

NUMERO 3 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Francesco Gambino

L'USURA «SOPRAVVENUTA» E L'INDIGENZA DEL DATO POSITIVO



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.626
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica . . .</i>	p.629
GIUSEPPE CONTE	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i>	p.647
ENRICO SCODITTI	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i>	p.677
LUCIANO PANZANI	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i>	p.693
MASSIMO RUBINO DE RITIS	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito.</i>	p.741
ANDREA MARIA AZZARO	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria.</i>	p.771
FRANCESCO MACARIO	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i>	p.825
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i>	p.867
FRANCESCO GAMBINO	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i>	p.885
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i>	p.901

L’usura «sopravvenuta» e l’indigenza del dato positivo

Il presente contributo muove dalle difficoltà, incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nel dare risposta adeguata al fenomeno dell’usura «sopravvenuta». Nel ripercorrere le teorie e gli indirizzi più accreditati, ci si interroga sulle condizioni di possibilità di una soluzione pragmatica che consenta al giudice di sostituire, modificare, rivedere la clausola di interessi che, in origine non usurari, siano divenuti tali in relazione ad un nuovo tasso soglia. Si affaccia però, dietro la domanda, la povertà del nostro dato positivo rispetto ad altri ordinamenti; che qui si risolve nell’assenza di rimedi flessibili, non colmabile neppure dalle inesauribili risorse della buona fede. È, questo, un vuoto che, in un sistema concepito sul primato della legge, che sovrasta il ruolo del giudice, non è riempibile se non ripensando, sul piano normativo, i rapporti di equilibrio tra autorità giudiziaria e autonomia privata.

885

This contribution is motivated by the difficulties met in legal theory and jurisprudence in giving an adequate solution to the phenomenon of «supervening» usury. The overview of the most widely accredited theories and approaches raises the issue of finding a pragmatic solution enabling the judge to replace, modify and revise the clause providing for interests that initially did not configure a usury regime but that were effectively converted into usury following the setting of a new lending rate threshold. However, underlying the issue is a shortage of adequate legal provisions thereon in Italian positive

law compared to other legal orders: there is a void of flexible remedies that cannot be filled even by bona fide provisions. This void, in a legal order built upon the primacy of law over the role of the judiciary, can only be filled by revising the legal equilibrium between judicial authority and private autonomy.

Sommario: 1. L'usura «sopravvenuta» e la negazione di effetti. – 2. L'inesigibilità della prestazione. – 3. Risorse e ambiguità della buona fede. – 4. (*Segue*): l'assenza di rimedi flessibili.

1. - L'usura «sopravvenuta» e la negazione di effetti.

Singolare è il fenomeno dell'usura «sopravvenuta», quasi destinato a soffrire l'indigenza del dato positivo. Il legislatore, che prevede la nullità della clausola in cui siano convenuti interessi usurari (art. 1815, comma 2, c.c.), tace sulla loro corresponsione¹. Di qui il problema di come intervenire, sul piano civilistico, sulla dazione di interessi che, in origine non usurari²,

¹ Incapace di rimuovere dubbi e incertezze è poi l'art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2001, n. 24; dove si prevede, nel fornire l'interpretazione autentica della l. 7 marzo 1996, n. 108, che «ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice 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». L'ambiguità, come si noterà più avanti, si raccoglie intorno all'inciso di apertura, che di per sé non preclude la possibile rilevanza, «ad altri fini», di eccedenze del saggio di interesse pattuito rispetto al tasso soglia vigente al momento del pagamento. La disciplina, richiamata in queste pagine, ha dato luogo a diverse ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale che, con sentenza 25 aprile 2002, n. 29 (in *Foro it.*, 2002, I, 933 ss., con nota di PALMIERI), ha dichiarato fondata la sola questione relativa al termine iniziale di efficacia del tasso di sostituzione, ritenendo di non censurare la norma di interpretazione autentica.

² Un denso dibattito si è aperto dopo la sentenza della Corte di Cassazione secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2, c.c., verrebbero in rilievo – oltre agli interessi corrispettivi – anche gli interessi convenuti a titolo di mora (Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 498 ss., con nota di DOLMETTA). Di qui il dubbio se, per la qualificazione degli interessi usurari, debbano computarsi anche questi ultimi; che, sommati agli interessi corrispettivi, costituirebbero il termine di raffronto con la soglia di usura. Al problema si tende a dare risposta negativa sulla base di diversi argomenti: a) la lettera dell'art. 644, comma 1, c.p. (usurari sono gli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità») circoscrive la qualifica di

