

L'ANATOCISMO BANCARIO E LA BILANCIA DEI BALEK

Alessandro Palmieri - Roberto Pardolesi

1 - Mettiamo subito una cosa in chiaro: nel chiosare la pronuncia delle sezioni unite, ci accingiamo a parlare del passato, ancorché di un passato prossimo, le cui pendenze sono tuttora in via di sistemazione, come si evince dall'ampio risalto accordato dai *media* alla pubblicazione della sentenza.

Oggi, infatti, quando le banche (e gli intermediari finanziari) praticano l'anatocismo «nelle operazioni di raccolta del credito e di esercizio del risparmio», lo fanno legittimamente sotto l'egida di una fonte scritta di rango secondario, debitamente autorizzata dal legislatore ad andare oltre i confini che restano invalicabili per gli ordinari creditori di una prestazione pecuniaria fruttifera. E nel nuovo corso, inaugurato il 22 aprile 2000, sono definitivamente messe al bando le distorsioni che inficiavano in maniera più vistosa i rapporti con la clientela.

Risulta ormai inconcepibile ogni velleità di inserzione automatica delle clausole aventi per effetto la produzione di interessi sugli interessi scaduti. Alla base della capitalizzazione non può mancare un'apposita previsione contrattuale, che oltretutto dev'essere specificamente approvata per iscritto a pena di inefficacia, alla stregua delle condizioni onerose contemplate dall'art. 1341, cpv., c.c. Sono prescritte misure minime di trasparenza: i documenti negoziali devono precisare la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato; inoltre, nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infrannuale va indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. E' esplicitamente vietato l'anatocismo nella fase successiva alla chiusura del conto corrente, nonché nelle operazioni di finanziamento con piano di rimborso rateale, con riferimento agli

interessi maturati sulle singole rate insolute ovvero sull'importo complessivamente dovuto in caso di risoluzione del contratto.

Soprattutto, in ossequio all'unica direttiva impartita direttamente dal legislatore all'autorità amministrativa incaricata della normazione (il Cicer), non c'è più spazio per una diversa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori, che nel trascorso regime contribuiva ad incrementare l'opacità ed induceva squilibri endemici tra le parti.

2 - Se quella testé descritta è la situazione che caratterizza gli attuali contratti, nelle aule di giustizia ci si continua inevitabilmente a confrontare con un diverso scenario, in cui mancava il conforto di una norma scritta. Ferma restando l'incombente presenza dell'art. 1283 c.c., quanti intendevano profittare di una deroga non potevano far altro che invocare la sussistenza di usi contrari, del resto fatti espressamente salvi dalla disposizione codicistica. E' quello che per un periodo non trascurabile era avvenuto nel campo delle operazioni bancarie, con la giurisprudenza ferma (o quasi) nel ravvisare una vera e propria consuetudine, che salvaguardava le clausole di capitalizzazione dalla sanzione dell'invalidità per contrasto con una norma imperativa.

Fino a che --in apparenza *ex abrupto*, ma evidentemente dopo aver metabolizzato i fermenti inoculati qualche tempo addietro nel sistema-- la Cassazione cambia idea. E' la fatidica «primavera del 1999», che segna l'abbandono della teoria dell'uso normativo, mai più ripresa negli anni successivi in sede di legittimità. La vecchia intelaiatura è stata smantellata di colpo e in sua vece se ne è, con altrettanta rapidità, edificata un'altra. Sì che, tecnicamente, non si può parlare di contrasto giurisprudenziale, quanto piuttosto di avvicendamento tra indirizzi opposti o, se si preferisce, di *overruling*, poi sempre seguito dalle decisioni posteriori.

In effetti, le sezioni unite --pur autorevolmente evocate in concomitanza con il *revirement*¹-- non intervengono in veste di arbitro di un (inesistente) conflitto, bensì per decidere su una questione di massima, di particolare importanza. Questione che, a ben vedere, è formulata in termini che non rinnegano *in toto* la svolta del 1999, ma anzi la presuppongono. L'autorevole consenso è infatti, sollecitato dal ricorrente «a stabilire se --incontestata la non attualità di un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario-- sia o non esatto escludere anche che un siffatto uso preesistesse al nuovo orientamento giurisprudenziale [...] che lo ha negato, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con la precedente giurisprudenza».

In altri termini, è in gioco il valore retroattivo delle pronunce innovative. Con la peculiarità che, ove si negasse tale valore, l'effetto più dirompente della svolta --quello che mette capo alla perdita di efficacia delle clausole anatocistiche, aprendo così le porte all'eventuale ripetizione dell'indebito-- sarebbe stato circoscritto ad un arco temporale di un anno o giù di lì. L'operato delle banche rimarrebbe, sotto questo profilo, incontestabile fino al marzo 1999 e naturalmente, fin tanto che esse rimangono nel solco della deliberazione del Cicer, anche dopo il 22 aprile 2000.

