento economico, la situazione

patrimoniale e finanziaria dell'impresa. Quando devono essere interpretati i risultati di bilancio attraverso gli indici si deve sempre considerare che ogni indice non ha un significato autonomo e deve essere interpretato e valutato in una visione di insieme con gli altri indici ad esso correlati. I migliori risultati in termini interpretativi e valutativi si raggiungono quindi analizzando una serie di bilanci e studiando l'andamento nel tempo degli indici di bilancio significativi, in modo da comprendere in quale direzione si sta muovendo l'impresa (analisi di bilancio dinamica).

L'analisi per indici che segue è stata svolta secondo le finalità del mandato ricevuto (...omissis...). Di conseguenza pur avendo calcolato i più rilevanti indicatori di redditività, l'analisi è stata particolarmente attenta alla dimensione finanziaria della Alfa s.r.l nel periodo compreso dagli esercizi 2009-2011.

Prima di analizzare i singoli indici alcune brevi considerazioni. Una azienda presenta una struttura finanziaria sana quando è in grado di far fronte con le entrate correnti di tutti i giorni alle uscite correnti e alle esigenze di investimento. Una azienda finanziariamente sana è in grado di pagare con regolarità e secondo la loro scadenza tutti i debiti contratti. Questo stato di salute non è casuale e trova origine in una corretta politica di scelta delle fonti di finanziamento più idonee ottenute correlando adeguatamente fonti e impieghi.

Per raggiungere le finalità sopra ricordate si è deciso di adottare un percorso di analisi e valutazione in sette passi: ogni passo corrisponde ad una problematica gestionale a cui l'analisi per indici fornisce una risposta. Alla fine del percorso sarà possibile rappresentare in modo oggettivo una misurazione complessiva della situazione finanziaria aziendale della Alfa S.r.l nel periodo compreso dagli esercizi 2009-2011.

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note	
				2009	2010	2011			
1	Esiste un equilibrio finanziario a breve?	Liquidità e solvibilità aziendale	Acid test: (Risorse immediatamente disponibili/Debiti a breve)	1,38	1,21	0,41	Se < 0,4 Da 0,4 a 0,7 Se > 0,7 fino a 1 Se > 1	molto negativo negativo nella norma buono	Al numeratore l'attivo circolante senza le scorte; al denominatore, i debiti a breve. Esprime la capacità di far fronte ai debiti a breve utilizzando le disponibilità a breve, senza considerare le scorte di magazzino che, per
			Current Ratio: (Risorse a breve/Debiti a breve)	1,60	2,43	3,48	Se < 0,8 Da 0,8 a 1,6 Se > 1,6 fino a 2 Se > 2	molto negativo negativo nella norma buono	Esprime la capacità di far fronte ai debiti a breve utilizzando le disponibilità a breve (magazzino, disponibilità, liquidità). È considerato soddisfacente un indice vicino a 2. Un valore inferiore a 1 segnala gravi problemi di solvibilità nel breve periodo.

Commento: L'equilibrio finanziario a breve termine, con particolare riferimento all'*Acid test*, è stato insoddisfacente in tutti gli esercizi con livelli particolarmente negativi negli esercizi 2009 e 2010. Solo il rilevante valore delle rimanenze ha consentito di mantenere l'indicatore *Current Ratio* su livelli "nella norma" o "buoni".

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note	
				2009	2010	2011			
2	Come è la solidità aziendale?	Indebitamento	Indice di indebitamento: (Totale debiti/Patrimonio netto)	3,03	1,24	4,83	Se > 5 Da 3 a 5 Se < 3 fino a 2 Se < 2	molto negativo negativo nella norma buono	Esprime la capitalizzazione dell'azienda ovvero a fronte di 1 euro di capitale proprio quanti euro sono stati chiesti a terzi finanziatori
			Rapporto % tra debiti finanziari e fatturato	Indice di solidità: (Totale debiti finanziari/Fatturato*100)	162%	101%	192%	Se > 110% Da 70% a 110% Se < 70% fino a 50% Se < 50%	molto negativo negativo nella norma buono

Commento: La solidità aziendale è stata ampiamente insoddisfacente. L'*indice di indebitamento*, rimane ampiamente negativo nei primi tre esercizi pur migliorando nel 2010 e 2011 a seguito dell'incremento di patrimonializzazione e contemporanea riduzione dell'entità debiti finanziari. In particolare l'indicatore *Indice di solidità* presenta valori molto negativi in tutti e quattro gli esercizi con notevole peggioramento nel 2011 a seguito di un fatturato fortemente in calo che vanifica il modesto decremento dei debiti finanziari (C. TFR + D. Debiti Totali)

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note	
				2009	2010	2011			
3	Come paga e incassa l'azienda?	Andamento del capitale circolante	Giorni medi d'incasso: (Crediti vs Clienti*365/Ricavi)	181	131	159	Se G m i > G m p	negativo	I Giorni medi di incasso (G.m.i.) e i Giorni medi di pagamento (G.m.p.) esprimono rispettivamente il tempo medio di dilazione concesso ai clienti e ottenuto dai fornitori. Quest'ultimo, per un corretto equilibrio finanziario dovrebbe essere maggiore o al limite uguale al primo
			Giorni medi di pagamento: (Debiti vs Fornitori*365/Approvati)	125	155	171	Se G m i < G m p.	buono	
			Giorni di durata delle scorte (Rimanenze*365/Ricavi delle vendite)	1007	1017	1114	Se > 1095 (3 anni) Da 1094 a 730 Se < 730 fino a 365 Se < 365	molto negativo negativo nella norma buono	

Commento: Gli indici finanziari registrano valori fortemente negativi

nei *Giorni di durata delle scorte* che arrivano a oltre quattro anni di giacenza. Tale valore è la naturale conseguenza della costante tendenza combinata di riduzione dei Ricavi delle vendite e incremento delle Rimanenze che si osserva nel periodo analizzato.

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note
				2009	2010	2011		
4	L'azienda è capace di generare profitto?	Effetti delle attività ordinarie	Risultato Operativo (in migliaia di €)	501	794	>20	Se < 0 negativo Se > 0 buono	Il Risultato Operativo è un risultato economico immediato relativo alla sola gestione caratteristica di un'impresa che quindi prescinde dalle componenti estranee all'attività tipica, finanziarie, non caratteristiche, straordinarie, fiscali.

Commento: Se il Risultato Operativo è positivo significa che l'azienda è economicamente sana o sanabile in quanto la sua attività tipica riesce a creare un valore della produzione maggiore di quanto siano i costi della sola produzione. Infatti, la gestione tipica rappresenta il cuore pulsante dell'azienda ed il reddito operativo ne è la sintetica espressione. Se positivo indica che il cuore pulsa bene e quindi è in grado di garantire sopravvivenza economica; se negativo indica carenze nella struttura produttiva e quindi un malessere di più difficile cura. L'analisi più efficace si compie pertanto analizzando soprattutto la tendenza nel tempo del Risultato Operativo aziendale, da qui emerge un trend negativo. Ancora più negativo è quanto si osserva nell'ultimo esercizio dove non si conferma il trend decrescente nei risultati ottenuti.

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note
				2009	2010	2011		
5	Qual è il "peso" degli oneri finanziari?	Esità rispetto al fatturato	Oneri finanziari su Fatturato: (Oneri finanziari/fatturato*100)	1,1%	1,1%	1,4%	le > 7% Da 5% a 7% le < 5% fino a 3% le < 3% buono	È un indicatore di onerosità che mostra l'adattamento dei ricavi prodotti dagli oneri finanziari. I valori dovranno essere contenuti per evitare una situazione di normalità strutturale.
		Tensione finanziaria	Tensione finanziaria: (MOI/Oneri finanziari)	2,05	1,87	1,11	le < 1,5 Da 1,5 a 2 le > 2 fino a 2,5 le > 2,5 buono	l'indicatore misurando le coperture economiche che il Margine Operativo Lordo assicura agli oneri finanziari, rivela se esiste equilibrio fra la necessaria remunerazione dei mezzi finanziari di terzi e le risorse che rimangono in azienda.

Commento: Con l'unica eccezione dell'indicatore della tensione finanziaria nel 2009, entrambi gli indici mostrano andamenti negativi negli esercizi osservati con una situazione che si aggrava in misura molto rilevante nell'ultimo esercizio. Come è noto l'indicatore della *Tensione finanziaria* di una impresa è importante da considerare per la verifica dello

(ponderata per la loro importanza e rilevanza statistica) restituisce un punteggio, uno score, che «assegnasse» l'impresa a una classe di appartenenza tra le possibilità di default. Con l'applicazione di questa metodologia, che ricalca quella utilizzata dalle banche nell'attribuzione dell'*internal rating* alle imprese clienti, si è in grado di sintetizzare tramite lo score lo stato di salute dell'impresa.

La formula nella quale si sostanzia il modello è la seguente:

$$Z = 1,2 * X1 + 1,4 * X2 + 3,3 * X3 + 0,6 * X4 + 0,999 * X5$$

in cui:

X1 = Indice di flessibilità aziendale: (Capitale Circolante Netto)/(Capitale Investito);

X2 = Indice di autofinanziamento: (Utile Non Distribuito)/(Capitale Investito);

X3 = R.O.I.: (Risultato Operativo)/(Capitale Investito);

X4 = Indice indipendenza da terzi: (Patrimonio netto)/(Passività totali);

X5 = Turnover attività: (Valore della Produzione)/(Capitale Investito).

La probabilità di default, sulla base del risultato ottenuto con l'analisi di Altman, si stima attraverso l'attribuzione alle classi riportata nella seguente tabella:

Sulla base del valore dello Z-SCORE la probabilità di fallimento è:			
ALTA	MEDIO-ALTA	MEDIA	BASSA
$Z < 1.8$	$1.8 \leq Z < 2.7$	$2.7 \leq Z < 2.99$	$Z \geq 2.99$
La probabilità di fallimento è molto alta	Probabilità di fallimento entro 2 anni	Cautela nella gestione	Società finanziariamente solida

Ciò premesso riportiamo ora il risultato della formula calcolata per Alfa s.r.l.

Step	Problematica	Cosa si analizza	Indicatori utilizzati	Risultati ottenuti			Conclusioni	Note	
				2009	2010	2011			
7	In una parola sola...com'è l'azienda finanziariamente?	Scoring finanziario	Z-Score di Altman	1,2	1,8	0,9	Se < 1,8 Da 1,8 a 2,7 Se > 2,7 fino a 2,99 Se > 2,99	negativo nella norma buono	L'indicatore è una misura della complessiva solidità finanziaria aziendale che allo stesso tempo stima, sulla base del risultato ottenuto, la probabilità di default aziendale.

Commento: L'indicatore finale e riepilogativo fornisce risultati molto negativi in tutti gli esercizi esaminati e il 2011 è l'esercizio peggiore insieme al 2009. Interpretando il risultato secondo la tabella della Z-Score ne emerge una valutazione finale certamente allarmante.