siano divenuti tali in relazione ad un nuovo tasso soglia. Tra i vari indirizzi – emersi nel quadro antecedente alla legge di interpretazione autentica – più fortuna hanno avuto tre ipotesi di risposta: *a)* la nullità sopravvenuta; *b)* l'inefficacia successiva; *c)* l'inesigibilità della prestazione. Nella tesi della nullità sopravvenuta si muove dall'idea che i contratti ad efficacia differita o di durata, che non siano ancora esauriti, sul presupposto di una loro «vitalità», per così dire, perdurante, siano esposti alle sopravvenienze che possono provocare il venir meno o la illiceità di un requisito essenziale³. Viene introdotto – nelle linee di sviluppo di questo indirizzo – il meccanismo contemplato dagli artt. 1419, comma 2, c.c. e 1339 c.c.: nullità parziale della clausola, per violazione di una norma imperativa, con sostituzione di diritto della clausola nulla⁴. La norma imperativa sarebbe

usurari agli interessi corrispettivi; *b)* identità di significati tra la formula contenuta nell'art. 644 c.p. e l'espressione usata nell'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, che preclude estensioni dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2, c.c. alla categoria degli interessi moratori; *c)* assimilazione della clausola di interessi moratori ad una clausola penale, con possibilità – ove sia manifestamente eccessiva – di una riduzione equitativa in sede giudiziale ai sensi dell'art. 1384 c.c. (cfr. G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, 54 ss.) o, se applicabile, nel caso, la disciplina dei contratti con i consumatori, della nullità della clausola che non sia stata oggetto di trattativa e della disapplicazione dell'art. 1224, comma 1, c.c. perché incompatibile con gli artt. 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE (v., su questo punto, la decisione ABF, Collegio di Roma, n. 3415/14 del 23 maggio 2014, pres. Marziale, est. Sirena, che scorge nei rimedi manutentivi – integrazione, riduzione, revisione giudiziali –, in linea con le sentenze della Corte di Giustizia, il pericolo di rimuovere l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti da una disciplina che sia radicalmente penalizzante). Si tratta di alcuni argomenti a fondamento della decisione ABF, Collegio di Roma, n. 260/14 del 17 gennaio 2014 (pres. Marziale, est. Sirena), rifluiti nell'ampia decisione ABF, Collegio di coordinamento, n. 3412 del 23 maggio 2014 (pres. Marziale, est. Quadri). In quest'ultima si torna sul tema, disputato da tempo in dottrina, della specifica funzione degli interessi di mora, rispondenti – secondo la decisione – alla logica dell'inadempimento, e perciò non accostabili agli interessi corrispettivi e all'idea della naturale fecondità del denaro. Si tratta dunque di interessi che, al momento della stipulazione del contratto, sono solo «virtuali», e perciò non valutabili come usurari. Ciò spiegherebbe l'esclusione degli interessi moratori dal calcolo del tasso effettivo globale medio in quanto non «dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente» (così, nei chiarimenti di Banca d'Italia del 3 luglio 2013). Le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario – quelle, appena menzionate, e le altre, che saranno richiamate più avanti – sono reperibili in www.arbitrobancariofinanziario.it.

³ Si richiama al concetto di «esaurimento negoziale», da cui isolare e distinguere i casi invece esposti alla nullità successiva C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 1967, 761.

⁴ In questa direzione si muovono le sentenze di Cass. 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 487 ss., con nota di QUARANTA. Ma il rischio, nei finanziamenti a tasso fisso, di effetti perversi – prodotto dal rimedio eliminazione del tasso pattuito-

quella che, individuando il tasso soglia, determina il limite oltre il quale la fonte diventa illecita. Si realizza così, nella clausola di interessi, la conformazione automatica del saggio convenuto nella misura pari al tasso soglia. È noto tuttavia che la sequenza *nullità parziale – sostituzione della clausola nulla* presuppone l'esistenza, in modo esplicito o implicito, di una norma. Norma che, nel caso, manca. Non è rinvenibile né nell'art. 1815, comma 2, né nelle disposizioni relative al tasso soglia. Non nell'art. 1815, comma 2, c.c. che si limita a comminare la nullità della clausola, e non nelle norme sui tassi soglia che determinano il limite oltre il quale l'interesse è usurario. Ciò perché l'una e le altre nulla dispongono in positivo⁵. Si può scorgere, nell'orientamento revocato in dubbio, una schietta presa di posizione; che è l'esigenza, insopprimibile, di negare effetti ad una clausola di interessi divenuti usurari⁶. Non è tollerabile la possibilità, per gli operatori che offrono finanziamenti con piani di ammortamento predefiniti⁷, di trarre un vantaggio economico in contrasto con principi di ordine pubblico economico⁸.

È utile allora, ragionando sulla nullità, muovere da alcune premesse ricostruttive. La nullità nasce dal confronto tra un fatto e la regola. L'atto è nullo, ossia un *quid facti*, quando il fatto, posto a raffronto con la norma, si mostra inadeguato a compiere in sé i presupposti della norma. La nullità si risolve in un giudizio di difformità del fatto dallo schema del fatto. In linea generale, il contratto è *viziato* – secondo una terminologia, benché impro-

sostituzione automatica con il tasso soglia – è denunciato nella decisione ABF, Collegio di coordinamento, n. 77/14 del 10 gennaio 2014 (pres. Marziale, est. Gambaro): applicando l'art. 1419 c.c. – si legge nella decisione – si esporrebbe «il prestatore al rischio di tassi crescenti senza il vantaggio di poter profitare dei tassi decrescenti e con ciò si disincentiverebbe in modo drastico la stipulazione di finanziamenti poliennali a tasso fisso [...].».