Per la verità, una strada idonea risolvere alla radice questo problema era stata individuata dal legislatore nel mentre si accingeva a regolamentare l'anatocismo bancario. La disciplina transitoria operava una scelta di campo in favore della conservazione dello *status quo ante*, disponendo che le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati prima del giorno di entrata in vigore della menzionata delibera, dovessero considerarsi valide ed efficaci fino a tale data. Con il che veniva di fatto azzerato l'impatto del mutamento di indirizzo, senza disconoscergli il ruolo giocato come fattore di stimolo per la rivoluzione epocale portata a termine dal legislatore.

Com'è noto a chi ha seguito da presso le vicende dell'ultimo tribolato quinquennio, tale soluzione è stata spazzata via dalla declaratoria di illegittimità

¹ Cfr. G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della cassazione?*, in *Contratti*,

costituzionale, originata sì da un vizio formale (la norma, contenuta in un decreto legislativo, esorbitava dalla delega conferita dal parlamento), che involgeva però profili di sostanza [la continuità logica con la delega sarebbe, infatti, venuta meno perché «il legislatore delegato, da un lato sancisce (*pro praeterito*), per qualsiasi tipo di vizio, una generale sanatoria delle clausole anatocistiche illegittime contenute nei contratti bancari anteriori al 19 ottobre 1999, con effetti temporalmente limitati sino al 22 aprile 2000 (data di entrata in vigore della delibera del Cibr); dall'altro attribuisce (*pro futuro*), sia pure nell'identico limite temporale, la stessa indiscriminata «validità ed efficacia» alle clausole poste in essere nel periodo tra il 19 ottobre 1999 ed il 21 aprile 2000»].

3 - Divenuta impraticabile la via d'uscita suggerita dal legislatore (da cui, peraltro, sono stati desunti argomenti *a contrario* per sostenere l'estensione al passato della degradazione giurisprudenziale dell'uso, da normativo a negoziale), della risoluzione del problema si è fatta carico la Cassazione.

Già in diverse decisioni a sezioni semplici, il Supremo collegio, invocando «i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo», si era espresso nel senso che le clausole precedenti alla delibera del Cibr, «restano disciplinate [...] dalla normativa anteriormente in vigore, alla stregua della quale esse [...] sono da considerare nulle perché stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c.»². Si effettuava, dunque, in poche battute una rivisitazione del passato con le lenti dell'oggi, come se l'uso normativo fosse stato un incidente della storia, da archiviare in fretta.

Le sezioni unite, di fronte a un interrogativo preciso come quello innanzi ricordato, non possono sottrarsi ad una riflessione più meditata. Il responso è inequivocabilmente nel segno della «valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche».

1999, 437, 442.

² Il passo è tratto da Cass. 18 settembre 13739, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratti bancari*, n. 80; in senso analogo, v. Cass. 20 agosto 2003, n. 12222, *id.*, 2004, I, 110; 6 dicembre 2002, n. 17338, *id.* Rep. 2002, voce cit., n. 81; 28 marzo 2002, n. 4490, *ibid.* n. 80.

L'*iter* che ha condotto a siffatta conclusione merita approvazione per la parte in cui sancisce l'irreversibile declino di qualsiasi tentativo di fondare una norma consuetudinaria in materia contrattuale sulla base della ripetuta inserzione nei testi negoziali di «clausole non negoziate e non negoziabili». L'odierna pronuncia fa il paio con quanto affermato nella decisione che ha negato l'esistenza di un uso contrario idoneo ad abilitare la banca mutuante a pretendere gli interessi sulle rate rimaste insolute alla rispettiva scadenza, laddove tali rate comprendano, oltre ad una quota di capitale, anche una quota d'interessi³; ivi si legge, infatti, che, se i comportamenti in parola costituiscono il frutto di imposizione unilaterale, determinata ad esempio da situazioni di monopolio o altre situazioni di predominio contrattuale, mancherebbe quel consenso minimo necessario per la nascita dell'uso normativo.

