

**Novembre 2015**

**Il nuovo art. 120 TUB e la proposta delibera CICR della Banca d'Italia**

*G. Massimiliano Danusso*

Considerata l'imprecisione della normativa delegante e i numerosi dubbi interpretativi che tutti gli autori chiamati ad esaminare la norma hanno espresso, a me non pare sorprendente che il testo proposto dal CICR di attuazione del nuovo articolo 120 TUB sia oggetto di valutazioni ambivalenti e fonte di numerose perplessità. A mio giudizio il testo, pur con alcuni profili di criticità che segnalerò più oltre, offre alcuni spunti innovativi e alcune soluzioni di un certo interesse.

Il punto da cui mi sembra necessario partire è che il divieto di anatocismo posto dall'articolo 1283 c.c. è certamente norma imperativa ma non di rango gerarchico più elevato di qualunque altra norma ordinaria. Ne deriva che a mio giudizio non si pone un problema di supremazia dell'art. 183 rispetto al nuovo articolo del TUB, ma piuttosto un rapporto di specialità. Il 120 del TUB mira a regolare, in maniera del tutto autonoma rispetto al 1283, la produzione di interessi nei contratti bancari. In questa prospettiva a mio giudizio la delega che la norma opera a favore del CICR è piuttosto ampia fatto salvo il limite posto dalla norma primaria del divieto assoluto (e in questo senso più ampio del 1283 c.c.) di anatocismo per i contratti bancari. Partendo da questa impostazione è a mio giudizio più agevole dedurne le conseguenze interpretative sulle norme proposte dal CICR e raggiungere conclusioni più positive circa il loro contenuto. Mi pare significativo al riguardo che la recente ordinanza del Tribunale di Roma (n. 28717/15 del 20/10/2015) fornisca una prima valutazione della bozza proposta dal CICR che appare in linea con questa chiave interpretativa e, all'apparenza, non muova immediate censure al contenuto delle norme proposte (sebbene certamente l'oggetto dell'ordinanza prescinde nel merito dalla bozza del CICR e la analizza sostanzialmente in un *obiter dictum*).

Mi pare anzitutto corretto l'approccio assunto dal CICR in tema di ambito di applicazione delle nuove regole limitando ai soli interessi corrispettivi e compensativi le previsioni in esame. Estendere agli interessi moratori la disciplina del 120 TUB mi sarebbe sembrato per un verso un profilo eccedente la delega ricevuta, poiché non vi erano indicazioni circa un'intenzione del legislatore di intervenire anche sulla disciplina degli interessi di mora in deroga alle previsioni del codice civile. Per altro verso, effettivamente ove fosse stata esclusa la disciplina della mora si sarebbe

irragionevolmente esclusa la meritevolezza di una tutela risarcitoria a favore degli istituti di credito con previsione particolarmente penalizzante. Peraltro, correttamente il CICR evidenzia come l'esclusione dell'applicabilità delle norme sulla mora avrebbe potenzialmente potuto danneggiare anche la clientela poiché gli istituti di credito non avrebbero avuto altra alternativa in caso di inadempienza che procedere alla chiusura del rapporto.

Mi pare poi corretta la previsione dell'articolo 3 che esclude *tout court* la possibilità di anatocismo. A riguardo, mi sembra che la lettura migliore anche alla luce della relazione al testo sia quella di interpretare l'articolo 3 nel senso di escludere completamente l'applicazione del 1283 anche per le ipotesi in cui il 1283 consentiva l'applicazione degli interessi sugli interessi. Ci si può domandare se sia corretto sottoporre il credito bancario a un trattamento peggiore di quello previsto per i normali rapporti di debito/credito in relazione alle obbligazioni pecuniarie. 2 Questa tuttavia sembra effettivamente la scelta del legislatore e correttamente dunque il CICR si è adeguato a tale indirizzo.