⁵ F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illecitità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3111.

⁶ Anche «a non voler aderire alla configurabilità della nullità parziale sopravvenuta» (si legge nella sentenza della Corte di Cassazione, 23 novembre 2000, n. 14899, cit., che sul punto richiama la pronuncia di Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2000, II, 620, con nota di DOLMETTA) «comunque non si può continuare a dare effetto alla pattuizione di interessi eventualmente divenuti usurari, a fronte di un principio introdotto nell'ordinamento con valore generale ed assoluto e di un rapporto non ancora esaurito».

⁷ Nei chiarimenti di Banca d'Italia del 3 luglio 2013 si precisa che, in questa tipologia di crediti, la verifica sul rispetto delle soglie è circoscritta «al momento della stipula del contratto, in cui la misura è stabilita».

⁸ Rilievi in tal senso nella decisione ABF, Collegio di Napoli, n. 5282/13 del 17 ottobre 2013 (pres. Quadri, est. Conte).

pria, assai diffusa – perché è incompleto della sua struttura⁹. Il fatto difforme, inadeguato, viziato, è nel nostro caso, la clausola di interessi usurari. La misura fissata con il tasso soglia assurge ad elemento di struttura della clausola di interessi. Se c'è superamento della soglia, la clausola è nulla, inidonea a produrre l'obbligo di corrispondere interessi.

Nella tesi della nullità successiva, l'inidoneità della fonte può sopravvenire, in ragione di un diverso coefficiente dell'usura. È ben vero che il confronto tra fatto e norma sembra risolversi in un rapporto tra termini fissi: la clausola, cristallizzata al momento della stipulazione, e la norma, dove è disegnato lo schema di riferimento. Ma, nel nostro caso, il fatto previsto in ipotesi (art. 1815, comma 2, c.c.), andrebbe riempito, di volta in volta, delle periodiche variazioni, in via amministrativa, del tasso soglia. Nel richiamare la nozione di «interessi usurari», la norma opera un rinvio a criteri di qualificazione dell'interesse usurario stabiliti da altre norme. Può allora la nullità della clausola di interessi «aprire la porta»¹⁰ alle determinazioni amministrative¹¹ che, succedendosi l'una all'altra, sono organiche alla legge? Come opera il giudizio di validità se lo schema legislativo del fatto è mobile? Tocchiamo un punto centrale della questione. Il riferimento del giudizio di validità al momento genetico del contratto (o della clausola) lascia emergere l'idea di un unico giudizio, conclusivo e irripetibile. Che in tanto appare possibile in quanto l'immagine del fatto sia definita e ferma nel tempo. Ove la clausola sia conforme alla norma, è valida una volta per sempre. Se è difforme è nulla una volta per sempre. Il destino appare ineluttabile sia che quel fatto, dopo il giudizio, sia consegnato al piano dell'essere; sia che venga attirato nel piano del dover essere. È la separazione dei due piani a segnare l'irreversibilità di uno e dell'altro

⁹ B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964 (rist. Camerino, 2012), 85.

¹⁰ G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 537, che discorre di variabilità (della soglia) organica alla norma.

¹¹ Il Ministero del Tesoro opera annualmente una classificazione delle operazioni creditizie praticate dalle banche e dagli altri intermediari iscritti negli appositi elenchi di cui agli artt. 106 e 107 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385; e, con decreto, rileva trimestralmente il tasso medio praticato all'interno di tali categorie. La soglia della usurarietà è individuata in questo tasso aumentato della metà (art. 2, commi 1, 2 e 4, l. 7 marzo 1996, n. 108). A seguito del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106), 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 percentuali.

giudizio. Ma qui la mobilità della norma, che si riempie, periodicamente, dei coefficienti dell'usura parrebbe implicare la possibilità di più giudizi di favore o disfavore. Come varia la regola, così il fatto può perdere, nella sua struttura, i caratteri che lo rendevano conguagliabile alla regola. La clausola, da valida diventa nulla, e da nulla diventa valida, perché muta il termine del raffronto. Si potrebbe discorrere, in questa prospettiva, di rinvio *mobile* alla fonte esterna. Fonte che, in quanto notoria, si presume presupposta, e non esige dalle parti un richiamo espresso e univoco. La clausola entra così nella possibilità di una reiterazione di giudizi; che si risolvono in operazioni di calcolo, date dal confronto tra entità quantitative, la misura degli interessi convenuti e la misura del tasso soglia. In presenza di una disciplina variabile nel tempo, il fatto adeguato *oggi* a compiere in sé i presupposti della norma, può *domani*, in ragione di nuovi presupposti, non esserlo più.

