

# LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

a cura di  
Guido Alpa e Paolo Zatti

In questo numero segnaliamo:

## parte prima

**Interessi anatocistici e contratti bancari**

(Cass., sez. un., n. 21095/2004)

(Trib. S. Maria Capua Vetere, 7.1.2005)

(Trib. Trani, 9.12.2004)

**Regolamento di giurisdizione e tutela del contraddittorio**

(Cass., sez. un., n. 22990/2004)

**Correzione di errori materiali e impugnazioni**

(Corte cost., n. 335/2004)

## parte seconda

**Allegazioni e prove nel processo del lavoro**

**Separazione di patrimoni**

**Pegno rotativo**

- CASS. CIV., sez. un., 4.11.2004, n. 21095  
Conferma App. Cagliari, 15.1.2001

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE - INTERESSI - CLAUSOLA DI CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE - CLAUSOLE ANATOCISTICHE - NULLITÀ (cod. civ., artt. 1283, 1852; cod. civ., disp. prel., art. 8; d. legis. 1°9.1993, n. 385, art. 120)

**In tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi di conto corrente bancario passivi per il cliente, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 Cost., l'art. 25, comma 3°, d. legis. n. 342 del 1999, il quale aveva fatto salva la validità e l'efficacia – fino all'entrata in vigore della delibera Cicr di cui al comma 2° del medesimo art. 25 – delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, siffatte clausole, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo sono disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, sono da considerare nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 cod. civ., perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico (*opinio iuris ac necessitatis*); infatti, va escluso che detto requisito sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di Cassazione che, a partire dal 1999, modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole in esame, perché non fondate su di un uso normativo, dato che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza del contenuto della regola, non già creativa della stessa, e, conseguentemente, in presenza di una ricognizione, anche reiterata**

**nel tempo, rivelatasi poi inesatta nel ritenere l'esistenza, la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva, poiché, diversamente, si determinerebbe la consolidazione medio tempore di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata.**

dal testo:

**Il fatto.** Il Credito Italiano S.P.A. ha impugnato per cassazione la sentenza in data 15 gennaio 2001, con la quale la Corte di appello di Cagliari, in riforma della pronuncia di primo grado, ha accolto la opposizione proposta da Franco e Carlino Stefana avverso il decreto ingiuntivo su sua istanza emesso nei confronti dei due predetti intimati, quali fideiussori della F.A.S. s.p.a., per l'importo complessivo di £ 1.097.415.300 (ed accessori), corrispondente al saldo passivo finale del conto corrente sul quale sarebbero state effettuate plurime erogazioni di credito in favore della società garantita.

Con le quattro complesse serie di motivi, di cui si compone l'odierno ricorso – la cui ammissibilità e fondatezza è contestata dagli intimati con separati controricorsi – il Credito italiano critica in sostanza la Corte di merito per avere, a suo avviso, errato:

a) nel rilevare di ufficio profili di nullità del contratto da cui trae origine il debito garantito dagli attuali resistenti;

b) nell'escluderne, in particolare, la validità in relazione alla clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, anche per il periodo anteriore alle note pronunzie della primavera del 1999 (nn. 2374 del 16 marzo, n. 3096 del 30 marzo e successive conformi) che, in contrasto con la precedente giurisprudenza, hanno escluso la rispondenza di clausole siffatte ad un "uso normativo" ai sensi dell'art. 1283 c.c.;

c) nel ritenere, inoltre, non operative le garanzie prestate dagli Stefana per il periodo successivo alla data (9 luglio 1992) di entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, che ha prescritto la fissazione di un tetto massimo per la validità delle fideiussioni omnibus;

d) nell'escludere, infine, la debenza dell'inte-

ro credito, azionato con il decreto opposto, per ritenuta (a torto) carenza di documentazione, imputabile all'istituto, che consentisse di scorporare dall'importo preteso in via monitoria quello riferibile a periodo di operatività della fideiussione e detrarre, dallo stesso, le voci relative alla capitalizzazione periodica degli interessi.