2. COMMENTO SINTETICO

L'analisi quantitativa dei bilanci d'esercizio di Alfa s.r.l. ha mostrato un'azienda certamente in difficoltà, sotto diversi punti di vista, per tutto il periodo osservato con evidente peggioramento nell'ultimo esercizio analizzato. La sintesi delle maggiori problematiche può essere così elencata:

- Calo del fatturato
- Ingessatura delle rimanenze
- Esercizi in perdita
- Forte indebitamento
- Tensione finanziaria
- Forti problemi di liquidità
- Probabilità di default molto alta
- La tabella sintetica degli indicatori di bilancio riporta in ogni esercizio valori molto negativi o negativi almeno nel 50% dei casi con il picco del 75% nel 2011:

	Risultati ottenuti			Valore indicatore
	2009	2010	2011	
Totale Indicatori	6	5	5	molto negativo
	2	2	4	negativo
	1	0	0	nella norma
	3	5	3	buono
Tot.	12	12	12	
% Rossi e Gialli				
	66,7%	58,3%	75,0%	

ANALISI CENTRALE RISCHI BANCA D'ITALIA

1. RIELABORAZIONE DEI DATI PRESENTI: Giugno 2011 – Maggio 2012

La lettura e la rielaborazione dei dati contenuti nella Centrale dei Rischi della Banca d'Italia della società Alfa s.r.l. per il periodo Giugno 2011 – Maggio 2012, d'ora in avanti brevemente nominata C.R., hanno permesso di ottenere diverse informazioni dalle segnalazioni in essa contenute. Il pur breve periodo presente nella CR contiene comunque 600 segnalazioni di cui 420 relative ai soli crediti per cassa; su questi in particolare si concentrerà l'analisi nei paragrafi e nei prospetti successivi.

Quando nel prosieguo del documento si usa il termine azienda ci si riferisce sempre a Alfa s.r.l.

1.1. Analisi preliminare della sezione: Crediti per Cassa

- I termini tecnici (es: accordato, accordato operativo, utilizzato, rischi autoliquidanti, rischi a scadenza, rischi a revoca, ecc.) riportati nelle tabelle e nei commenti del documento sono gli stessi presenti nella C.R.

- Le banche che hanno effettuato segnalazioni (Intermediari nel lessico della C.R.) sono stati 15; numero certamente elevato per una realtà delle dimensioni di Alfa s.r.l.
- Nessuna segnalazione risulta contestata dall'azienda si deve pertanto assumere che tutto quanto segnalato in C.R. sia pienamente riconosciuto da Alfa s.r.l.
- Delle 420 segnalazioni, 137 (pari al 32,6%) figurano in Sconfino sull'Accordato Operativo. Le due tabelle che seguono riportano il dettaglio per mese e per intermediario:

Tab.1

Mese	Totale Segnalazioni	Segnalazioni in Sconfino	Somme in Sconfino (€)	% (1)
mag-12	37	15	1.809.516	40,5%
apr-12	36	15	1.707.899	41,7%
mar-12	35	17	1.728.716	48,6%
feb-12	36	15	1.553.042	41,7%
gen-12	35	12	1.442.230	34,3%
dic-11	36	20	1.405.668	55,6%
nov-11	35	10	883.273	28,6%
ott-11	34	5	826.814	14,7%
set-11	36	7	1.210.569	19,4%
ago-11	35	7	269.538	20,0%
lug-11	32	5	317.597	15,6%
giu-11	33	9	310.424	27,3%
Totale	420	137		32,6%
Media semplice	35	11	1.122.107	

(1) Segnalazioni in Sconfino/Totale Segnalazioni*100

Tab.2

Intermediario	Sconfino (€)	Totale Segnalazioni	Segnalazioni In Sconfino	%
Banca A	47.506	12	4	33,3%
Banca B	67.163	36	8	22,2%
Banca C	71.226	15	3	20,0%
Banca D	395.928	25	18	72,0%
Banca E	17.684	37	3	8,1%
Banca F	1.161	28	2	7,1%
Banca G	28.378	35	2	5,7%
Banco H	74.425	25	5	20,0%
Banca I	490.167	12	9	75,0%
Banca L	333.705	36	17	47,2%
Banca M	145.428	12	8	66,7%
Banca N	12.823	4	2	50,0%
Banca O	4.663	7	2	28,6%
Banca P	9.538.189	62	34	54,8%
Banca Q	2.236.840	74	20	27,0%
Totale complessivo	13.465.286	420	137	32,6%

media somme in sconfino⁶⁹⁹:

Banca A: euro 11.877

Banca B: euro 8.395

Banca C: euro 23.742

Banca D: euro 21.996

Banca E: euro 5.895

Banca F: euro 581

Banca G: euro 14.189

Banca H: euro 14.885

Banca I: euro 54.463

Banca L: euro 19.630

Banca M: euro 18.179

Banca N: euro 6.412

Banca O: euro 2.332

Banca P: euro 280.535

Banca Q: euro 111.842

Come si può notare gli sconfini riguardano tutti i mesi, tutti gli intermediari e sono di importo mensile certamente elevato, anche l'importo medio per intermediario è certamente rilevante per numero e per media in diversi casi. Si dovrà quindi procedere ad analisi più

⁶⁹⁹ La media somme in sconfino (€) – è calcolata in rapporto al numero delle segnalazioni in sconfino (1) segnalazioni in sconfino/Totale Segnalazioni * 100.

dettagliate, attraverso le tabelle 3,4 e5, in modo da approfondire le diverse problematiche sottostanti a questa prima valutazione sintetica.

Nelle tabelle 1 e 2, di cui sopra, e in tutte quelle che seguiranno, quando ci si riferisce a posizioni sconfinato o segnalazioni in sconfinato, il riferimento è sempre rivolto al confronto fra *Utilizzato* e *Accordato Operativo*. La scelta di confrontare l'utilizzato con l'accordato operativo, oltre che dettata dalla dottrina più autorevole in materia è finalizzata a confrontare l'utilizzato con quanto effettivamente contrattualizzato dall'azienda. Pertanto, gli eventuali affidamenti concessi dalla banca ma non ancora perfezionati dall'azienda non vengono presi in considerazione per il confronto.

Dalla lettura della c.r. si nota che l'utilizzato di tutti i crediti per cassa (autoliquidanti, scadenza e revoca) relativo al mese di dicembre 2011 ammonta a € 18.241.933 diviso in € 6.866.512 su linee con scadenza entro un anno e € 11.375.421 su linee con scadenza oltre un anno. Il bilancio dell'esercizio 2011 della Alfa s.r.l. riporta invece alla voce d4. Debiti verso banche l'importo di € 17.421.276 di cui oltre l'esercizio € 14.425.242; per differenza si ottiene che il debito a breve è di soli € 2.996.034; valore un po' diverso rispetto a quanto desumibile dalla cr.

Stando a quanto emerge dalla Centrale dei Rischi, risulta che alla data di chiusura del bilancio 2011 l'indebitamento a breve, quello cioè che doveva essere rimborsato nei 12 mesi successivi, corrispondeva al 127% del fatturato del 2011, evidenziando una indubbia crisi finanziaria in atto.

Andamentale della tensione finanziaria

Tab. 3

Andamentale della tensione finanziaria									
Tensione finanziaria (utilizzata/accordato operativo)	Autoliquidanti (1)			Scadenza (2)			Revoca (3)		
	%	Esito	€ sconfino su accordato operativo	%	Esito	€ sconfino su accordato operativo	%	Esito	€ sconfino su accordato operativo
mag-12	52,0%		0	102,6%	TENSIONE	-348.202	163,3%	TENSIONE	-1.461.314
apr-12	49,0%		0	102,5%	TENSIONE	-335.492	153,2%	TENSIONE	-1.372.407
mar-12	53,1%		0	101,6%	TENSIONE	-207.590	145,3%	TENSIONE	-1.521.126
feb-12	64,3%		0	101,8%	TENSIONE	-231.722	127,0%	TENSIONE	-1.321.320
gen-12	75,3%		0	99,6%		-161.841	126,0%	TENSIONE	-1.280.389
dic-11	66,7%		0	100,0%		-114.529	127,0%	TENSIONE	-1.291.139
nov-11	64,2%		0	96,4%		-71.068	102,3%	TENSIONE	-812.205
ott-11	67,9%		0	94,7%		-36.986	100,6%	TENSIONE	-789.828
set-11	88,0%	TENSIONE	0	106,4%	TENSIONE	-1.099.618	86,1%	TENSIONE	-110.951
ago-11	86,7%	TENSIONE	0	98,9%		-98.384	87,4%	TENSIONE	-171.154
lug-11	89,1%	TENSIONE	0	98,9%		-98.999	88,4%	TENSIONE	-218.598
giu-11	86,0%	TENSIONE	0	99,0%		-54.325	87,8%	TENSIONE	-256.099
Media posizione	73,1%			100,2%	TENSIONE		111,1%	TENSIONE	

(1) Per i rischi AUTOLIQUIDANTI la tensione viene rilevata se il rapporto totale del mese è superiore a 85%

(2) Per i rischi a SCADENZA la tensione viene rilevata se il rapporto totale del mese è superiore a 100%

(3) Per i rischi a REVOCA la tensione viene rilevata se il rapporto totale del mese è superiore a 85%

La tabella 3 mostra per singolo mese il rapporto Utilizzato/Accordato Operativo riferito a ciascuna delle tre categorie di crediti (Autoliquidanti, Scadenza, e Revoca) presenti nella C.R.

L'analisi del valore mensilmente assunto da tale rapporto per ciascuna delle tre categorie di crediti permette di rilevare il comportamento dell'azienda rispetto alle linee di affidamento concesse.

Il primo criterio di valutazione di tale comportamento riguarda l'efficienza dell'utilizzo; infatti nel momento in cui viene rilevato un esito in Tensione significa che l'azienda sta sfruttando quanto accordato vicino al limite concesso e in non pochi casi anche oltre tale limite.

Il secondo criterio di valutazione riguarda la presenza di sconfini rispetto alle linee accordate. Quest'informazione, a livello aggregato, era già stata anticipata nelle Tabelle 1 e 2, (mensilmente, la somma delle tre colonne € sconfino su accordato operativo della tabella 3, coincide con il totale Somme in Sconfino (€) della tabella 1) tuttavia in questo caso la lettura combinata con la presenza o meno di Tensione permette di formulare alcune ulteriori considerazioni:

- La categoria dei rischi autoliquidanti non è mai in sconfino, in compenso lo sono sempre, in tutti i mesi, i rischi a Scadenza e a Revoca,

con importi mensili progressivamente crescenti, chiaro sintomo di fortissime difficoltà finanziarie

- L'azienda ha mostrato in tutti i mesi almeno una categoria di rapporti in tensione finanziaria e in otto mesi su dodici, due categorie di rapporti in tensione
- Anche la categoria dei rischi autoliquidanti presenta 4 mesi in tensione finanziaria
- La categoria dei rischi a revoca è sempre in tensione finanziaria.
- Anche nei sette mesi in cui la categoria dei rischi a scadenza non è in tensione finanziaria sono ugualmente presenti sconfini. Ciò significa che, nel mese, la somma dell'accordato operativo concesso dall'insieme degli intermediari è superiore alla somma dell'utilizzato complessivo da parte dell'azienda ma, nei confronti di alcuni intermediari, erano presenti rapporti con sconfini.

Infatti prendendo ad esempio il mese di Novembre 2011 si nota dalla lettura della CR come il totale dell'accordato operativo sui rischi a scadenza ammonti ad € 13.188.037 mentre il corrispondente utilizzato si attesta ad € 12.714.690. Il rapporto percentuale (Utilizzato/Accordato operativo) determina appunto il valore del 96.4% riportato in tabella 3. Tuttavia nello stesso mese con ben 5 intermediari è presente un utilizzo in sconfini per un totale di € 71.068.