La tesi della nullità successiva, qui ragionata in termini dubitativi e problematici, non sembra però fornire soluzioni appaganti. Il dissenso muove dalla fondamentale e decisiva distinzione tra momento genetico e momento funzionale del contratto. Il giudizio di nullità o di validità, prodotto dal raffronto tra clausola e norma, cade sulla vicenda costitutiva dell'obbligazione. È in questo istante che il fatto si affaccia nel mondo del diritto, reclamando gli effetti garantiti dall'ordinamento. Se in quel momento la clausola è conforme, nella struttura, alla norma, *vale per* il diritto ed è idonea a produrre effetti; se è difforme, si risolve in un *quid facti*, destinato a restare imprigionato in un'area, lontana dal diritto, anonima e amorfa. Il giudizio si risolve ed esaurisce nell'affermazione o nella negazione della validità della clausola. Si tratta di un giudizio privo del carattere di provvisorietà che distingue l'efficacia¹². Valido e nullo costituiscono l'esito di una valutazione definitiva e irreversibile. L'accadere di un evento sopravvenuto, come la variazione del tasso soglia, non incide né si riverbera sulla sua validità, bensì sulla produzione o la prosecuzione degli effetti finali¹³.

¹² Mentre all'efficacia può succedere l'inefficacia successiva, e all'inefficacia originaria può seguire l'efficacia, alla validità non può succedere la nullità successiva perché la prima è il risultato di una valutazione unica e irripetibile.

¹³ V., in termini generali, R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 4.

Veniamo così alla tesi dell'inefficacia successiva (*sub b*)¹⁴; destinata a guadagnare spazio e rilievo dopo l'entrata in vigore della legge di interpretazione autentica della l. 7 marzo 1996, n. 108. Se la negazione di effetti è condizione del concetto di nullità¹⁵ non si può affermare il contrario. Non si può dire che il concetto di nullità sia necessario alla negazione di effetti. Subentra il concetto di inefficacia, che può sopravvenire rimuovendo la totalità o parte degli effetti prodotti da un atto valido. Cosa accade all'obbligo, previsto da una fonte valida, se la prestazione pecuniaria, in virtù dei rilevamenti successivi, diventa usuraria? Si affaccia, nell'interrogativo, la divaricazione tra fonte ed effetto, contratto e rapporto, clausola convenuta e prestazione da eseguire. Le successive variazioni del tasso soglia costituiscono un *quid facti* che non toccano il giudizio di validità della clausola, uscita indenne, all'atto di stipulare il contratto, dal confronto con la norma; ma investono l'effetto, l'obbligazione di interessi. Nasce il problema della individuazione della disciplina applicabile. Non può venire in soccorso, come si è visto, l'art. 1815, comma 2, c.c.; che qualifica come usurari solo gli interessi *convenuti* nella clausola (cfr. art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394). Nella logica della norma, gli interessi *corrisposti* sfuggono alla nozione di interessi usurari. A rigore, si potrà discorrere di interessi in misura superiore al tasso soglia, ma non di interessi «usurari» nel senso indicato dalla lettura dell'art. 1815, comma 2, c.c. Le variazioni successive del tasso soglia, che non scuotono la clausola, investono il rapporto rimuovendo gli effetti divenuti incompatibili con la nuova qualifica di interesse usurario. Soddisfatta l'esigenza della negazione di effetti, resta il problema della sostituzione del tasso usurario con il tasso soglia. La negazione degli effetti, conseguita dalla tesi dell'inefficacia successiva, non risolve la questione della sostituzione degli effetti negati. Che non può trovare risposta negli strumenti offerti dalla disciplina della nullità: non nella sostituzione automatica¹⁶ né nella conversione, in base all'art. 1424

891

¹⁴ Alla tesi e alla sua non esatta formulazione in dottrina dedica attenzione F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., 3112.

¹⁵ V. sull'inefficacia come condizione necessaria di impiego del concetto di nullità, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 59.

¹⁶ V., invece, G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., 536, che fonda l'applicazione dell'art. 1419 c.c. su «una valutazione sistematica».

c.c., del contratto in diverso contratto ricondotto ad equità¹⁷. Non nella prima perché occorrerebbe, come si è visto, una norma che, nel caso, manca; non nell'altra giacché la conversione implica un diverso contratto che non è dato di reperire¹⁸. La sequenza *produzione di effetti – successiva estinzione parziale degli effetti* lascia in ombra il proprio «meccanismo di funzionamento»¹⁹; e sembra in ogni caso compromettere la possibilità di una modifica, in sede giudiziale, del rapporto in corso²⁰.

2. - L'inesigibilità della prestazione.