Su istanza della parte ricorrente, il Primo Presidente ha assegnato la causa alle Sezioni Unite, ravvisando, in quella sub b), questione di massima di particolare importanza.

**I motivi.** 1. La questione di massima, in ragione della cui particolare importanza gli atti della presente causa sono stati rimessi a queste Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, cpv., cod. proc. civ. si risolve nello 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 (Cass. 1999 n. 2374 e successive conformi) che lo ha negato, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con la precedente giurisprudenza.

2. È, per altro, preliminare all'esame della riferita questione, quello delle eccezioni pregiudiziali – sollevate, rispettivamente, da Franco e da Carlino Stefana – di inammissibilità del ricorso “per difetto di specialità della procura alle liti” e “per intervenuto giudicato formale sulla sentenza parziale resa dalla Corte di Cagliari” nel corso del giudizio a quo.

2/1. La prima eccezione – con cui il difetto di specialità, per “assenza di riferimento al giudizio per cassazione e alla sentenza impugnanda”, è (impropriamente), in particolare, riferito, non già alla procura rilasciata al difensore (che tali riferimenti puntualmente, invece, contiene), ma all'atto fonte dei poteri del soggetto che detta procura ha conferito – è infondata.

Si deduce, infatti, in sostanza, dal resistente che la procura speciale non sia nella specie riferibile – come *ex art.* 365 c.p.c. viceversa dovrebbe – alla parte od a chi ha il potere di rappresentarla, in quanto sottoscritta “da un dirigente e non dal legale rappresentante del Credito Italiano ricorrente”.

E tale rilievo non coglie nel segno, dacché il dirigente dell'ente – contrariamente all'avverso

assunto – ha conferito il mandato alla odierna impugnazione nella veste appunto di “legale rappresentante” del Credito italiano, così (correttamente) spesa sulla base dello Statuto dell'ente che, all'art. 29, testualmente prevede che «la rappresentanza anche [e quindi: non solo] processuale della società spetta disgiuntamente al Presidente, ai Vice Presidenti ... nonché ai dirigenti ... con facoltà di designare mandatari speciali per il compimento di determinate operazioni e di nominare avvocati munendoli degli opportuni poteri”.

2/2. Del pari destituita di fondamento è anche l'ulteriore eccezione di “giudicato formale interno”, che tale vis preclusiva pretende, con evidente forzatura, di conferire all'ordinanza (del 31 maggio 1999), con la quale la Corte di merito – in via istruttoria e strumentale alla decisione, non certo decisoria – si è limitata invece a nominare un C.T.U. per l'espletamento di una perizia contabile, volta ad accertare, sulla base degli atti, le singole voci (tra cui quella relativa alla capitalizzazione degli interessi) da cui risultava il complessivo importo per cui la Banca aveva agito in via monitoria.

3. Precede ancora, a questo punto, l'esame del primo motivo del ricorso, con il quale si denunzia la violazione degli artt. 112, 101, 345 cod. proc. civ., in relazione all'art. 1421 cod. civ., in cui si assume essere incorsa la Corte di appello nel rilevare di ufficio la nullità della clausola anatocistica. Atteso che, con tal mezzo, si introduce un tema di indagine logicamente preliminare, e virtualmente assorbente, rispetto a quello sostanziale sulla validità o meno della clausola stessa nel periodo che qui viene in rilievo.

Il vizio in procedendo, così prospettato, ad avviso di questo Collegio, però, non sussiste.

La nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi (tardivamente dedotta dalle parti solo in comparsa conclusionale), effettivamente è stata, infatti, rilevata “di ufficio” nella fase di gravame. Ma ciò la Corte di Cagliari ha fatto in corretta applicazione del principio per cui la nullità, in tutto o in parte, del contratto posto a base della domanda può essere rilevata, appunto, di ufficio, anche per la prima volta in appello (cfr. Cass. n. 2772/98).