Il comma 4 dell'articolo 2 offre naturalmente un maggior spazio al dibattito diretto a verificare se tramite questa previsione, combinata con il comma 4 dell'art. 4, si sia di fatto aggirato il divieto di anatocismo mediante il criterio dell'imputazione. A me però non sembra che sia questo il caso, posto che il criterio di imputazione di cui al 1194 è comunque soggetto alla volontà delle parti e non c'è nulla nella previsione in parola che alteri questo principio generale. Sicuramente la giurisprudenza ha correttamente distinto tra rimesse in conto corrente dirette alla ricostituzione della disponibilità e rimesse di natura solutoria, ma non mi pare che questa giurisprudenza abbia inteso sovrapporsi alla volontà delle parti limitandola. Mi sembra al contrario che proprio questo orientamento sensibile all'effettiva intenzione del debitore che effettua la rimessa in conto corrente confermi la necessaria attenzione che deve essere data alla volontà negoziale delle parti. Ne deriva che il sistema prescelto dal CICR di lasciare ai contraenti la possibilità di stabilire le modalità di pagamento degli interessi scaduti mi sembra coerente con i principi generali del sistema. Diverso è il tema circa la forma con cui tale autonomia negoziale si realizzerà in concreto e altresì le modalità con cui si dovrà verificare che le parti abbiano effettivamente compreso i termini contrattuali. È chiaro che si dovrà verificare in pratica se la banca abbia effettivamente adempiuto agli oneri informativi specifici che le graveranno in questo settore e abbia concretamente esplicitato al cliente le varie possibili alternative circa l'addebito o meno degli interessi scaduti e le modalità con cui questo addebito debba realizzarsi. Mi sembra infatti che sia un po' questo il profilo centrale; la delibera CICR sembra propendere per un sistema in cui il profilo negoziale prevale su quello prescrittivo e l'enfasi con cui il comma 4 dell'art. 4 si focalizza sul ruolo del cliente ("il cliente può autorizzare ...") sembra proprio rimarcare la necessità di un consenso consapevole e informato, consenso consapevole e informato che mi pare poi uno dei cardini della nuova giurisprudenza in materia di contratti finanziari e oneri informativi che si spinge fino a identificare in tali oneri informativi

addirittura un elemento capace di incidere sulla causa del contratto (si veda la giurisprudenza della Corte d'Appello di Milano in materia di contratti derivati).

Di conseguenza, la circostanza che le rimesse in conto corrente possano essere utilizzate dalla banca, ma con l'espressa autorizzazione del cliente al pagamento degli interessi divenuti esigibili o che il cliente possa autorizzare l'addebito degli interessi sul conto, (e che dunque da tale utilizzo derivi un computo ulteriore di interessi sulla somma anticipata da considerarsi capitale) non mi appare in contrasto, né con il divieto di anatocismo, né con la giurisprudenza richiamata in termini di finalità solutorie o ricostitutive di disponibilità delle rimesse in conto corrente, nella misura in cui il nuovo regime sia condizionato all'effettiva e consapevole scelta del cliente. Del resto, a mio giudizio le norme di carattere proibitivo (quelle cioè che inseriscono un divieto) vanno interpretate in maniera restrittiva e non estensiva, proprio perché derogano al principio generale dell'autonomia negoziale. La norma che limita l'anatocismo (senza peraltro prevedere un vero e proprio divieto tout court) va dunque interpretata nel senso di impedire che contrattualmente si possa prevedere che gli interessi scaduti producano interessi, ma non nel senso di limitare il diverso assetto di interessi che le parti nell'ambito dell'esercizio della propria autonomia ritengano di voler fissare. Al riguardo, mi sembrerebbe però necessario che venisse chiarito meglio il modo con cui il cliente possa autorizzare l'addebito. Viene da domandarsi se sia necessaria un'autorizzazione esplicita (come credo) o implicita, se tale autorizzazione possa essere data una tantum o invece ripetuta ad ogni scadenza, se possa essere preventiva o meno.