Giungiamo così alla terza risposta giuridica al fenomeno dell'usura «sopravvenuta» (*sub c.*); che, schiudendo una diversa prospettiva, va condivisa e sostenuta con le osservazioni e i rilievi che saranno svolti più avanti²¹. Il diritto a riscuotere gli interessi sarebbe limitato alla misura non eccedente il tasso soglia²². Si aprono due ipotesi ricostruttive. Nella prima, l'inesigibilità della parte eccedente il tasso soglia deriva dal fatto che, oltrepassati i limiti segnati dal tasso soglia, «la fonte» costitutiva del diritto diviene «ineffettuale»²³. Nell'altra, l'inesigibilità è invece il risultato dell'applicazione dell'art. 1375 c.c.²⁴; ed il relativo accertamento in sé sfugge alla norma di interpretazione autentica, che pure rende estranea l'usura so-

¹⁷ V., per questa ipotesi, D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Napoli 1999, 46 ss.

¹⁸ G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., 537.

¹⁹ F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., 3112.

²⁰ V. *infra*, § 3, § 4.

²¹ V. *infra*, § 3, § 4.

²² B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 264; A. MANIACI, a commento di Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126, in *Contratti*, 2000, 702.

²³ Qui la pretesa giuridica è «priva di fondamento» perché, divenuta la fonte «ineffettuale», «cessa» il diritto agli interessi oltre la soglia, F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., 3112, che così spiega il meccanismo di funzionamento dell'inefficacia successiva, sciogliendolo dal ricorso alla disciplina della nullità.

²⁴ V., in proposito, i rilievi di F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, 1454-1455 a proposito della sentenza, sopra richiamata, di Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, il quale richiama la figura dell'abuso del diritto in quanto la prestazione è «divenuta eccessivamente onerosa per il debitore, con riferimento ad una valutazione normativa non opinabile perché oggettiva, e, pertanto, inesigibile per la parte eccedente il tasso soglia». Di inesigibilità da *ius superveniens* – che qualifica illecita la dazione di interessi superiori al tasso soglia – discorre B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, cit., 264.

pravvenuta all'applicazione degli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.²⁵. La soluzione, in questa seconda chiave di lettura, dominata dalla buona fede, muove dal «rapporto», considerato nel suo concreto svolgersi e attuarsi. Si tratta di assumere, come luogo di incidenza delle variazioni successive, i comportamenti delle parti; immessi, per effetto di quelle variazioni, in un diverso contesto situazionale. Si delinea la correlazione tra esercizio del diritto e adempimento dell'obbligo. L'uno, che nel principio di buona fede trova limiti e condizionamenti; l'altro, che rinviene nell'interesse del creditore, nel risultato atteso, un criterio di valutazione. Affiora la teoria, elaborata nell'ambito di studi sulle sopravvenienze, del controllo della compatibilità tra circostanze – sopravvenute – prevedibili e adempimento²⁶. Questa ricostruzione varrebbe a spiegare la *ratio* dell'art. 1815, comma 2, c.c. La norma, la cui applicazione è circoscritta al momento della stipulazione della clausola, ha introdotto una «sanzione civile indiretta»; al fine di «scoraggiare i patti usurari»²⁷. Che la sanzione si estenda al momento attuativo, riferita ad un comportamento in origine lecito sarebbe irragionevole. Ne discende una disciplina complessa. All'originaria, piena conformità a diritto della pattuizione subentra l'inesigibilità per la parte eccedente il tasso soglia. La nozione – inesigibilità – può però colorarsi di un significato forte e di un significato debole. In un senso, il fenomeno implica indebito oggettivo; sicché, in caso di avvenuto pagamento, il debitore ha diritto alla restituzione²⁸. Nell'altro, non si darebbe immediata corrispondenza tra inesigibilità e indebito. L'indebito presuppone l'invalidezza o l'inefficacia della fonte, che qui manca. La situazione di inesigibilità, equiparabile a ciò che accade nella prescrizione, esige che il debitore

²⁵ Incline a questa soluzione è la decisione, sopra richiamata, dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, n. 5282/13 del 17 ottobre 2013 (pres. Quadri, est. Conte), che tuttavia non ignora il problema degli inconvenienti cui sarebbero esposti gli operatori economici, «costretti a rimodulare periodicamente il piano di ammortamento originariamente stabilito».

²⁶ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 7-27, 397-403.

²⁷ F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., 3113.

²⁸ Alla somma – si intende – versata in eccedenza rispetto al tasso soglia, A. MANIACI, a commento di Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126, cit., 702; cfr., sotto il profilo della fonte, divenuta ineffettuale, F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., 3113.

la eccepisca. In mancanza, in caso di integrale adempimento, gli è preclusa l'azione di restituzione per indebito oggettivo²⁹.

3. - Risorse e ambiguità della buona fede.