È pur vero, per altro, che il potere che il citato art. 1421 conferisce in tal senso al giudice

(in ragione della tutela di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico) va coordinato con il principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., e che le esigenze a tali principi sottese – rispettivamente di verifica delle condizioni di fondatezza della azione e di immodificabilità della domanda – possono trovarsi tra loro in contrasto ove, in particolare, alla pretesa di una parte relativa ad un credito *ex contractu* si contrapponga l'eccezione di nullità, dell'altra, che il giudice ritenga (come nella specie) di integrare con il rilievo di aspetti della patologia del negozio che la parte, interessata alla improduttività dei correlativi effetti, non abbia colto (o non abbia tempestivamente comunque dedotto).

Ma un tale contrasto si risolve sulla base della considerazione che, se da un lato, il potere-dovere decisionale del giudice, in relazione alla domanda proposta, si estende agli aspetti della inesistenza o della nullità del contratto dedotto dall'attore, la deduzione in tal senso del convenuto non può costituire, od essere considerata, domanda giudiziale, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice sul punto, che già esiste.

Sia impostata quella deduzione come eccezione, come domanda riconvenzionale per la declaratoria di nullità, o come motivo di gravame, si tratta pur sempre di mera difesa, attenendo all'inesistenza, per mancato perfezionamento o per nullità, del fatto giuridico, il contratto, dedotto dall'attore a fondamento della domanda, che dunque non condiziona l'esercizio del potere officioso di rilievo della nullità fondata su aspetti distinti di patologia negoziale (Cass. 22.10.1984, n. 5341).

Nella specie deve farsi riferimento alla domanda iniziale, proposta in via monitoria dal Credito italiano la quale, se pur rivolta nei confronti dei fideiussori, ha comunque ad oggetto il pagamento del saldo del contratto di conto corrente, stipulato dal debitore principale. Per cui, appunto, non vale a paralizzare la rilevabilità, da parte del giudice, di aspetti di nullità di quel contratto il fatto che gli intimati (aventi veste sostanziale di convenuti nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo) abbiano focalizzato, in particolare, le loro difese su profili, di invalidità ed inoperatività della fideiussione, da essi prestata. E ciò a prescindere dalla

considerazione che, eccedendo comunque anche l'inesistenza di valida prova del credito contro di loro azionato, i fideiussori hanno con ciò contestato in radice lo stesso debito principale.

4. Può ora passarsi all'esame della questione di massima di cui retro, sub 1.

4/1. Il parametro di riferimento è costituito dall'art. 1283 del codice civile (Anatocismo) e, in particolare, dall'inciso "salvo usi contrari" che, in apertura della norma, circoscrive la portata della regola, di seguito in essa enunciata, per cui "gli interessi scaduti possono produrre interessi [(a)] solo dalla domanda giudiziale o [(b)] per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre, che si tratti di interessi dovuti da almeno sei mesi".

4/2. Come è noto, in sede di esegesi della predetta norma, le richiamate sentenze (nn. 2374, 3096, 3845) della primavera del 1999, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con pronunzie del ventennio precedente (nn. 6631/81; 5409/83; 4920/87; 3804/88; 2444/89; 7575/92; 9227/95; 3296/97; 12675/98), hanno enunciato il principio – reiteratamente, poi, confermato dalle successive sentenze nn. 12507/99; 6263/01; 1281, 4490, 4498, 8442/02; 2593, 12222, 13739/03, ed al quale ha dato comunque immediato riscontro anche il legislatore (che, con l'art. 25 del d.lgs. 4 agosto 1999 n. 342 ha, all'uopo, ridisciplinato le modalità di calcolo degli interessi su base paritaria tra banca e cliente) – (principio) per cui gli "usi contrari", idonei ex art. 1283 c.c. a derogare il precetto ivi stabilito, sono solo gli usi "normativi" in senso tecnico; desumendone, per conseguenza, la nullità delle clausole bancarie anatocistiche, la cui stipulazione risponde ad un uso meramente negoziale ed incorre quindi nel divieto di cui al citato art. 1283.