Sul tema della qualificazione pattizia delle rimesse, o degli addebiti da altro conto, mi sembra che si possano fare due ulteriori valutazioni. La prima è che la tesi che ritiene tali norme come una forma surrettizia di anatocismo porti a conclusioni paradossali poiché determinerebbe l'invalidità dell'accordo negoziale di cui si discute, ma certamente non potrebbe impedire che il 3 cliente utilizzi altro conto per saldare il debito da interessi e che l'utilizzo di tale altro conto possa ben generare degli interessi passivi a carico del cliente, con il che due fattispecie sostanzialmente identiche verrebbero trattate in modo differente. In secondo luogo, mi sembra correttissima l'osservazione (svolta dal Prof. Astone) secondo cui la qualificazione dell'atto giuridico solutorio spetta al giudice e non alle parti, ma nel caso che ci occupa non mi pare venga in gioco la qualificazione della natura del debito (se di interessi o di capitale) ma piuttosto la imputazione all'uno o all'altro del pagamento effettuato. È ben vero che il comma 4 qualifica come capitale la somma addebitata, ma è altrettanto vero che tale qualificazione appare in fin dei conti irrilevante, posto che una volta divenuti scaduti ed esigibili gli interessi ed effettuato il pagamento tramite disponibilità del cliente (da qualunque esse provengano) è poi naturale che tali addebiti se determinino un saldo passivo producano interessi da fido o finanziamento. In ogni caso, come già rilevato, mi pare che l'intero tema ruoti sulle modalità con cui il cliente e la banca concordano i futuri pagamenti e sul livello di trasparenza ed informativa che le banche dovranno adottare nei confronti della clientela, come già rilevato nel precedente paragrafo.

Paradossalmente più complessa e problematica mi pare invece la questione della data di decorrenza del termine di esigibilità degli interessi. La circostanza che il comma 4 dell'art. 4 preveda che tale data corrisponda alla data di ricevimento da parte del cliente dell'estratto conto introduce un elemento di assoluta incertezza e di possibile conflittualità. È vero che la norma consente una deroga se più favorevole per il cliente, ma non mi pare che tale deroga sia utilizzabile in pratica, posta in ogni caso l'incertezza del termine a quo. Tale circostanza mi porta a pensare che le modalità di comunicazione dell'estratto conto al cliente da parte delle banche subiranno modifiche sotto un profilo pratico per ovviare a tale problematica.

Mi sembrano invece corrette le previsioni dell'articolo 5 in materia di contratti in essere. Si chiarisce infatti che anche per i contratti stipulati prima dell'introduzione del nuovo regime sia necessario l'adeguamento e che le vecchie clausole contrattuali non potranno più trovare applicazione. Tale impostazione mi sembra corretta e conforme allo spirito della norma, ma mi sembra anche particolarmente opportuno che essa sia stata esplicitata onde evitare le perplessità di applicazione che avevo segnalato in un precedente commento alla legge. Resta indubbiamente teoricamente aperta (ma definita da una giurisprudenza quasi unanime) la questione del periodo compreso fra l'emanazione della nuova norma del TUB e l'entrata in vigore del nuovo regolamento del CICR.

In conclusione, mi pare che il testo proposto dal CICR, pur nelle innumerevoli difficoltà derivanti dalla cripticità della norma delegante, abbia quantomeno il pregio, se non di fornire soluzioni di indicare una via praticabile, quanto meno per il futuro, per la modulazione concreta degli interessi contrapposti, che in questa materia sono ovviamente particolarmente sensibili. Mi pare che il ruolo centrale, come già sottolineato, sia quello delle modalità del consenso e dell'informativa, più che l'inseguimento di un'applicazione rigida di un divieto che secondo alcuni dovrebbe colpire qualunque pratica che possa anche indirettamente assomigliare ad una pratica anatocistica. Del resto, a mio giudizio, dobbiamo comprendere che il nostro sistema è inserito in un contesto internazionale più ampio rispetto al quale sarebbe nocivo discostarsi, con il rischio di mettere i nostri istituti finanziari in condizione di non competitività in termini di prezzi e servizi. È ovvio infatti che limitazioni più penetranti circa le modalità di addebito degli interessi non potrebbero che tradursi in maggiori oneri per il cliente e dunque una minore competitività delle nostre banche rispetto ai concorrenti esteri.

Un'ulteriore osservazione conclusiva riguarda la scarsa attenzione che il testo del CICR riserva ai contratti di mutuo. È comprensibile che la norma si focalizzi sui rapporti di conto corrente dove maggiore è la sensibilità delle parti e i profili di conflittualità. Tuttavia mi sembra che una minore laconicità circa la disciplina applicabile ai mutui avrebbe aiutato maggiormente gli operatori a redigere le nuove clausole contrattuali.