Il tema della buona fede, introdotto con il concetto di inesigibilità, può essere ulteriormente sviluppato. Ci si può domandare se le variazioni successive del tasso di interesse generino, in base agli artt. 1175 e 1375 c.c., le condizioni dell'obbligo del creditore di modificare la misura convenuta nella clausola. All'interrogativo occorre avvicinarsi con cautela, perché evoca, in punto di disciplina, quella forma di integrazione del contratto che la dottrina è incline a costruire riflettendo sull'obbligo legale di rinegoziare³⁰. Non si dubita che la buona fede possa esigere dal creditore modifiche tollerabili, tali da proteggere l'altrui interesse senza compromettere il proprio. Ma si dubita che la violazione della buona fede schiuda – come prefigurato in quelle teorie – l'intervento giudiziale sul contenuto del contratto.

È opportuno tornare a quella stagione di studi in cui si sono formate le teorie

²⁹ F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, cit., 1455.

³⁰ Per una compiuta analisi del fenomeno v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 312-331; Id., *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, 2006, 689 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., II, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 722-725, secondo cui l'equità di cui all'art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, di una clausola di rinegoziazione; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, 1998, 193; V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2^a ed., Milano, 2011, 972-973; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 796-809; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, spec. 433-434; in materia di diritto di famiglia, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213 ss.; in tema di mutui usurari, A. RICCIO, *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2003, 14-15; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, 368-372. Alla tesi della rinegoziazione di fonte legale viene prestata dissenziente attenzione da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. e dir. priv.*, 2003, 476-491; da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 701-723; nonché nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella voce encyclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XV, Roma, 2007. Si fa cenno alla rinegoziazione, senza tuttavia chiarire i termini del problema, nella sentenza di Cass. 13 giugno 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2109: «la clausola, contenuta in un contratto di conto corrente stipulato anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina sull'usura e con la quale sono stati pattuiti interessi diventati superiori a quelli della soglia dell'usura, è priva di effetto quanto alla misura degli interessi anteriormente convenuta ed essi possono essere rinegoziati: Cass. 22 aprile 2000, n. 5286».

dell'obbligo di rinegoziare; e così spiegare, nel caso, il senso specifico di una modifica del rapporto derivante dal principio di buona fede. È una stagione apertasi, negli anni novanta, nel segno di una diffusa insofferenza; ingenerata dall'unico rimedio esperibile in materia di sopravvenienze, la risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.). Si fa strada l'idea – sulla scia della dottrina tedesca – che i rapporti contrattuali protratti nel tempo (*Long-term contracts* o *Langzeitverträge*), funzionali alla pianificazione dell'attività di impresa e all'organizzazione del mercato, esigano strumenti flessibili e rispondenti all'esigenza della stabilità, nel tempo, delle relazioni economiche; una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti, non è in grado di assicurare³¹. Nelle ricerche sociologiche e negli studi di analisi economica del diritto, maturati nei sistemi di *common law*, si affaccia la categoria dei *relational contracts*, costruita sul rilievo che il tempo vincolato dall'accordo non sia vuoto, ma si riempia di un'affidabile regolarità di contegni dovuti, di un insieme di aspettative mai deluse, di condizioni fiduciarie³². Sicché il rapporto contrattuale, concepito come evento relazionale³³, e non isolabile dal contesto di fatto, diventa il perno intorno al quale ruotano le indagini sulla revisione giudiziale del contratto³⁴. Mentre in diritto tedesco, con la riforma dello *Schuldrecht* – come nei progetti di unificazione legislativa a livello europeo e nei principi

³¹ Lo spirito dei Principi Unidroit è nel senso indicato nel testo, di offrire nella materia soluzioni volte ad «accogliere nel modo più adeguato le istanze di affidamento nella continuità del rapporto e di sicurezza del suo equilibrato svolgimento che emergono con particolare forza nel commercio internazionale» (D. CORAPI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eu. e dir. priv.*, 2002, 35).

³² V., sul modello «relazionale», che rifiuta l'antica idea del contratto come scambio di promesse, I.R., MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 *Northwestern University Law Review* (1978), 854 ss.; S. MACAULAY, *An Empirical View of Contracts*, in *Wisconsin Law Review* (1985), 465 ss; E. MCKENDRICK, *The Regulation of Long-Term Contracts in English Law*, in J. BEATSON-D. FREDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 305 ss. Per la dottrina italiana, sotto molteplici prospettive di studio, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 967-968; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.; Id., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, 1026 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 235.

³³ V., sul punto, M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 54.

³⁴ V. le ponderate conclusioni di R.A. HILLMAN, *Court adjustment of long-term contracts: an analysis under modern contract law*, in *Duke Law Journal* (1987), 33: «court can, in some circumstances and often in modest ways, adjust the contract for the parties».