4.3. Al di là di varie ulteriori argomentazioni, di carattere storico e sistematico, rinvenibili nelle pronunzie del nuovo corso, destinate più che altro ad avvalorare il "revirement" giurisprudenziale, emerge dalla motivazione delle pronunce stesse come, nel suo nucleo logico-giuridico essenziale l'enunciazione del principio di nullità delle clausole bancarie anatocistiche si ponga come la conclusione obbligata di un ragionamento di tipo sillogistico. La cui premessa maggiore è espressa, appunto, dalla

affermazione che gli “usi contrari”, suscettibili di derogare al precetto dell’art. 1283 c.c., sono non i meri usi negoziali di cui all’art. 1340 c.c. ma esclusivamente i veri e propri “usi normativi”, di cui agli artt. 1 e 8 disp. prel. cod. civ., consistenti nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento (*usus*), accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento (non dipendente da un mero arbitrio soggettivo ma) giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell’ordinamento giuridico (*opinio iuris ac necessitatis*).

E la cui premessa minore è rappresentata dalla constatazione che “dalla comune esperienza emerge che i clienti si sono nel tempo adeguati all’inserimento della clausola anatocistica non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell’ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell’associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l’*opinio iuris ac necessitatis*, se non altro per l’evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente”.

4/4. Ora di questo sillogismo, che costituisce la struttura portante del nuovo indirizzo, del quale si sollecita il riesame, neppure la Banca ricorrente mette in discussione la premessa maggiore, mentre quanto alla sua premessa minore la contestazione che ad essa si muove, attiene, sul piano diacronico, al solo profilo della portata retroattiva che il nuovo indirizzo ha inteso attribuire alla rilevata inesistenza di un uso normativo in materia di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari.

Si sostiene, infatti, in contrario che la giurisprudenza del ’99 abbia correttamente accertato l’inesistenza attuale, ma erroneamente escluso l’esistenza pregressa della consuetudine in parola. E si auspica per ciò, dunque, che essa vada superata nel senso di constatare che “la

convinzione degli utenti del servizio bancario della normatività dell’uso di capitalizzazione trimestrale degli interessi, originariamente consistente, è venuta meno dopo lungo tempo” [id est: la consuetudine si è estinta per desuetudine in relazione al venire meno della opinio iuris del comportamento sottostante] “proprio a seguito di quello stesso processo di mutamento di prospettiva che ha indotto la Cassazione medesima a mutare il proprio precedente orientamento”.

Ed a sostegno di tale assunto la difesa della ricorrente argomenta:

a) che l’*opinio iuris* della prassi di capitalizzazione degli interessi dovuti dal cliente sarebbe stata esclusa dalla criticata giurisprudenza assumendo a parametro un quadro normativo, come evolutosi a partire dai primi anni ’90, non certo retrodatabile all’epoca in cui, in un contesto radicalmente diverso, quella prassi si era instaurata, con adesione degli utenti dei servizi bancari, che ne avrebbero pienamente presupposto la normatività;

b) che, comunque, la stessa precedente giurisprudenza che per un ventennio aveva reiteratamente ritenuto, ove pur erroneamente, l’esistenza di un uso normativo di capitalizzazione degli interessi bancari avrebbe, per ciò stesso, costituito “elemento di fondazione o consolidazione dell’uso stesso”.

Nessuno dei riferiti, pur suggestivi, argomenti si lascia però condividere.

4/5. L’evoluzione del quadro normativo – impressa dalla giurisprudenza e dalla legislazione degli anni ’90, in direzione della valorizzazione della buona fede come clausola di protezione del contraente più debole, della tutela specifica del consumatore, della garanzia della trasparenza bancaria, della disciplina dell’usura – ha innegabilmente avuto il suo peso nel determinare la ribellione del cliente (che ha dato, a sua volta, occasione al revirement giurisprudenziale) relativamente a prassi negoziali, come quella di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti alle banche, risolvendosi in una non più tollerabile sperequazione di trattamento imposta dal contraente forte in danno della controparte più debole.