Collegando queste considerazioni basate sulla rielaborazione dei dati della CR a quanto già analizzato in precedenza, troviamo un'ulteriore conferma delle difficoltà finanziarie dell'azienda che già nel 2011, in più casi, non riusciva a far fronte al pagamento delle rate dei finanziamenti aperti con i suoi numerosi intermediari.

7. Conclusioni.

Avvicinandosi al termine del presente elaborato, sembra opportuno svolgere una considerazione di carattere generale. Il peggioramento delle condizioni economiche in cui versa il soggetto – cliente della banca può, come anticipato e per tutte le argomentazioni svolte nei capitoli precedenti, essere determinata anche da addebiti illegittimi, effettuati dalla banca nel tempo a vario titolo. Pertanto, la corretta appostazione in Centrale rischi di segnalazioni, così come l'attribuzione di un *rating*, o di un peggioramento del medesimo, dovrebbero essere la conseguenza di valutazioni puntuali e scrupolose.

Sembra opportuno ricordare quanto acutamente osservato in dottrina, ovvero, che «Per le imprese italiane, scarsamente patrimonializzate, il credito bancario rimane prioritario, pressoché esclusivo, coprendo il 91% dei finanziamenti totali (dati BCE). L'importanza della PMI è particolarmente accentuata in Italia dove assorbe l'81% della forza lavoro, contro il 46% del Regno Unito e il 39% di Francia e Germania (dati Eurostat 2008). La quasi totalità delle imprese italiane sono PMI, distinte in PMI-*retail* (fatturato fino a 5 milioni e finanziamenti fino a 1 milione) e PMI-corporate (fatturato compreso tra 5 e 50 milioni e finanziamenti superiore a 1 milione)»⁷⁰⁰.

Pertanto, l'innegabile dipendenza del sistema economico italiano verso le imprese richiede che gli intermediari svolgano la propria indispensabile attività nel modo più corretto e prudente possibile⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ R. MARCELLI - A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 t.u.b. si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c., cit. 17.*

⁷⁰¹ Ad esempio, come affermato in dottrina, pur considerando i più incisivi oneri di istruttoria e gestione che caratterizzano i crediti di minor dimensione, i tassi praticati nel credito al settore Famiglie e la vasta categoria delle piccole imprese, confrontati con i tassi del mercato dei capitali, mostrano le pregnanti carenze di efficienza che interessano ampi comparti del mercato del credito. A tal proposito, è stato evidenziato

Risulta pertanto necessario, che le banche agiscano nel pieno rispetto della normativa di riferimento, evitando comportamenti che possano pregiudicare la stessa permanenza sul mercato imprese efficienti e innovative, con grave danno per l'economia nazionale.

Appaiono quindi evidenti le esigenze di maggior tutela nei confronti dei soggetti destinatari di segnalazioni in Centrale rischi. Soprattutto in un momento storico come quello attuale, in cui la crisi di liquidità ha coinvolto numerose imprese operanti in vari settori produttivi, la sopravvivenza delle quali sul mercato potrebbe essere irrimediabilmente compromessa anche da una sola illegittima segnalazione pregiudizievole.

che in Francia, ove vige un analogo sistema di presidio all'usura, gli scoperti di conto presentano un tasso medio del 10,03% e una soglia del 13,37%, valori pari a due terzi di quelli riscontrati in Italia. Così, R. MARCELLI e A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 tub si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c., cit., 17 e ss. e nt. 13.*

CONCLUSIONI

Giunti al termine della trattazione sembra opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive.

Una prima riflessione è che nel corso degli ultimi anni l'attività bancaria è indubbiamente mutata sensibilmente, discostandosi dalla "tradizionale" attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito a famiglie e imprese, per assumere una connotazione sempre più finanziaria e "aziendalista".

Prima tappa di questa evoluzione è verosimilmente riconducibile alla privatizzazione degli intermediari iniziata negli anni '90⁷⁰², che ha progressivamente ridefinito la figura dei medesimi, avvicinando la funzione creditizia ai principi che presiedono il libero mercato e a obiettivi maggiormente tesi alla ricerca del guadagno. In tale contesto, probabilmente, l'interesse pubblico ad una corretta allocazione del credito è stato posto in secondo piano.

Tale mutamento, presumibilmente, riflette la rapida evoluzione dell'economia e del mercato, nonché la mutevolezza delle esigenze legate ad un mondo globalizzato.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'abrogazione avvenuta negli Stati Uniti nel 1999 del c.d. *Glass - Steagall Act*⁷⁰³, legge bancaria del 1933, emanata dal Congresso americano in risposta alla famosa crisi finanziaria del '29.

⁷⁰² Si ricorda sul punto la l. 30 luglio 1990 n. 218 e con il d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356. Con tali arresti normativi si è inteso determinare una profonda trasformazione nel sistema delle banche pubbliche italiane, perseguendo lo scopo di affidare la gestione bancaria non più a enti pubblici con capitale o fondo di dotazione detenuto totalmente, o a maggioranza, dallo Stato, bensì a società per azioni di diritto privato e favorendo la concentrazione degli istituti bancari, con la costituzione di gruppi ispirati al modello del gruppo creditizio polifunzionale. Al tempo dell'emanazione del Testo Unico bancario 385 del 1993, quasi tutti gli (allora) istituti di credito speciale avevano proceduto alla trasformazione diretta in società per azioni.

⁷⁰³ La legge traeva il nome dei suoi promotori, il senatore *Carter Glass* e il deputato *Henry B. Steagall*.

La citata legge bancaria era finalizzata a introdurre misure tese a contenere l'attività speculativa da parte degli intermediari finanziari, al fine di arginare il rischio che si potesse riproporre una crisi economica della portata di quella appena verificatasi⁷⁰⁴. Una delle misure più significative adottate dal *Glass – Steagall Act*, è stata l'introduzione di una separazione netta tra attività bancaria tradizionale e attività bancaria di investimento. Ovvero, per espressa previsione normativa, le due attività non potevano più essere esercitate dallo stesso intermediario, realizzandosi così la separazione tra banche commerciali e banche di investimento (c.d. *investment banking*).

La *ratio* di tale scelta legislativa era quella di evitare che il fallimento dell'intermediario comportasse altresì il fallimento della banca tradizionale. In questo modo si mirava ad impedire che l'economia reale fosse direttamente esposta al pericolo delle ripercussioni negative che potevano scaturire da fenomeni prettamente finanziari.

Nel 1999 il *Glass – Steagall Act* è stato abrogato sotto le pressioni dell'industria bancaria e la distinzione tra banche tradizionali e banche di investimento è stata abolita, consentendo nuovamente ad ogni intermediario di svolgere entrambe le attività indistintamente.

Alcuni studi effettuati sulla crisi iniziata negli anni 2007-2008 hanno posto in luce il fatto che l'abolizione del *Glass – Steagall Act* fosse alle radici del tracollo finanziario di poco successivo, in quanto le misure adottate per rendere la banca “più moderna”, avevano in realtà compromesso fortemente la stabilità della medesima.

⁷⁰⁴ Una delle prime misure adottate dal *Glass – Steagall Act* è stata l'istituzione della *Federal Deposit Insurance Corporation*, un'Agenzia indipendente dal Governo e dalla *Federal Reserve*, tesa a garantire i depositi e gestire i fondi del bilancio federale, oltre che a vigilare sulla solvibilità di banche statali che non fossero sottoposte alla vigilanza del *Federal Reserve System*.

A ben vedere, quando l'insolvenza nel mercato dei *mutui subprime*, al tempo largamente diffusi negli Stati Uniti, ha determinato la crisi di liquidità, questa ha travolto immediatamente l'attività bancaria tradizionale, in quanto quest'ultima era, ed è tutt'ora, in commistione con l'attività di investimento, in questo caso immobiliare.

Ora, pur comprendendo le ragioni che hanno indotto tale cambiamento e tale nuova “fisionomia” della banca negli ultimi anni, non ci si può esimere dall'evidenziare che l'analisi della crisi economico – finanziaria che ha coinvolto anche il nostro Paese, presenta una serie di analogie con quanto accaduto anche negli Stati Uniti.

Ciò in quanto nel momento in cui gli intermediari abilitati “tradizionali” hanno assunto una connotazione più simile alle “banche d'affari” ponendo in essere operazioni altamente speculative, spesso contornate da scarsa chiarezza e definizione delle regole di condotta, mirando al raggiungimento di ampi margini di profitto, le ripercussioni economiche, presto o tardi, sono state negative. Allo stesso modo, non è possibile non notare come il contenzioso tra banca e cliente nell'ultimi dieci – quindici anni abbia raggiunto portate numeriche senza precedenti.

Le ragioni sottese a tale situazione sono probabilmente rinvenibili in una operatività bancaria spesso altamente speculativa e, di conseguenza, più rischiosa, abbinata ad una scarsa, o comunque insufficiente, politica di informazione verso il cliente (com'è avvenuto per diversi anni nella collocazione dei contratti finanziari derivati).

Allo stesso modo, il protrarsi di comportamenti spesso opportunistici, tesi al raggiungimento di un guadagno a breve termine, hanno contribuito a creare quella “tensione” tra banca e cliente che oggi conosciamo.

Sul punto sembra calzante quanto affermato in dottrina in uno studio incentrato sulle riforme che hanno interessato l'art. 120 del t.u.b. e il fenomeno anatocistico «Non è la prima volta che l'operatore bancario, cogliendo opportunisticamente improprietà e perplessità insite nel testo letterale, disattende la norma di legge sulla base di un calcolo di convenienza economica. In una stretta visione aziendalistica, la mera valutazione dei costi/benefici induce a sospingere i rischi legali e reputazionali sino a quando i riflessi economici delle vertenze giudiziarie e dei danni di immagine non sopravanzano i benefici economici che gli intermediari traggono dalle aggressive strategie di comportamento»⁷⁰⁵.

Effettivamente, un istituto controverso come l'anatocismo bancario ha in qualche misura sempre trovato applicazione, nonostante i ripetuti arresti giurisprudenziali e dottrinali di segno contrario. Nel momento in cui è stata varata una disposizione legislativa che pareva essere tesa ad abolire definitivamente l'istituto⁷⁰⁶, poco tempo dopo l'anatocismo bancario è stato nuovamente reintrodotta (seppur nelle diverse forme descritte nel corso della trattazione), oltretutto sancendo una legittimazione del medesimo a livello di norma primaria⁷⁰⁷.

Allo stesso modo, la presenza di derivati impliciti (anche definiti "occulti") nei *leasing*, è indice che gli intermediari non abbiano cessato l'operatività in questo tipo di strumenti finanziari, le cui conseguenze, come abbiamo cercato di evidenziare, possono essere disastrose⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ R. MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00. Dall'anatocismo sfilacciato al divieto dell'art. 1283 c.c., cit.*, 31 e ss.

⁷⁰⁶ Cfr. L. 27 dicembre 2013, n. 147, *cit.*

⁷⁰⁷ Cfr. L. 8 aprile 2016, n. 49, *cit.*

⁷⁰⁸ Molto efficace è quanto affermato dalla dottrina in materia di derivati, cioè che «L'insuccesso dell'operazione in derivati comporta conseguenze assai più gravi in quanto all'esito negativo dell'operazione corrisponde il sorgere di una posizione debitoria del cliente verso l'intermediario il più delle volte in misura assai rilevante al punto da mettere a seria prova la stessa stabilità del mercato. Il mancato buon fine dell'operazione in derivati risulta pertanto così incisivo nei suoi effetti patrimoniali

Ora, anche se la figura delle banche e degli intermediari abilitati ha subito rilevanti variazioni, non ci si può esimere dall'evidenziare che, in ogni caso, la banca conservi comunque un ruolo istituzionale del tutto peculiare, che la distinguono da qualsiasi altra società.