C'è, però, un passaggio dell'odierna sentenza che desta qualche perplessità. Quello in cui la corte replica ai “pur suggestivi” argomenti dell'istituto ricorrente (uno per tutti: desuetudine della consuetudine, qui siamo al vero virtuosismo...); in particolare, all'obiezione a tenore della quale «la stessa precedente giurisprudenza [...] per un ventennio aveva reiteratamente ritenuto, ove pur erroneamente, l'esistenza di un uso normativo di capitalizzazione degli interessi bancari». L'insoddisfazione non deriva tanto dal richiamo *ad colorandum*, nella risposta delle Sezioni unite, allo sparuto gruppo di «solo dieci tralaticie pronunzie nell'arco di un ventennio», che avrebbe dato vita all'orientamento superato: sebbene forse si trascuri che il numero ridotto –ma può davvero considerarsi tale una linea giurisprudenziale in dieci tappe? quando si parlerà, allora, di indirizzo consolidato? – potrebbe essere, a tacer d'altro, indice di buon senso della classe forense, consapevole della difficoltà di contrastare una tesi metabolizzata al punto da essere rieditata meccanicamente (e, tutto sommato, stancamente, per la sola consolazione del *repetita iuvant*). L'aspetto che colpisce, piuttosto, è l'auto-svalutazione, da parte dell'organo al vertice della piramide giudiziaria, del ruolo di (co)artefice nella creazione delle regole effettivamente fruite dai consociati. Si è a lungo –e, si credeva,

³ Cass. 20 febbraio 2003, n. 2593, *Foro it.*, 2003, I, 1774.

con ragione pragmatica-- parlato di diritto 'positivo' giurisprudenziale, alludendo al 'farsi' delle norme nella loro applicazione pratica là dove conta, ossia nelle aule giudiziarie. E si è rivendicato, neppure tra le righe, il ruolo 'creativo' del giudice nel dare vita sostanziale alle regole giuridiche. Calato nel contesto delle consuetudini, quest'approccio implicava, piaccia o no, che l'avallo all'esistenza di un uso normativo, quale quello invocato dagli istituti di credito, dovesse venire proprio dalla giurisprudenza; e così è stato, per almeno un paio di decenni, con l'ovvio risultato di delineare il diritto *quo usi sumus*. Vero che la normatività dell'uso deriva dalla concorrenza della "ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento" e della convinzione della sua obbligatorietà. Ma, di grazia, da dove il *quisque de populo* avrebbe dovuto derivare tale convinzione, se non dal granitico atteggiamento di una giurisprudenza che si pronunziava, appunto, univocamente in tal senso? Sennonché, ci viene oggi spiegato con un'involontaria enfasi abdicativa (esaltata dal candore confessorio con cui si sottolinea che il *revirement* è conseguito alla "ribellione del cliente"), il giudice ha una funzione soltanto ricognitiva: non crea diritto, ma si limita, sempre e comunque, ad accertare l'esistenza della regola, sì che, nel nostro caso, non può essere il suo suggello a chiudere il cerchio, fondando (o consolidando) l'*opinio iuris*. Ovvio, allora, che, una volta individuato l'errore nel processo di accertamento, lo si rimuoverà, anche per il passato: senza problemi, perché non si muta il diritto, ma si corregge una svista intervenuta nel suo apprendimento. Un po' come voleva la mistica blackstoniana della teoria dichiarativa del precedente in *common law*: la regola ha da esser sempre la stessa, poco importa se in passato le cose sono andate diversamente, basterà fingere che nulla sia accaduto, rinacciando le smagliature, dove possibile (quasi mai...), e sopendo i disagi. Ecco, dunque, spianata la strada alla retroattività del precetto, magari con i limiti della cosa giudicata. E con l'ulteriore complicazione dell'argine imposto dai termini prescrizionali, dato che l'uso normativo non è stato rinnegato, ma non è mai esistito, sì che in nessun caso ci si sarebbe dovuti rassegnare alla tetragona monoliticità della

giurisprudenza, soltanto ricognitiva e per di più erronea, allora imperante (quanto basta a mettere fuori causa qualsivoglia velleità di recupero ex art. 2935 c.c.).

Non poche perplessità, dunque, cui si raccorda un'accigliata riflessione sulla responsabilità, sia pure soltanto morale, di un ceto magistratuale che ha accordato il crisma dell'autorità ad un diritto che non c'era. Oggi, infatti, si dichiara di voler porre rimedio ad una "non più tollerabile sperequazione", epperò tollerata, anzi, benedetta per un opaco ventennio (consoliamoci con Heinrich Böll: la bilancia, truccata, dei Balek funzionava da molto più tempo, come espressione di una legge semplicemente "antica" e "naturale"). Ma sul campo, di là dalla soddisfazione per la caduta di un'imposizione contrattuale illegittima, oltre tutto in odore di cartello, e per l'elisione (almeno in parte) dei suoi effetti, resta una vittima, mica da poco: la certezza del diritto.

ALESSANDRO PALMIERI- ROBERTO PARDOLESI