Ma ciò non vuole dire (e il dirlo scontrerebbe un evidente salto logico) che, in precedenza, prassi siffatte fossero percepite come conformi

a ius e che, sulla base di una tale convinzione (opinio iuris), venissero accettate dai clienti.

Più semplicemente, di fatto, le pattuizioni anatocistiche, come clausole non negoziate e non negoziabili, perché già predisposte dagli istituti di credito, in conformità a direttive delle associazioni di categoria, venivano sottoscritte dalla parte che aveva necessità di usufruire del credito bancario e non aveva, quindi, altra alternativa per accedere ad un sistema connotato dalla regola del prendere o lasciare. Dal che la riconducibilità, ab initio, della prassi di inserimento, nei contratti bancari, delle clausole in questione, ad un uso negoziale e non già normativo (per tal profilo in contrasto dunque con il precetto dell'articolo 1283 c.c.), come correttamente ritenuto dalle sentenze del 1999 e successive.

4/6. Né è in contrario sostenibile che la "fondazione" di un uso normativo, relativo alla capitalizzazione degli interessi dovuti alla banca, sia in qualche modo riconducibile alla stessa giurisprudenza del ventennio antecedente al revirement del 1999.

Anche in materia di usi normativi, così come con riguardo a norme di condotta poste da fonti-atto di rango primario, la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto di sillogismi decisori, non può essere altra che quella ricognitiva, dell'esistenza e dell'effettiva portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa.

Discende come logico ed obbligato corollario da questa incontestabile premessa che, in presenza di una ricognizione, pur reiterata nel tempo, che si dimostri poi però erronea nel presupporre l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la ricognizione correttiva debba avere una portata naturaliter retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione medio tempore di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò stesso creata.

Ciò vale evidentemente, nel caso di specie, anche con riguardo alla giurisprudenza (costituita, per altro, da solo dieci tralaticie pronunzie nell'arco di un ventennio) su cui fa leva l'istituto ricorrente.

La quale – a prescindere dalla sua idoneità (tutta da dimostrare e in realtà indimostrata) ad ingenerare nei clienti una "opinio iuris" del

meccanismo di capitalizzazione degli interessi, inserito come clausola insuscettibile di negoziazione nei controlli stipulati con la banca – non avrebbe potuto, comunque, conferire normatività ad una prassi negoziale (che si è dimostrato essere) *contra legem*.

4/7. Della insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche, contenuto nelle pronunzie del 1999, si è mostrato subito, del resto, ben consapevole anche il legislatore. Il quale – nell'intento di evitare un prevedibile diffuso contenzioso nei confronti degli istituti di credito – ha dettato, nel comma 3 dell'art. 25 del già citato d.lgs. n. 342/99, una norma ad hoc, volta appunto ad assicurare validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina, paritetica, della materia, di cui ai precedenti commi primo e secondo del medesimo art. 25.

Quella norma di sanatoria è stata, però, come noto, dichiarata incostituzionale, per eccesso di delega e conseguente violazione dell'art. 77 Cost., dal Giudice delle leggi, con sentenza n. 425 del 2000.

L'eliminazione ex tunc, per tal via, della eccezionale salvezza e conservazione degli effetti delle clausole già stipulate lascia queste ultime, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sotto il vigore delle norme anteriormente in vigore, alla stregua delle quali, per quanto si è detto, esse non possono che essere dichiarate nulle, perché stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c. (cfr. Cass. n. 4490/02).

4/8. Sul punto della rilevata nullità della clausola anatocistica inserita nel contratto da cui deriva il credito azionato in via monitoria dall'istituto, la sentenza impugnata resiste dunque a censura.