Com'è noto, l'art. 14 t.u.b.⁷⁰⁹ sancisce che la banca per poter operare sul mercato, deve aver ottenuto un'espressa autorizzazione da parte della Banca d'Italia. Detta autorizzazione deve attestare la sussistenza di una serie di requisiti indicati al co. 1 del medesimo articolo, tali da rendere la banca medesima idonea al compimento dell'attività di intermediazione bancario-creditizia e dei relativi servizi, connotati da particolare delicatezza e complessità. Il co. 2 del predetto art. 14 t.u.b., dispone che l'autorizzazione sia negata ove la verifica dei requisiti riveli che la banca non è idonea a garantire una "sana e prudente gestione" (c.f.r. art. 5 t.u.b.), da intendersi quale criterio attraverso il quale viene formulato un giudizio prognostico sulla capacità del nuovo soggetto di svolgere l'attività bancaria in modo autonomo. In altre parole, la banca deve risultare idonea a svolgere l'attività medesima senza condizionamenti esterni e avulsi dal ruolo istituzionale esercitato dalla stessa. Allo stesso modo, deve essere in grado di assumere e gestire i rischi connaturati alla propria attività, di coordinare in modo efficace e produttivo le risorse umane, tecnologiche e finanziarie a disposizione e le competenze tecniche proprie della

da arrivare a far sì che quel soggetto che aveva instaurato con la banca rapporti quale cliente di servizi di investimento si trova bruscamente ad essere trasformato nel ruolo di semplice debitore il più delle volte gravato da esposizioni che ne impediscono la libertà di azione nel mercato e spesso ne mettono in dubbio la stessa presenza nel mercato stesso». B. INZITARI – V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, cit., p. 87 e ancora sull'argomento: "il rischio in questo caso non è la perdita parziale o totale dell'investimento patrimoniale effettuato, bensì lo stesso venir meno dello status di cliente e la riduzione di questi nel ruolo di debitore bancario in sofferenza".

⁷⁰⁹ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 cit.

struttura complessiva richiesta⁷¹⁰. Trattasi di un «canone- cardine dell'intero l'ordinamento del credito, con un ruolo (...) non dissimile da quello svolto in passato dal canone della “tutela del risparmio”»⁷¹¹ e, in quanto tale, si atteggia a fondamentale criterio “previsionale” che sarà garantita la sana e prudente gestione della banca di cui si chiede l'ammissione nel mercato⁷¹².

Tale criterio, deve informare tutta l'attività bancaria, quale principio generale e fondamentale della stessa, non potendo limitarsi solo alla fase “costitutiva” dell'attività. Al contrario le banche sono sottoposte a periodici controlli ad opera dalla stessa Banca d'Italia e della Consob. Pertanto, pare di poter affermare che la verifica del rispetto del suddetto principio sia da ritenersi costante.

Ancora, le più volte citate Istruzioni di Vigilanza per le banche, sanciscono un generale obbligo di controllo dei rischi connessi all'attività svolta, siano essi: rischi di credito; di mercato; tasso di interesse; di infedeltà dei dipendenti; di danno all'immagine e legali, e questi ultimi, parrebbero strettamente legati al rischio di “contenziosi”. Contestualmente, si richiede un generale controllo delle perdite⁷¹³. Certamente il “rischio – contenzioso” e il “rischio – perdite” si possono definire fortemente connessi. Coordinando tali indicazioni con il principio di “sana e prudente gestione”, parrebbe logico desumere che le banche dovrebbero cercare di contenere il rischio “contenzioso” e il rischio reputazionale.

⁷¹⁰ Cfr. R. RAZZANTE – L. LACAITA (a cura di), *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, Torino, 2000, 98 e ss.

⁷¹¹ Cfr. A. NIGRO, *L'autorizzazione “all'attività bancaria” nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, p. 285 e ss.

⁷¹² F. CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle legge in materia bancaria e creditizia*, (diretto da), Tomo I, Milano, 2012, 193 e ss.

⁷¹³ Cfr. *Istruzioni di vigilanza per le banche*, in www.bancaditalia.it.

Ancora, si può altresì affermare che l'attività bancaria sia differente dalle altre attività economiche in quanto posta a presidio di beni di rilievo costituzionale, quale l'integrità dei mercati e la tutela del risparmio. Valori richiamati in primo luogo dall'art 47 Cost., che potrebbe essere letto in combinato disposto con l'art. 41 Cost. che tutela l'iniziativa economica privata. Ciò in forza del fatto che, in assenza del capitale necessario a monte, non è possibile intraprendere un'attività economica. Infatti, i piccoli-medi e grandi imprenditori frequentemente devono ricorrere a forme di accesso al credito per reperire le risorse necessarie alle proprie attività commerciali ed è proprio in tale contesto che vengono in gioco le banche.

A fronte di tali considerazioni, si può affermare che l'attività bancaria non nasce con il solo scopo di lucro e di vantaggio economico personale, bensì è posta a tutela anche di beni di rango superiore in quanto espressamente tutelati dalla Costituzione, come chiaramente previsto dalle norme poc'anzi richiamate. Inoltre è lo stesso art. 21 del t.u.f.⁷¹⁴, a stabilire che «nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con la diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati». Non pare quindi errato asserire che vi sono norme di rango primario, come l'art. 21 t.u.f., avente forza imperativa, che sanciscono il preciso dovere delle banche di tutelare "l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati".

In tal senso, uno dei compiti fondamentali degli intermediari, soprattutto pensando alla negoziazione in strumenti finanziari derivati, di cui si è trattato nel corso del presente elaborato, è di colmare l'asimmetria informativa esistente tra le parti contrattuali⁷¹⁵. E' infatti

⁷¹⁴ D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della finanza, in *www.consob.it*.

⁷¹⁵ Cfr. ad esempio M. MARIANELLO, *Bonds argentini e responsabilità dell'intermediario finanziario: corrispondenza diacronica o sincronica?*, in *Obbl. e*

normativamente previsto che l'interesse dei clienti debba costituire l'obiettivo degli intermediari stessi, nella misura in cui esso si coniughi con l'obiettivo dell'integrità dei mercati⁷¹⁶.

Sussistono altresì norme di rango costituzionale, che dettano principi informativi dell'ordinamento, sottolineando il ruolo del tutto peculiare rivestito dalle banche e dagli intermediari abilitati.

Concludendo, attraverso una lettura combinata delle norme di settore indicate e delle disposizioni di natura costituzionale, pare di poter affermare che l'aver assunto una connotazione più "aziendalista" da parte delle banche e degli intermediari, non possa mutare la natura intrinseca delle stesse e, in particolar modo, la funzione, anche istituzionale, che ricoprono.

A questo punto sorge spontaneo chiedersi quali possano essere le soluzioni di fronte a fenomeni della portata di quelli che sono stati analizzati nel corso della presente trattazione, nel momento in cui

contr., 2007, p. 1018, secondo il quale "Il superamento delle situazioni di concreto squilibrio esistenti tra le parti negoziali si fonda, in primo luogo, sull'obbligo in capo all'intermediario di attivarsi per il reperimento di tali informazioni, al fine di essere perennemente aggiornato sulla rapida evoluzione dei mercati finanziari".

⁷¹⁶ Cfr. art. 21 del TUF. Si precisa che l'intermediario non assume (e non può assumere) l'obbligo di assicurare all'investitore il conseguimento di un risultato positivo, inteso come un profitto e/o il pagamento degli interessi, in quanto ogni operazione finanziaria comporta un margine di rischio "fisiologico", legato all'andamento del mercato su cui gli operatori finanziari non hanno possibilità di agire, e l'intermediario non può assumersi l'onere di farsi carico delle possibili conseguenze negative delle vicende di mercato. Viceversa, egli assume (e deve assumere) l'obbligo di consentire al cliente - investitore di effettuare scelte consapevoli (eventualmente anche altamente rischiose, ma comunque consapevoli) sulla natura dell'investimento scelto e sui rischi ad esso connessi, prima della stipula del contratto e durante tutta l'esecuzione dello stesso. Quindi l'inadempimento dell'intermediario non può coincidere con il risultato economico negativo dell'operazione subito dal cliente. L'intermediario è inadempiente quando il cliente abbia affrontato un rischio, o subito un danno, in modo inconsapevole, ovvero quando non abbia avuto informazioni sufficienti, tempestive o adeguate per assumere quel rischio o per farvi fronte. Cfr. M. MARIANELLO, *Bonds argentini e responsabilità dell'intermediario finanziario: corrispondenza diacronica o sincronica?*, cit., p. 1013; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1284.

dovessero realizzarsi fenomeni usurari connessi a pratiche speculative e/o poco trasparenti.

La funzione svolta dalla magistratura, seppur centrale e fondamentale, subentra in una fase successiva allo svolgimento dell'attività bancaria potenzialmente oggetto di contestazione. Inoltre, le tempistiche dei procedimenti giudiziari non sempre sono compatibili con le esigenze di giustizia richieste dalla clientela delle banche.

Altrettanto centrale, sarebbe la funzione cui è destinata l'Autorità di Vigilanza, istituzionalmente finalizzata ad esercitare un controllo costante sull'attività bancaria e finanziaria, affinché sia garantito il perseguimento degli obiettivi di "sana e prudente gestione" di cui agli artt. 5 t.u.b. e 127 t.u.b.⁷¹⁷ Tuttavia, negli ultimi anni in cui il contenzioso giudiziale si è particolarmente diffuso, è stato evidenziato che talvolta la stessa Autorità di Vigilanza si è mostrata in qualche misura "carente" nello svolgimento della propria funzione di garante⁷¹⁸. Inoltre, non sono mancate situazioni in cui l'Organo di Vigilanza si è discostato dall'approccio assunto dalla Corte di Cassazione⁷¹⁹ nel regolare le problematiche connesse al problema dell'usura.

In ogni caso, ipotizzare un controllo capillare su ogni singola realtà bancaria collocata sul territorio non sarebbe del tutto verosimile. Risulta infatti indispensabile un politica di maggior rigore all'interno

⁷¹⁷ Art. 127 t.u.b.: «Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela».

⁷¹⁸ V. R. MARCELLI – A.G. PASTORE, *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 t.u.b. si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c., cit.*, 38, che sul tema dell'Autorità di Vigilanza ha affermato che «la stessa sembra astenersi dall'intervenire e addirittura talora pare assecondare i menzionati comportamenti degli operatori bancari, ponendosi sin anche in contrasto con le pronunce della Cassazione; si scorgono atteggiamenti di tutela, in odore di connivenza, che non paiono propri all'Organo di Vigilanza. Si è venuto creando un solco fra Istituto Centrale e società civile (...)»

⁷¹⁹ Ad. es. per quanto concerne la Commissione di massimo scoperto.

del singolo contesto lavorativo, oltre alla collaborazione dei soggetti direttamente coinvolti.