Unidroit³⁵ – penetra lo strumento della revisione e dell'adeguamento giudiziale del contratto, il diritto italiano resta fermo al codice civile del 1942. Il contenuto di disciplina generale (art. 1467 c.c.) non è indifferente al tempo protratto nel rapporto, che anzi assume a condizione della propria applicazione. La norma non ignora il principio di conservazione degli effetti contrattuali, che trova espressione sia nella nozione legislativa di alea normale del contratto (art. 1467, comma 2, c.c.) che nell'offerta di riduzione ad equità (art. 1467, comma 3, c.c.); ma non risponde all'esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se osservassimo il fenomeno della rinegoziazione con le lenti dell'art. 1467 c.c. si aprirebbe un'alternativa povera di soluzioni: o i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, deciderà sul come disporre dei suoi interessi. In altri termini, l'adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l'esercizio, libero e incondizionato, del potere di autonomia privata. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma manca la norma che si desidera che ci sia. In questo quadro, caratterizzato da una disciplina generale ed esaustiva, alla dottrina non resta che responsabilizzare le parti, obbligandole al dialogo in funzione della modifica del rapporto. Si interrogano così le inesauribili risorse della buona fede, e si fa dell'obbligo di rinegoziare la premessa giuridica della revisione giudiziale del contratto. Nasce l'idea, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, di applicare l'art. 2932 c.c.; così da aprire la via – per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice³⁶.

Tra i vari motivi di dissenso, e ragioni di perplessità³⁷, si possono qui

³⁵ V., ad esempio, sugli effetti del mutamento dello stato di fatto, come disciplinati nell'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit, e in alternativa alla risoluzione, D. CORAPI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, cit., 36.

³⁶ V., per questa soluzione, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 419-433; e, con riguardo all'usura sopravvenuta, A. RICCIO, *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, cit., 15.

³⁷ In proposito si rinvia alla mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e alla mia voce encyclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XV, Roma, 2007.

richiamare due ordini di questioni. Il primo – che riguarda anche l'obbligo di fonte convenzionale – investe un problema di carattere generale, comune ad altri ordinamenti giuridici, che coinvolge il rapporto tra il ruolo del giudice e l'autonomia privata. La difficoltà è concepire una pronuncia che tenga luogo dell'adempimento dell'obbligo di cooperare per l'adeguamento del contratto a fatti sopravvenuti. In assenza di criteri e parametri convenzionali, che riescano a esprimere e a definire misura e modi dell'intervento giudiziale, la pronuncia sull'inosservanza di un obbligo di ridurre, modificare, sostituire non si traduce nel ridurre, modificare, sostituire. Quando il giudice, in assenza di una norma sulla revisione del contratto, provvede ad adeguare il rapporto al mutarsi dello stato di fatto solleva in primo luogo una questione di politica del diritto, intesa a prospettare, nell'amministrazione della giustizia, una nuova disciplina del rischio; che risulti, ad esempio, più flessibile e rispondente alle esigenze del caso concreto, ad una più efficiente allocazione delle risorse, ad una nuova visione del diritto contrattuale. In altri termini, entra in gioco il ruolo e la responsabilità del giudice, che agirebbe come «a mixture of mediator and arbitrator»³⁸. Il secondo ordine di problemi – circoscritto alla tesi dell'obbligo legale di rinegoziare – gravita intorno alla relazione tra il potere di autonomia e l'esecuzione del rapporto, su cui agisce la buona fede. Sia che lo si concepisca come originario o come derivato, il potere di autonomia non è elemento del rapporto giuridico, ma ne costituisce il presupposto, la fonte e il titolo³⁹; e, in quanto tale, resta in sé estraneo all'azione della buona fede esecutiva. Il potere autonomo, sciolto dal legame con l'atto in cui non si consuma né si esaurisce, conserva un carattere pieno e incondizionato anche nell'attuazione del rapporto; soggiacendo, nel suo esercizio, ai soli limiti segnati dall'ambito di applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.

³⁸ S. MACAULAY, *The Real and the Paper Deal: Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, 2003, 91.

³⁹ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, (rist. inalt.) 1983, Milano, 181.

4. - (Segue): l'assenza di rimedi flessibili.

In questo quadro, in cui lo spazio per un obbligo legale di rinegoziare sembra essere precluso, è utile tornare a riflettere sulle comuni applicazioni del principio di buona fede. Dalla clausola generale discendono contegni dal contenuto specifico, atti che realizzano in sé elementi di contenuto del rapporto. L'azione in cui si lascia ridurre il comportarsi secondo buona fede è azione idonea a far conseguire un risultato utile. Non già un'azione che, pur esprimendo un impegno di cooperazione, rimanda – come accade nel rinegoziare – il conseguimento di tale risultato ad un momento successivo e solo eventuale; né un'attività in potenza che, dall'esito imponderabile, potrebbe chiudersi in se stessa.