5. Non diverso esito hanno anche le residue due doglianze formulate dal Credito ricorrente.

5/1. In particolare la denuncia di violazione degli artt. 1367 c.c. e 10 l. 154/92 – con la quale si addebita alla Corte territoriale di avere erroneamente escluso che per le fideiussioni stipulate in data anteriore alla l. n. 154 cit. il tetto massimo di garanzia, che ne condiziona l'ulteriore validità, possa essere anche "unilateralmente" fissato dalla Banca, come nella specie, l'istituto in concreto avrebbe fatto con lettera

del 1976 – si scontra contro l'accertamento in fatto, operato dai giudici a quibus, quanto alla riferibilità di quella missiva a fideiussione diversa da quelle azionate nel presente giudizio. Dal che propriamente l'inammissibilità della censura in esame per difetto di interesse.

5/2. A sua volta, anche la statuizione conclusiva della sentenza d'appello – secondo cui non era risultato, nella specie, possibile l'accertamento del credito azionato nei confronti dei fideiussori “per non avere l'istituto assolto pienamente al suo onere probatorio” – si sottrae al sindacato di legittimità, come sollecitato nella parte finale del ricorso, per la sua attinenza all'area delle valutazioni, relative alle risultanze probatorie, riservate alla discrezionalità di giudizio del giudice del merito.

Né l'istituto ricorrente può fondatamente sostenere che la rilevazione di ufficio, solo in fase di appello, della questione di nullità della capitalizzazione degli interessi lo abbia ostacolato nella sua attività difensiva. Poiché la Corte territoriale – al fine di accertare quanto effettivamente dovuto alla banca (con detrazione delle voci indebite) – ha disposto apposita C.T.U. E, nel corso delle operazioni peritali, l'istituto ha avuto evidentemente modo di documentare (cosa che secondo i giudici a quibus non ha fatto in modo compiuto) le proprie ragioni creditorie.

6. Il ricorso va integralmente, pertanto, respinto.

7. La stessa particolare rilevanza della questione centrale, prospettata con l'odierno ricorso, costituisce giusto motivo di compensazione tra le parti di questo giudizio di cassazione. (*Omissis*)

[CARBONE *Presidente* – MORELLI *Estensore* – PALMIERI *P.M.* (concl. parz. diff.). – Credito Italiano S.p.A. (avv. D'Ercole ed al.) – C. Stefana (avv. De Belvis e Valsierati) e F. Stefana (avv. Mezzetti ed al.)]

**Nota di commento:** «*Interessi anatocistici ed usi normativi nei contratti bancari: la Supr. Corte esclude che la giurisprudenza possa aver “fondato” l'opinio iuris ac necessitatis*»

## I. Il caso

Si tratta di un caso assolutamente analogo a quello delle sentenze della Supr. Corte, che hanno determinato, a partire dal 1999, il noto *revirement*, in te-

ma di *contratti di conto corrente, apertura di credito e capitalizzazione trimestrale degli interessi*. Tuttavia, nella fattispecie, la banca ricorrente, pur avendo riconosciuto che gli usi normativi contrari di cui all'art. 1283 cod. civ. sono oramai definitivamente venuti meno, aveva osservato che, prima delle sentenze su menzionate, un uso normativo doveva ritenersi formato proprio sulla base della giurisprudenza che aveva ritenuto legittimo l'anatocismo nell'ambito di certi contratti bancari.

La Corte di Cassazione respinge il ricorso, evidenziando, da un lato, che una regola consuetudinaria non avrebbe mai potuto essere creata dalla giurisprudenza, la sua funzione essendo limitata soltanto all'accertamento dell'esistenza di questa; dall'altro, che non v'è spazio alcuno per gli usi normativi, allorché l'osservanza di una certa condotta derivi dall'accettazione di condizioni generali di contratto predisposte e imposte da uno dei contraenti.