A fronte di tali considerazioni, ci si chiede se e quali prospettive possano derivare dalle nuove disposizioni che interessano il t.u.b. e il t.u.f., in tema di “*Tutela delle segnalazioni di irregolarità che avvengono sui luoghi di lavoro*”. Si tratta della trasposizione in sede domestica del c.d., “*Whistleblowing*”⁷²⁰, fenomeno molto diffuso degli Stati Uniti e che letteralmente significa “suonare il fischietto”. Tradotto ai fini che qui interessano, il «suonatore di fischietto» è colui che segnala una irregolarità, un illecito, una scorrettezza riscontrata nel proprio ambito lavorativo, che può risultare lesivo dell’interesse pubblico e/o dell’interesse dell’azienda. Gli Stati Uniti⁷²¹, come già ricordato, sono considerati i pionieri della disciplina sul *whistleblowing*⁷²², e la prima normativa di cui è possibile avere memoria risale al 1863, durante la guerra civile, e prende il nome di *False Claims Act*⁷²³. Trattasi di un testo legislativo federale, che consentiva ad un privato cittadino di denunciare un soggetto o una società, ritenuti responsabili della violazione di una legge o di un contratto sottoscritto con il Governo o di un regolamento governativo⁷²⁴.

⁷²⁰ Whistleblower letteralmente significa «suonatore di fischietto» ed evoca il concetto dell’arbitro che segnala un’infrazione durante una partita, o del poliziotto che rileva un’irregolarità.

⁷²¹ Per una ricostruzione della normativa americana, v. G. LIGUORI, *La disciplina del Whistleblowing negli Stati Uniti*, in *Rivista* 231, n. 2 del 2014, 111 e ss.

⁷²² Nell’ordinamento statunitense, per essere precisi, non esiste una sola legge riconducibile al *whistleblowing*, bensì numerose disposizioni che nei diversi settori dell’ordinamento, si occupano e disciplinano diversi aspetti relativi alla denuncia e delle tutele previste per il segnalante. Un esempio di protezione del legislatore a favore del *whistleblower* è stato il *Lloyd-La Fayette Act* nel 1912, che ha introdotto la tutela dal licenziamento a favore dei dipendenti federali che avessero informato direttamente il Congresso su atti di corruzione o incompetenza dei loro superiori. Durante gli anni ’70 tale tipo di tutela venne estesa ad altri settori del diritto pubblico.

⁷²³ Anche definita “*Lincoln Law*”.

⁷²⁴ Si trattava di una legge nata nel periodo della guerra civile, avente lo scopo di tutelare il governo americano dalle frodi nelle forniture di materiale bellico e

Gli scandali finanziari che hanno interessato gli Stati Uniti a partire dagli anni duemila⁷²⁵ e la crisi economica che ha coinvolto il Paese poco dopo, hanno portato all'introduzione di una disciplina specifica per il settore finanziario. Tra queste si ricordano il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002⁷²⁶, c.d. "SOX", che probabilmente ha costituito il preludio di un'altra significativa legge federale, emanata in risposta alla crisi finanziaria degli anni 2007- 2009. Dopo il fallimento di colossi della finanza come *Lehman & Brothers*, e i devastanti effetti della crisi, infatti, si è compreso che occorre tutelare un altro interesse, quello degli investitori a non essere vittime di *crack* finanziari. A tal fine è stato emanato il *Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010, conosciuto come "la riforma di *Wall Street*", intervenuto sulla regolamentazione dei mercati finanziari dopo la crisi finanziaria dei precedenti anni⁷²⁷.

riformamenti. Il "*False Claims Act*" del 1863, era una legge nata per contrastare "*the profiteers who were taking advantage of shortages caused by the Civil War in order to extract una legge nata per the problem of unscrupulous unfair premiums from the federal government*".

⁷²⁵ Ad esempio gli scandali finanziari della società *Enron* e della *Worldcom*, schiacciate sotto il peso delle frodi contabili perpetrate per anni. E' risultato da subito chiaro come fosse altamente probabile che i dipendenti delle due multinazionali negli anni fossero venuti a conoscenza, almeno in parte, delle attività illecite che avrebbero in seguito portato le due società alla bancarotta. Cfr. AA. V.V. *Borsa e riforme della corporate governance*, cap. 4, in www.confindustria.it, 2001, 151 e ss. e per alcune statistiche sulle segnalazioni: *Culp, Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards A Judicial Perspective*, in *Hofstra Labor & Employment Law Journal* 13(1), 1995, 113.

⁷²⁶ Legge federale frutto dell'unione dei due progetti di legge presentati dai deputati *Mike Oxley* e *Paul Sarbanes* (anche detta SOX). Oltre a costituire un'importante riforma del diritto commerciale e finanziario americano, la SOX mirava a cercare di ripristinare la fiducia nei mercati finanziari, attraverso un sistema che fosse in grado di garantire la scoperta delle frodi societarie, la prevenzione e la repressione delle stesse, dedicando un'intera sezione alla tutela delle segnalazioni.

⁷²⁷ La *Section 922* del *Dodd – Frank Wall Street Act* ha istituito una tutela per il segnalante, tendente a consentire la previsione, in determinati casi, di meccanismi premiali, coinvolgendo anche la *Securities and Exchange Commission* (c.d. SEC) nelle procedure di raccolta ed esame delle segnalazioni la quale ha istituito al proprio interno un ufficio *ad hoc* per la raccolta delle denunce (c.d. *Office of the Whistleblower*).

Pare interessante riportare alcuni dati che sono stati recentemente resi noti. Risulterebbe infatti che negli ultimi trent'anni le segnalazioni in America abbiano consentito di recuperare circa settanta miliardi di dollari. Inoltre, gli esperti affermano che si dovrebbe tener conto anche dell'effetto "deterrente" sortito da tale disciplina. A quanto risulterebbe dalle stime, parrebbe che per ogni dollaro che il Governo è materialmente riuscito a recuperare, altri dieci sarebbero "risparmiati" in frodi non commesse da altri⁷²⁸.

L'esperienza statunitense è andata progressivamente diffondendosi, e parallelamente in diversi Paesi si è avvertita in modo sempre più dirompente l'esigenza di introdurre una disciplina adeguata in tema di tutela dei segnalanti, soprattutto in relazione alla lotta alla corruzione⁷²⁹.

A conferma di tale assunto, una recente ricerca effettuata sui Paesi membri del G20⁷³⁰ aveva evidenziato che al di fuori degli Stati Uniti, solo pochi Stati potevano ritenersi dotati di un'adeguata disciplina in tema di *whistleblowing*, invitando gli Stati a provvedere.

In Italia un primo tentativo in questo senso è stato realizzato con l'introduzione dell'articolo 54 - *bis* nel d.lgs. n. 165 del 2001 (c.d. Testo Unico sul pubblico impiego), per opera della L. 190 del 2012 (c.d.

⁷²⁸ Cfr. "Whistleblowing: un modello vincente negli USA", 27 settembre 2016, <http://anticorruzione.eu/>.

⁷²⁹ E' un esempio la Convenzione Civile sulla corruzione, svoltasi a Strasburgo nel 1999, che all'Art. 9, rubricato "Tutela dei dipendenti", enuncia che: «Ciascuna Parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili»; Convenzione delle nazioni Unite del 31 ottobre 2003, art. 33 "Protezione delle persone che comunicano informazioni" secondo cui: «Ciascuno Stato Parte considera la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione».

⁷³⁰ Cfr. S. WOLFE – M. WORTH – S. DREYFUS – A.J. BROWN, *Whistleblower Protection Laws in G20 Countries Priorities for Action*, September 2014, in www.transparency.de.

“Legge anticorruzione” o “Legge Severino”)⁷³¹, che tuttavia riguardava solo le segnalazioni effettuate dai dipendenti pubblici, rimanendo escluso tutto il settore privato e il settore bancario – finanziario. Ripensando ad alcuni dei *crack* finanziari che hanno coinvolto il nostro Paese negli ultimi anni, ci si potrebbe chiedere cosa sarebbe successo se nei noti casi *Bond argentini*, *Cirio*, *Parmalat*, *4 you* ecc., o che hanno interessato i derivati finanziari oggetto della presente trattazione, vi fossero stati dei “suonatori di fischi” e un’adeguata disciplina a tutela dei medesimi.

La direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, ha costituito l’occasione per introdurre le prime disposizioni normative in tema di “tutela delle segnalazioni” nel settore bancario – finanziario⁷³². Ad opera del Decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72⁷³³ sono stati emanati gli artt. 52 - *bis*⁷³⁴ e 52 - *ter*⁷³⁵ del t.u.b.

⁷³¹ L. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*, in G.U. Serie Generale n. 265 del 13-11-2012.

⁷³² Il primo passo verso recepimento nell’ordinamento italiano della Direttiva è avvenuto per mezzo della Legge 7 ottobre 2014, n. 154 recante la Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale n. 251 del 28-10-2014*.

⁷³³ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2015, recante modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (TUB) e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) ed entrato in vigore a partire dal 27 giugno 2015.

⁷³⁴ Art. 52-*bis* t.u.b., *Sistemi interni di segnalazione delle violazioni*: «1. Le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l’attività bancaria (...)»

⁷³⁵ Art. 52-*ter*, *Segnalazione di violazione alla Banca d’Italia*: «1. La Banca d’Italia riceve, da parte del personale delle banche e delle relative capogruppo, segnalazioni che si riferiscono a violazioni riguardanti norme del titolo II e III del presente decreto legislativo nonché atti dell’Unione europea direttamente applicabili nelle stesse materie. 2. La Banca tiene conto dei criteri di cui all’articolo 52-*bis*, comma 2, lettere a) e b), e può stabilire condizioni, limiti e procedure per la ricezione delle segnalazioni. (...)»

e 8 - bis⁷³⁶ e 8 - ter⁷³⁷ del t.u.f., al fine di chiedere alle banche e agli intermediari del mercato dei valori mobiliari, di provvedere, in stretta sintesi, a quanto segue: strutturare procedure interne idonee a raccogliere segnalazioni al proprio interno di comportamenti che possano costituire la violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria (co. 1 art. 52-bis t.u.b.) o l'attività svolta (co. 1 art. 8-bis t.u.f.) e che siano idonee, nel rispetto della protezione del segnalante⁷³⁸: a) a garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione, ferme restando le regole che disciplinano le indagini o i procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione ai fatti oggetto della segnalazione; b) tutelare adeguatamente il soggetto segnalante contro condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali conseguenti la segnalazione; c) assicurare per la segnalazione un canale specifico, indipendente e autonomo⁷³⁹.

⁷³⁶ Art. 8-bis t.u.f., *Sistemi interni di segnalazione delle violazioni*: «1. I soggetti abilitati e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale, di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività svolta (...)»

⁷³⁷ Art. 8-ter, tuf, *Segnalazione di violazioni alla Banca d'Italia e alla Consob*: «1. La Banca d'Italia e la Consob ricevono, ciascuna per le materie di propria competenza, da parte del personale dei soggetti abilitati e delle relative capogruppo, segnalazioni che si riferiscono a violazioni riguardanti le norme della Parte II, titolo I, II e III del presente decreto legislativo, nonché atti dell'Unione europea direttamente applicabili nelle stesse materie. 2. La Banca d'Italia e la Consob tengono conto dei criteri previsti all'articolo 8-bis, comma 2, lettere a) e b), e possono stabilire condizioni, limiti e procedure per la ricezione delle segnalazioni (...)».