Si diano tre ipotesi che, pur distinte tra loro, riescono ad esprimere il comune modo di operare del principio di buona fede: *a)* l'atto di tollerare che la prestazione sia eseguita in un luogo diverso da quello convenuto, senza che ciò implichи – per il creditore – un apprezzabile sacrificio⁴⁰; *b)* la modifica di clausole che si siano rivelate inattuabili, purché non comportino una modifica sostanziale del patto originario⁴¹; *c)* l'atto di consentire la riduzione degli interessi per le eccedenze rispetto al tasso soglia vigente al momento del pagamento. Si può cogliere, in queste applicazioni della buona fede, la distanza che corre dalle teorie dell'obbligo legale di rinegoziare. Si è in presenza di atti già idonei a realizzare l'altrui interesse; dove l'esercizio del potere autonomo non costituisce, per così dire, lo scopo dell'integrazione. Nel caso *sub c)*, proposto ed esaminato in queste pagine, ciò che si esige dal creditore non è l'esercizio in sé del potere di autonomia, ma un atto, dal contenuto specifico, i cui parametri sono pre-determinati con il rinvio al coefficiente di usura. Si affaccia – si po-

⁴⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 481. È il problema della «difettosità» dell'adempimento in relazione al luogo (art. 1182 c.c.) in cui deve essere eseguita la prestazione. Se, ad esempio, il compratore viene a conoscenza del diverso luogo in cui il venditore ha spedito la merce, il non provvedere al ritiro della merce è configurabile come comportamento non conforme al principio di buona fede, M. GIORGIANI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 1975, 86.

⁴¹ Si legge in una lontana sentenza di Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Foro it.*, 1954, e in *Obbl. e contr.*, n. 207, in massima, che il «creditore non è tenuto ad accettare qualsiasi sostituzione delle condizioni contrattuali rivelatesi inattuabili, ma solo quelle che non importino una modifica sostanziale del patto originario».

trebbe dire – l’altro lato della inesigibilità; che è il «tollerare» e il consentire la riduzione degli interessi nella misura segnata dal nuovo tasso soglia⁴². Qui si potrebbe discorrere di rinegoziazione solo in un senso economico e psicologico; per indicare il generico atteggiamento di cooperazione – implicito negli obblighi di buona fede – dove la disponibilità al dialogo e l’evento della modifica sono concepiti come momenti inscindibili di uno stesso fenomeno. Resta però il problema della tutela in forma specifica; di concepire, in caso di rifiuto del creditore, un intervento giudiziale idoneo al risultato modificativo. Di qui l’ipotesi, percorsa dalla dottrina, della illiceità sopravvenuta dell’oggetto della prestazione; e della soluzione – avanzata in questa posizione – di applicare gli artt. 1258 e 1464 c.c.⁴³. Ciò sul presupposto della lettura dell’art. 1, 1° comma, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 che si apre con «ai fini dell’applicazione» dell’art. 644 c.p. e dell’art. 1815 c.c.; e che, sul piano logico e letterale, non precluderebbe la possibile rilevanza, «ad altri fini», di eccedenze del saggio di interesse pattuito rispetto al tasso soglia vigente al momento della «maturazione» dell’obbligo di pagamento⁴⁴.

Ma ragionando in termini di obblighi di buona fede, e di comportamento del creditore nell’esigere e nell’attuare, nel tollerare e nel consentire, si è visto come manchi una corrispondenza tra tali doveri e i poteri di intervento del giudice. Si schiude così, in linea generale, la disciplina – oltre che del risarcimento del danno (che nel caso potrà obbedire ad una logica restitutoria) – della risoluzione per inadempimento (che darebbe però, sul piano empirico, scarsi risultati) e della condanna all’adempimento di un obbligo di fare infungibile (con eventuale richiesta di fissare, ai sensi dell’art. 614-bis c.p.c., la somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento). Si avvertirà come la povertà o l’indigenza, nella materia, del nostro dato positivo – rispetto ad altri ordinamenti – si traduce, a ben

⁴² Di «antigiuridicità» della pretesa, connessa al rifiuto «di portare i tassi concordati al di sotto della soglia di usurarietà» discorre la decisione, già richiamata, dell’Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di coordinamento, n. 77/14 del 10 gennaio 2014.

⁴³ G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., 135 ss.

⁴⁴ G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., 84.

vedere, in assenza di strumenti flessibili di tutela⁴⁵. Ma in un ordinamento costruito sul primato della legge, che sovrasta il ruolo del giudice, il diritto è destinato a nascondere sempre un problema di misura; che si fa ancora più insidioso e sfuggente nelle specificazioni delle clausole generali⁴⁶.

⁴⁵ Aperture in tal senso, che tuttavia stridonano con i rilievi svolti in questi paragrafi (§ 3 e § 4), si registrano nella giurisprudenza di merito: Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, 571 ss., con commento di F.P. PATTI; Trib. Bari, 32 luglio 2012 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117, con commento di F.P. PATTI.

⁴⁶ Il fatto, poi, che le parti siano indotte a rinegoziare ora per opportunità ora per convenienza, o in ragione del consolidarsi di indirizzi giurisprudenziali sempre più inclini alle iniziative e agli interventi del giudice sul contenuto del contratto, lascia impregiudicata la portata di quel primato.