⁷³⁸ Protezione individuabile nelle previsioni dei commi 3 e 4 degli articoli 52-bis e 8-bis, secondo cui, rispettivamente: la presentazione della segnalazione non costituisce di per sé violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro; l'articolo 7 co. 2 del D.lgs. 196/2003 non trova applicazione con riguardo all'identità del segnalante, che può essere rilevata solo con il suo consenso o quando la conoscenza sia indispensabile per la difesa del segnalato

⁷³⁹ Il completamento della disciplina primaria è stato affidato, per quanto concerne l'attività bancaria ai sensi dell'art. 52-bis co. 5, alla Banca d'Italia, la quale ha provveduto all'emanazione delle disposizioni attuative in data 21 luglio, mediante l'introduzione del Capitolo 3 Sez. VIII del Titolo IV parte I nella Circolare n. 285 del 2013 "Disposizioni di Vigilanza per le Banche". Per quanto riguarda la prospettiva degli intermediari del mercato dei valori mobiliari, ad oggi la Banca d'Italia e la Consob non hanno ancora emanato il provvedimento congiunto recante la disciplina attuativa per come previsto dal co. 5 dell'art. 8-bis del TUF.

Sono previsti meccanismi di raccolta delle segnalazioni “interni” ed “esterni”, ovvero coinvolgendo le rispettive Autorità di Vigilanza. La normativa redatta da Banca d’Italia richiede che venga individuato un responsabile dei sistemi interni di segnalazione, il quale deve assicurare il corretto svolgimento del procedimento e riferire direttamente agli organi aziendali le informazioni, ove rilevanti, oggetto di segnalazione.

Il testo normativo è molto recente, ed è certamente prematuro trarre delle conclusioni, occorrerà attendere la concreta operatività per valutare la bontà e l’efficienza delle nuove disposizioni. Una prima considerazione, tuttavia, può essere che elemento centrale per la buona riuscita di un sistema di segnalazione interna, è che l’organo deputato alla raccolta delle segnalazioni sia dotato di un’effettiva indipendenza. Secondo i primi studi sul punto⁷⁴⁰, il compito potrebbe essere destinato all’ufficio dei “controlli interni”, c.d. *internal audit*. Analizzando gli organigrammi di imprese e banche è possibile rilevare che frequentemente l’ufficio dei controlli interni è gerarchicamente subordinato a organi di vertice (come ad es. l’Amministratore delegato). Sarebbe forse opportuno optare per una figura esterna e distaccata da organi come quelli ricordati, i quali sono statutariamente deputati ad effettuare le scelte di politica economica e gestionale maggiormente rilevanti. Ed è proprio nell’ambito di tali scelte che possono annidarsi le irregolarità operative. Onde evitare di tramutare le nuove norme in una tutela solo apparente, sarebbe consigliabile delegare l’attività di raccolta (e protezione) delle segnalazioni a soggetti che possano vantare

⁷⁴⁰ Cfr. ad es. I. ROTUNNO, *Whistleblowing e D.Lgs. 231/01*, in *Rivista diritto bancario*, febbraio 2016, 1 e ss.; M. FUMAGALLI – D. DI MAIO, *Whistleblowing: disciplina e concrete applicazioni nella prassi operativa delle banche*, in *Rivista diritto bancario*, Novembre 2015, 6 e ss.

un'effettiva autonomia, rispetto agli organi le cui scelte devono essere vagliate e soggette a maggior controllo.

Infine, per completezza espositiva si ricorda che è attualmente posto al vaglio del Senato, un progetto di legge⁷⁴¹ teso ad introdurre una normativa dettagliata in tema di tutela delle segnalazioni che avvengono sui luoghi di lavoro.

Se il testo di legge fosse approvato potrebbe essere la prima disciplina organica in tema di *Whistleblowing*, tesa a ricomprendere sia il settore privato sia il settore pubblico. Sarebbe interessante valutare le eventuali implicazioni che potrebbero verificarsi sulla disciplina bancaria di recente istituzione⁷⁴².

Certamente le disposizioni normative richiamate, sono un primo passo verso un adeguamento dell'Italia alla materia⁷⁴³, che talvolta viene vista con sfavore, quasi si legittimasse a livello normativo l'operato di chi vuole "fare la spia". Il passo successivo, più complesso, è proprio quello di modificare il modo di pensare, comprendendo che chi denuncia un'irregolarità è colui che agisce per la tutela di un interesse pubblico, collettivo e superiore. Non si realizzerebbe solo una garanzia (almeno potenziale) di maggior tutela della clientela delle

⁷⁴¹ D.D.L. n. 2208, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", in www.senato.it. Il Disegno di legge ha superato, con diversi emendamenti, il vaglio della Camera dei deputati e si attende l'approvazione del Senato.

⁷⁴² Cfr. artt. 52-bis e 52-ter del t.u.b. e gli artt. 8-bis e 8-ter del t.u.f.

⁷⁴³ Per approfondimenti e studi in merito all'introduzione della disciplina a tutela del segnalante in Italia, v. G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in Federalismi.it, 1/2016, 32 e ss., FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D., *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, in www.transparency.it, Dicembre 2009. Sull'importanza dell'introduzione di una disciplina ad hoc v. Intervento del Pres. Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, R. Cantone: "Lotta alla corruzione, crescita economica e attività delle imprese italiane all'estero" - Giornata internazionale della lotta alla corruzione al Ministero degli Esteri Intervento, 3 dicembre 2016, reperibile in www.anticorruzione.it.

banche rispetto a violazioni e/o comportamenti opportunistici. Al contrario, un maggior rigore operativo sarebbe anche nell'interesse delle banche stesse, meno soggette ai rischi "contenzioso" e ai rischi "reputazionali" cui abbiamo assistito in questi anni.

In conclusione, in merito ai rapporti tra banca e impresa, non si può negare che la situazione di crisi economico – finanziaria, che ha interessato il nostro Paese negli ultimi anni, abbia certamente indebolito la situazione e la forza contrattuale di numerose imprese, nonché di famiglie e risparmiatori, aumentando il rischio di comportamenti opportunistici da parte di chi eroga il credito. L'erogazione del credito non rispettosa delle regole di mercato, o condizionata da una valutazione del merito creditizio influenzato da un (talvolta solo "apparente") peggioramento della situazione finanziaria di un'impresa, che in realtà può essere frutto di addebiti illegittimi, o addirittura usurari, può porre a rischio la stessa sopravvivenza dell'impresa medesima sul mercato.

Ed è forse proprio nei momenti in cui l'equilibrio economico - finanziario è maggiormente instabile che risulta evidente il forte legame sussistente tra impresa e lavoro, in quanto senza lavoro non può esistere attività d'impresa, così come la crisi del mondo dell'impresa determina la crisi del mondo del lavoro.

Il sistema globalizzato dell'era moderna, se da un lato è stato in grado di offrire nuove opportunità lavorative ed imprenditoriali, dall'altro potrebbe forse essere considerato come una delle cause che hanno determinato l'aumento della concorrenza e, al contempo, anche la più rapida diffusione di quella crisi economico - finanziaria nata oltre oceano, che ha determinato importanti ripercussioni anche nel nostro Paese.

Si assiste, infatti, ad una progressiva sostituzione dell'economia "reale" da parte di un'economia "virtuale": l'economia della finanza,

che oggi si potrebbe definire “la finanza senza regole” (c.d. “*deregulation* finanziaria”), che ha contribuito alla diffusione dei *crack* e alle inefficienze bancarie che conosciamo.

Tutti aspetti del mondo moderno che inducono a pensare che oggi l’impresa, così come talvolta può apparire “parte forte” del rapporto contrattuale, al contempo può essere parte “debole” rispetto a nuovi fenomeni come la finanza e il sistema bancario. Fenomeni dai quali non è possibile prescindere per poter svolgere l’attività d’impresa, ma che, al tempo stesso, possono gravemente danneggiare l’attività economica e di mercato.

Sembra quindi emergere la necessità di rileggere le norme che regolano l’attività di concessione del credito e la disciplina degli interessi bancari, alla luce di questi nuovi e complessi fenomeni. Pensando che se fosse possibile una maggior tutela dell’impresa e dell’economia reale, forse sarebbe possibile anche una maggior tutela del lavoro e della produttività, con evidenti benefici per l’economia globale.

L’attività di raccolta del risparmio, come quella di concessione del credito, è imprescindibile per imprese, famiglie e per l’intera economia del Paese. Il conseguente guadagno in capo a banche e intermediari per l’attività svolta, risulta essere un elemento altrettanto imprescindibile nell’economia moderna. Tuttavia, considerando la peculiarità della funzione svolta dall’attività bancaria, forse non si dovrebbe limitare la medesima ad una visione meramente “aziendalistica”, tesa al profitto a breve termine. Sarebbe auspicabile cercare di recuperare una maggiore lungimiranza gestionale, in ossequio al ruolo istituzionale ricoperto e ai principi che regolano la materia, senza continuare a coltivare l’illusione che comportamenti opportunistici e speculativi possano generare guadagni all’infinito.

Sembra calzante quanto è stato scritto analizzando le cause della crisi economico-finanziaria che ha colpito il nostro Paese in tempi recenti. Ossia, che bisognerebbe avere «la capacità di riscoprire la centralità dell'impresa e la civiltà del lavoro, senza illuderci che il denaro produca altro denaro».⁷⁴⁴

⁷⁴⁴ AA.VV. *La grande crisi, domande e risposte*, Milano, 2008, p. 8 e ss.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Dizionario di banca e borsa*, voci *Accordo swap e swap*, Roma, 1979;

AA. VV. *Borsa e riforme della corporate governance*, cap. 4, 2001, in www.confindustria.it, 151 e ss.;

AA.VV., *La grande crisi, domande e risposte*, Milano, 2008;

A.A.VV., *l'Anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, a cura di G. Capaldo, Padova, 2010, 55 e ss.;

AA. VV., *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, tomo II, 2010, 1601 e ss.;

AA.VV., *Il Whistleblowing*, edizione 1.0., 16 novembre 2015, in www.anticorruzione.eu.;

AA.VV., *Ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito della normativa antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), Position Paper della AODV231*, ed. 1.0 - 2 marzo 2015, in www.aodv231.it;

ABRIANI N. – GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. enti*, 2012, III, 191e ss.;

ABRIANI N. – QUAGLIOTTI L., *An e quantum della "novissima" revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, 382 e ss.;

AGOSTINELLI R., *Problemi della pratica le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca borsa tit, cred.*, 1997, 1, 112, p. 6.;

ALPA G., *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, in Tratt. Rescigno-Gabrielli, II ed., Torino 2006, p. 550 ss.;

ALPA G. - ZATTI P., *Commentario breve al Codice Civile. Leggi complementari*, III, Padova, 2009, 751;

ANNUNZIATA F., *Commento sub artt. 91, 94, 95, 99, 100, 101*, in Marchetti P. – Bianchi L. A., *La disciplina delle società quotate*, I, Milano, 1999;

ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli 2002, 303 ss.,

ARCARI F., *Indici di anomalia del lease back*, in *I Contratti*, 1/2008, p. 36 ss.;

ARMONE G., *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi, Roma, 2009, 118 e ss.;

BARONE E. – OLIVIERI G., *Derivati e usura: l'utilizzo delle opzioni nella costruzione di negozi in frode alla legge*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, n. 2, pag. 110 e ss.;

BELLOMO S. – DI MAOLO F., *Articolo 18 e onere probatorio, si cambia se la tutela reale è come il risarcimento*; *Resp. civ. e prev.*, 2006, 5, 850;

BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2015;

BIN R. – PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 483 e ss.;

BONFATTI S., *Revocatoria delle rimesse e «castelletti» nelle fattispecie di «conto evidenza» e di «conto unico»*, in *Fallimento*, 2001, 102 ss.;

BONZANINI L., *La disciplina del collocamento a distanza di prodotti finanziari*, in *Contratti*, 1999, p. 516;

BUCCELLA G., *La disciplina degli interessi monetari*, Napoli, 2002;

BUFFACCHI V., *Derivati e Pmi, nuovo allarme*, in *Il sole 24 Ore*, 27 novembre 2004.

CAFARO R., *I contenziosi in materia di contratti di conto corrente, Come difendersi dalle banche*, Bologna, 2011, 227 e ss.,

CALLEGARI M., *Commento sub artt. 102 e 103*, in Cottino G. (diretto da), *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Torino, 1999, 1 ss;

CAMPOBASSO G. F., *Testo Unico della Finanza*, Torino, 2002, *Vol. Intermediari e mercati*, sub art. 70, p. 583;

CANNIZZARO G., *Commento sub artt. 94-100*, in Rabitti Bedogni C. (a cura di), *Il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1998;

CAPALDO G., *Contratto di swap e gioco*, *Riv. dir. priv.*, 1997, 587;

CAPRARA U., *Borse merci e mercati a termine di borsa*, Milano, 1978, 10;

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2001;

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle legge in materia bancaria e creditizia*, (diretto da), Tomo I, Milano, 2012, 193 e ss.;

CAPUTO NASSETTI F., *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, Milano, 1997, 2;

CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati di credito – Profili civilistici e regolamentari*, Milano, 1998;

CARBONETTI F., *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 31;

CARLEO R., *Il conto corrente ordinario e la cessione dei beni ai creditori*, in AA.VV, *Trattato dei singoli contratti*, IV, Opere e servizi, (a cura di) V. Roppo, Milano, 2014, 689-722;

CASSANO G., *Il mutuo – Il sistema delle tutele*, Padova, 2009;

CASSANO V., *Garanzie reali e personali*, a cura di R. Clarizia, Padova, 2011, *passim*.

CELARDI G. M., *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2011, 10, 2335 e ss.;

CHINÈ G. – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, diretto da G. Alpa – R. Garofoli, II ed., Roma, 2011, 667 e ss.;

CIAN G. – TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2007, sub. art. 1343 c.c., 1380.;

CIAN G. – TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2010;

CIVALE F., *L'art. 120 del TUB e la consultazione relativa alla Delibera CICR*, 2015, in *www.dirittobancario.it*;

CORNO F. *La crisi come testimonianza di una (ir)responsabilità sociale: lezioni da Enron e Parmalat*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale* - novembre – dicembre, 2006;

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994;

CRISTIANI A. *Guida alle nuove norme sull'usura*, Torino, 1996, *passim*.

CUSANI F., intervento al Convegno “*Anatocismo, Ius variandi e Usura nei rapporti bancari*”, ASSOCTU, Centro Congressi dell'Università “*Sapienza*”, 24 febbraio 2012;

D'AMICO G., *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, nota a Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *I Contratti*, 6/2012, 465;

D'AMICO G.; in *Guida al diritto*, maggio 2012, n. 20, p. 30 e ss.;

DAGNA P., *Profili civilistici dell'usura, Il diritto degli affari*, a cura di B. Inzitari, Padova, 2008;

D'ANGELO P. – MAZZANTINI M., *Trattato di tecnica bancaria*, Milano, 1966, 280;

DE GIOIA V., *Il contratto di leasing*, Trento, 2004, *passim*;

DE NOVA G., *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, n. 3, p. 517 ss., spec. p. 523;

DE NOVA G., *Capitalizzazione trimestrale: un revirement della Cassazione?*, in *Contratti*, 1999, 437;

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.*, ottobre 2012, in *www.dirittobancario.it*, 13 e ss.;

DE SIMONE A. – CATURANO W. G., *Usura bancaria: il "dilemma" degli interessi moratori. Cinque ragioni per le quali gli interessi moratori non dovrebbero sottostare al tasso soglia antiusura*, in *Gazz. Forense*, maggio – giugno 2014, 33 e ss.;

DI MAJO A., *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1284;

DI MARZIO F., *La concessione abusiva del credito*, Napoli, 2004;

DI NAPOLI R., *L'usura nel contenzioso bancario*, Bologna, 2014, 20 e ss.;

DI PIETROPAOLO M., *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001;

DI ROSA G., *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir., civ.*, 2015, 1139;

DOLMETTA A.A., *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *I Contratti*, 2011, 491;

DOLMETTA A. A., *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente*

dell'anatocismo), in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, 2012, pag. 43;

DOLMETTA A. A., *A commento della comunicazione Banca d'Italia 3.7.2013: usura e interessi moratori*, in *www.ilcaso.it*, 8 luglio 2013;

DORIA G., *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012;

DOWNES J. – GOODMAN J. E., *Dictionary of Finance and Investment Terms*, New York, 1995, 587;

FABRIZIO-SALVATORE A., *Segnalazione illegittima alla Centrale rischi e danno risarcibile* (nota a Trib. Bari, 24.1.2008), in *Danno e resp.*, 2008, 881;

FACILE E. - GIACOMELLI A., *Basilea 2 – Il nuovo processo del credito alle imprese*, a cura di E. Facile e A. Giacomelli, Milano, 2008;

FALCONE G., GRECO G. L, ROTONDO G., *La responsabilità nella prestazione dei servizi di investimento*, Milano, 2004, p. 7;

FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Vincenzo Buonocore, Tomo II, Torino, 2005, 331 e ss.;

FAUSTI P.L., *Il mutuo*, nel *Tratt. dir. civ. Consiglio nazionale del notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, p. 174 e ss.;

FERRI G.B., *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano, 1966;

FERRO-LUZZI F., *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 167;

FRASCHINI G. - PARISI N. - RINOLDI D., *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, *Transparency International Italia*, in *www.transparency.it*, Dicembre 2009;

FUMAGALLI M. – DI MAIO D., *Whistleblowing: disciplina e concrete applicazioni nella prassi operativa delle banche*, in *Rivista diritto bancario*, Novembre 2015, 6 e ss.;

GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, *Banca borsa tit. cred.*; , 1986, I, p. 572;

GABRIELLI A., *La legittimità della segnalazione di un credito a sofferenza: una analisi gius-economica* (nota a Trib. Milano, 8.3.2006), in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 651 ss.;

GANGEMI F., *Segnalazione alla Centrale rischi e privacy: profili di responsabilità in capo alla Banca d'Italia* (nota a Cass., 1.4.2009, n. 7958), in *Giur. it.*, 2009, 2156;

GARGANO G., *La “cultura del whistleblower” quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 1/2016, 32 e ss.;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015;

GEMMIL G., *La funzione economica dei prodotti finanziari derivati*, in *Lezioni Moar*, Milano, 1995, 12;

GIORGIANNI F. – TARDIVO C. M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2009, 399 e ss.;

GIOVAGNOLI R. – FRATINI M., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010;

GIRINO E., *I contratti derivati*, Milano, 2001;

GIRINO E., *I contratti derivati*, Milano, 2010.

GRANATA E. - MORERA U. - CANAPA P. - CASCIOLI A. - CARRETTA A., *La nuova centrale dei rischi*, Roma, 1996;

GRECO P., *Le operazioni di banca*, Padova, 1931, 185;

GUERINONI E., *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, Milano, 2008, nota a p. 2;

HULL J., *Opzioni, futures altri derivati*, ed. italiana a cura di E. Barone, Pearson Education, Inc, publishing as Prentice Hall, 2009, 527 ss.;

INZITARI B., *Interessi*, in *Dig. Civ.*, IX, Torino, 1993, 594 e ss.;

INZITARI B., *Interest rate swap convertible swap, atlantic swap, currency option: La tutela delle imprese clienti nella giurisprudenza*, 1 ss., in *www.ilcaso.it*, 3 luglio 2007;

INZITARI B., *Interest rate swap convertible swap, atlantic swap, currency option: La tutela delle imprese clienti nella giurisprudenza*, 3 luglio 2007, in *www.ilcaso.it*, 1 ss.;

INZITARI B. – PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008;

KOLB R. W., *Financial derivatives*, Cambridge, 1996, 1;

LEMBO M., *Stralcio della relazione tenuta al Convegno ITA “Rischi, responsabilità e contenzioso in tema di strumenti derivati”*, Milano, 13-14 dicembre 2004;

LEMBO M., *Atti del convegno “Dal contenzioso all’ utilizzo consapevole dei derivati su tassi e cambi”*, Milano 2 marzo 2005;

LENER R., *Strumenti finanziari e servizi di investimento, Banca borsa tit. cred.*, I, 1997, 332;

LIACE G., *La Centrale dei rischi*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, a cura di R. Razzante e L. Lacaita, Torino, 2006, 563 ss.;

LIGUORI G., *La disciplina del Whistleblowing negli Stati Uniti*, in *Rivista 231*, n. 2 del 2014, 111 e ss.;

LOPREIATO S., *Centrale dei rischi private, segnalazione erronea e responsabilità della banca* (nota a Trib. Milano, 18.8.2005), in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 451 ss.;

LOTTA F., *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 356 ss.,

MAFFEIS D., *“Forme informative, cura dell’interesse ed organizzazione dell’attività nella prestazione dei servizi di investimento”*, in *Rivista di diritto privato* n° 3/2005, pagg. 587-588;

MAFFEIS D., *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione*, *ivi*, 2005, II, 141 ss.;

MAFFEIS D., *Contratti derivati Over The Counter*, intervento al Convegno *“I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche”*, Milano 14-15 ottobre 2011;

MAFFEIS D., *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 5, 2011;

MAIENZA M., *Nuove prospettive della revocatoria fallimentare di rimesse bancarie originate da bonifici e giroconti*, *ivi*, 2009, 299;

MALAVASI M., *La regolamentazione dei flussi informativi nel Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. enti*, 2010, I, 85;

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2002, 180 ss.;

MANZI V., *Commento sub art. 120 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, cit., 1755 e ss.;

MARCELLI R., *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari – I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in *www.ilcaso.it*, II, 235/2011;

MARCELLI R., *L’usura nei derivati otc - up-front e valore di chiusura*, Roma 15 febbraio 2012, in *www.studiomarcelli.it*;

MARCELLI R., *L'usura nei derivati: l'up-front e l'arbitraggio disciplinare*, 29 giugno 2012, in www.studiomarcelli.com;

MARCELLI R., *L'usura nei derivati: l'up-front e l'arbitraggio disciplinare*, 29 giugno 2012, in www.studiomarcelli.com, 61 e ss.;

MARCELLI R., *Usura. Dopo l'usura presunta (oltre la soglia), un nuovo intervento della cassazione precisa i principi di accertamento dell'usura concreta (entro la soglia, art. 644 c.p., comma 3) – commento a Cassazione Sez. II Pen. n. 18778 del 7 maggio 2014, Roma, 1 settembre 2014, 5 e ss.*;

MARCELLI R., *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00. Dall'anatocismo sfilacciato al divieto dell'art. 1283 c.c.: nell'indifferenza dell'Organo di Vigilanza, l'intermediario bancario persevera nella capitalizzazione degli interessi, con oltre € 2 mil.di di illegittimi ricavi nell'anno in corso*, Roma, 5 dicembre 2014;

MARCELLI R. – PASTORE A.G., *Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolati a nozze: con il nuovo art. 120 tub si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c.*, Roma, 2016;

MARIANELLO M., *Bonds argentini e responsabilità dell'intermediario finanziario: corrispondenza diacronica o sincronica?*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 1018,

MARTUCCELLI S., *Interpretazione del contratto*, in *Diritto civile, Norme, questioni, concetti*, vol. I, (a cura di) G. Amadio – F. Macario, Bologna, 2014;

MENICHINO C., *Contratti commutativi e alea convenzionale*, *Contr.*, 1993, 535;

MESSINEO F., *Contenuto e caratteri giuridici dell'apertura di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 119;

MIGLIACCIO G., *L'attività sui mercati mobiliari: intermediazione e finanza derivata*, Roma, 1996, 313;

MILIZIA G., *Anatocismo: l'azione di ripetizione, soggetta alla prescrizione ordinaria della chiusura del conto corrente, si estende a tutte le operazioni effettuate ed è esclusa la capitalizzazione degli interessi ultralegali a debito del risparmiatore*; in *Contratti*, 2011, 221 e ss.;

MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Trattato*, Cicu-Messineo, Milano, 1981, 195-196 e ss.;

MONDANI A., *Conoscenza dello stato d'insolvenza e segnalazione alla Centrale Rischi* (nota a Cass., 13.10.2005, n. 19894), in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 25 ss.;

MORERA U., *La centralizzazione dei rischi di credito: profili giuridici*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1996, 464 ss.;

MORERA U., *Il fido bancario – Profili giuridici*, Milano, 1998;

MOSCA C., *Commento sub art. 102*, in Marchetti P. – Bianchi L. A. (a cura di), *La disciplina delle società quotate*, I, Milano, 1999;

MUCCIARELLI F., *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108 – Disposizioni in materia di usura*, in *Legisl. pen.*, 1997, 537 ss.;

NANNA C. M., *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*, in *Dir. e giust.*, 2010, 545 e ss.;

NARDONE D. – CAPPELLUTI F., *La promessa usuraria. Costi eventuali e momento della verifica. Sulla sentenza del Tribunale di Torino del 27 aprile 2016*, con nota a Trib. di Torino, 27 aprile 2016, in www.dirittobancario.it,

NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 2010, 728 ss.;

NIGRO A., *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, p. 285 e ss.;

PACILEO F., «Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla Centrale dei rischi della banca d'Italia (nota a Cass., 1.4.2009, n. 7958), in *Giur. comm.*, 2010, II, 678;

PAPA FRANCO C., *Struttura, caratteristiche e operatività delle opzioni*, *Amm. & fin.*, 1987, 10, 595;

PAPAGNI V., *L'illegittima segnalazione alla centrale rischi presso Bankitalia e la relativa liquidazione del danno con criteri equitativi*, nota a Cass., 24.5.2010, n. 12626, in *Dir. e giustizia*, 2010, 292;

PATRONI GRIFFI U., *L'oggetto dei contratti su derivati nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista diritto bancario*, ottobre 2016, p. 8;

PIERRI R., *Il fido promiscuo*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 5, 2006;

PINO G., *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963;

POLATO M., "Combinare" gli strumenti derivati per proteggersi dal rischio di tasso, *ivi*, 1995, 21, 1185;

PORZIO M., *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978;

PORZIO M., *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985, v. 12, 918;

PROTO M., *Danno non patrimoniale*, voce in *Lessico del XXI Secolo*, vol. I (A-K) Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012;

PROVIDENTI S., *Appello al pubblico risparmio*, in Lacaita L., Napoleoni V. (a cura di). *Il testo Unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, 95 ss;

QUADRI E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino 1984, 568;

QUAGLIOTTI L., *La revocatoria fallimentare del giroconto*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 87 e ss.;

RAZZANTE R. – LACAITA L. (a cura di), *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, Torino, 2000, 98 e ss.

RAZZANTE R., *Commentario alle nuove norme contro il riciclaggio*, Padova, 2008, 154;

ROLFI F., *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718;

ROLFI F., *Le Sezioni Unite e l'anatocismo: non è tutto oro quello che luccica*, in *Corr. Giuridico*, 6/2011, 822;

ROPPO V., *Il contratto*, Napoli, 2001;

ROPPO, V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2013, 957 e ss.;

ROTUNNO I., *Whistleblowing e D.Lgs. 231/01*, in *Rivista diritto bancario*, febbraio 2016, 1 e ss.;

SACCHETTINI E., *La disciplina transitoria sull'anatocismo lascia la strada aperta al contenzioso*, in *Guida al diritto*, 1999, n. 41, 51;

SACCHETTINI E., *Cancellata l'interpretazione autentica della norma in assenza di incertezze sul suo reale significato*, in *Guida al diritto*, n. 20, maggio 2012, 41;

SALAMONE, L., *Unità e molteplicità nella nozione di valore mobiliare*, Milano, 1995, 80-81;

SALANITRO N., *Gli interessi bancari anatocistici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004., supplemento al n. 3, 4, 14 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 tit. cred.*, 2011, 3, 402;

SCALFI G., *Alea*, in *Digesto civile*, I, 1987, 258;

SCHERMI A., *Segnalazione di credito «in sofferenza» alla Centrale Rischi della Banca d'Italia e provvedimento d'urgenza*; Trib. Potenza, (ord.) 4.5.2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, 210 ss.;

SCHLESINGER P., *Ma l'intervento del legislatore non arginerà le controversie*, in *Il Sole-24Ore*, 6 ottobre 1999;

SCIARRONE ALIBRANDI A., *La rilevazione centralizzata dei rischi creditizi: ricostruzione evolutiva del fenomeno e crescita degli interessi*, in *Centrale rischi. Profili civilistici*, (a cura di) A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2005, 1 ss.;

SCIUTO M., *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di «Basilea 2»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 702 ss.;

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (dir.), *Trattato del contratto*, II, Regolamento, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.;

SCOGNAMIGLIO G., *Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 303 ss.;

SCOTTI CAMUZZI S., *I derivati, vere mine vaganti nel mare della finanza italiana*, in *Milano Finanza*, 14 aprile 2004, 11;

SCOZZAFAVA O.T., *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984;

SERRA M., *Segnalazioni erronee alla centrale dei rischi e responsabilità dell'intermediario* [nota a Trib. Potenza, (ord.) 4.5.2001; e Trib. Salerno, sez. dist. Eboli, (ord.) 22.4.2002], in *Giur. comm.*, 2003, II, 210 ss.;

SINESIO D., *L'anatocismo*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 27;

STAUNOVO POLACCO E., *Giroconto e revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 1316;

STILO A., *prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *I Contratti*, 6/11, 631;

TARZIA G., *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Milano, 2003, 229;

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 35 e ss.;

TRABUCCHI G. – SANDEI C., *Commento sub. artt. 1815 e 1852*, in *Commentario al codice civile* (a cura di G. CIAN), Padova, 2009, 1928;

VELLA F., *Segnalazione dei crediti in «sofferenza» alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 494 ss.;

WOLFE S. – WORTH M. – DREYFUS S. – BROWN A.J., *Whistleblower Protection Laws in G20 Countries Priorities for Action*, September 2014, in www.transparency.de;

ZACCARIA A., *Commento sub. art. 1283 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di G. CIAN, IX ed., Padova, 2009, 1335 e ss.;

ZAMAGNI L. – CEDRINI G., *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale di Bologna 14712/2009 sulla qualificazione dell'up front e l'interpretazione della dichiarazione di operatore qualificato*, 24 marzo 2010, in www.ilcaso.it;

ULTERIORI MATERIALI E PRINCIPALE NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Allegato n. 3 alla Delibera Consob 11522/98 – www.consob.it,

ASSILEA Associazione Italiana Leasing - Cfr. Assilea – FAQ Leasing, reperibile in www.assilea.it;

Audizione del Direttore generale della Consob Dott. Massimo Tezzon avanti alla VI Commissione “Finanze” della Camera dei Deputati “*Problematiche relative al collocamento di strumenti finanziari derivati*” del 30/10/2007, pag. 2;

Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi, capitolo II, sezione 4 *Segnalazione di operazioni particolari*, voce “*Leasing finanziario*”, www.bancaditalia.it;

Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura, 3 luglio 2013, in www.bancaditalia.it;

Circolare n. 139 del 11 febbraio 1991 - Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi, e successivi aggiornamenti, (15° aggiornamento), in www.bancaditalia.it;

Circolare Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, “Disposizioni di Vigilanza per le Banche”, in www.bancaditalia.it;

Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Istruzioni di Vigilanza per le banche, e successivi aggiornamenti, in www.bancaditalia.it;

Confindustria, Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, 2014, 69;

Culp, Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards A Judicial Perspective, in *Hofstra Labor & Employment Law Journal* 13(1), 1995, 113;

Decreto Legislativo 4 agosto 1999, n. 342, Modifiche al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in

materia bancaria e creditizia, pubblicato in *G. U.* n. 233 del 4 ottobre 1999;

Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70, *Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in *G.U. Serie Generale* n.110 del 13-5-2011, Entrato in vigore il 14 maggio 2011 e convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, in *G.U.* 12 luglio 2011, n. 160;

Delibera CICR del 9 febbraio 2000 in *Gazz. Uff.*, 22 febbraio 2000, n. 43 - *Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (art. 120, comma 2, del testo unico bancario, come modificato dall'art. 25 del decreto legislativo n. 342/1999)*;

Delibera CICR, 3 agosto 2016, N. 343 in www.bancaditalia.it;

D.D.L. n. 2208, “*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*”, in www.senato.it;

D.L. n. 185 del 28 novembre 2008, *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, convertito nella Legge n. 2 del 28 gennaio 2009, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 22 del 28 gennaio 2009 - Supplemento Ordinario n. 14;

Documento ABI, “*Conoscere il rating – come viene valutata l'affidabilità delle imprese con l'Accordo di Basilea*”, in <http://www.prefettura.it>;

Documento per la consultazione di Banca d'Italia: “*Attuazione dell'articolo 120, comma 2, del Testo unico bancario in materia di produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria*”, Agosto 2015, in www.bancaditalia.it;

Il nuovo accordo di Basilea sul capitale delle banche - *Inquadramento metodologico e potenziali impatti sulle PMI in termini di assorbimento patrimoniale*”, settembre 2005, 31 e ss., reperibile sul sito <http://www.ven.camcom.it>;

“Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni - Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia Daniele Franco, Commissione 6° del Senato della Repubblica (Finanze e Tesoro), 2009, in www.bancaditalia.it;

Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, “Titolo IV – Capitolo 13 – Centrale dei Rischi “, in www.bancaditalia.it;

Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, 2009, in www.bancaditalia.it;

Legge 7 marzo 1996, n. 108, Disposizioni in materia di usura. (in GU Serie Generale n.58 del 9-3-1996 - Suppl. Ordinario n. 44);

Legge 28 febbraio 2001, n. 24, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 dicembre 2000, n. 394, concernente interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura”, (pubblicata nella G. U. n. 49 del 28 febbraio 2001);

Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in G.U. Serie Generale n. 265 del 13-11-2012;

Proposta di Delibera CICR, «Modalità e criteri per la produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria (art. 120, comma 2 del Testo Unico Bancario, come sostituito dall'art. 1, comma 629, legge 27 dicembre 2013, n. 147)», agosto 2015, reperibile su www.bancaditalia.it;

Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016, che modifica il regolamento (CE) n. 1126/2008 che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'International Financial Reporting Standard 9, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 29.11.2016;

Testo Unico Bancario, Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in www.bancaditalia.it;

Testo Unico della Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in www.consob.it;

Transparency international, *Whistleblowing in europe legal protections for whistleblowers in the EU*, 2013, 6;

Whistleblowing: un modello vincente negli USA”, 27 settembre 2016, <http://anticorruzione.eu/>.