## II. Le questioni

1. GLI USI NORMATIVI ED IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELLA LORO FORMAZIONE. USI NORMATIVI E CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO. La sentenza della Supr. Corte, in commento, presenta profili di considerevole interesse perché ha confermato, a sez. un., quell'orientamento, costante a partire dal 1999 (Cass., 16.3.1999, n. 2374; Cass., 30.3.1999, n. 3096; Cass., 11.11.1999, n. 12507, tutte citt. *infra*, sez. III), secondo cui il divieto imposto dall'art. 1283 cod. civ. vige anche nell'ambito delle obbligazioni scaturite da certi contratti bancari; ma, soprattutto, perché viene precisato che gli usi normativi – che secondo la disposizione codicistica possono consentire l'anatocismo – non potrebbero (*recitius*: l'*opinio iuris* non potrebbe) mai formarsi in presenza di condizioni generali di contratto: l'adesione a queste ultime, infatti, deriverebbe dall'impossibilità di discutere il contenuto dell'accordo e non dalla convinzione dell'obbligatorietà del medesimo comportamento (*id est*: accettazione dell'oggetto del contratto); e, ancora, che, in linea di principio, le sentenze dei giudici si limitano alla ricognizione dell'esistenza degli usi normativi ma non contribuiscono, in alcun modo, alla loro formazione, come si osserverà anche più oltre.

La Corte di Cassazione, infatti, dall'un canto, ha confermato l'indirizzo, già espresso di recente nelle note pronunzie più sopra menzionate, secondo cui è nulla, per contrasto con l'art. 1283 cod. civ., la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto predisposte dalle banche che prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata soltanto su un uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria

(deve rilevarsi, al proposito, che, per il futuro, il problema non dovrebbe più sorgere, posto che l'art. 120 del t.u. bancario approvato con d. legis. 1°9.1993, n. 385, come modificato dall'art. 25, comma 2°, del d. legis. 4.8.1999, n. 342, ha, per i contratti di questo particolare settore, espressamente riconosciuto, a far data dal 2000, la validità della convenzione anatocistica, sia pure a talune condizioni: più precisamente, detto art. 120 ha demandato al CICR il potere di dettare la nuova normativa in materia. Il CICR, com'è noto, ha provveduto con delibera del 9.2.2000). Il S.C., dall'altro, ha negato che la formazione di «usi contrari» (art. 1283 cod. civ.) possa essere ricondotta alla giurisprudenza che aveva ritenuto esistenti questi ultimi, nelle decisioni rese dal 1981 al 1999.

Occorre infatti, a questo punto, fare una precisazione: nel ricorso introduttivo del procedimento terminato con la sentenza annotata, si era sostenuto, come si evince dalla motivazione, che la giurisprudenza avrebbe correttamente escluso l'esistenza, a partire dal 1999 di usi contrari, ammissivi dell'anatocismo; le disposizioni, contenute nella l. 17.2.1992, n. 154 – trasfuse, com'è noto, nel menzionato t.u. bancario –, la disciplina dei contratti del consumatore (introdotta, dalla l. 6.2.1996, n. 52, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria* 1994) e la l. 7.3.1996, n. 108 (*Disposizioni in materia di usura*) avrebbero, cioè, effettivamente provocato, almeno in qualche misura, la «ribellione» dei clienti delle aziende di credito (che, a sua volta, avrebbe provocato il *revirement* giurisprudenziale), anche in relazione alla prassi di capitalizzare trimestralmente i c.d. interessi attivi.

Ciò nonostante, sempre secondo quanto osservato dalla ricorrente, la precedente giurisprudenza – che, sino al 1998, aveva ritenuto esistere un uso normativo, ammissivo dell'anatocismo, nell'ambito del contratto di apertura di credito in conto corrente – avrebbe, per così dire, contribuito a costituire ovvero almeno a consolidare i medesimi usi, con la conseguenza che, sino al 1999, la capitalizzazione degli interessi sarebbe stata lecita, alla luce dell'art. 1283 cod. civ. Soltanto da questa data, anche per effetto del nuovo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, sarebbe venuto meno l'*opinio iuris ac necessitatis* e, dunque, uno dei presupposti della norma consuetudinaria in discussione.

La Supr. Corte, invero, se da un lato ha ritenuto che il mutato quadro normativo ha certamente ingenerato nei clienti un diverso atteggiamento nei confronti delle banche, dall'altro non ha condiviso il secondo rilievo prospettato dalla banca ricorrente: nel periodo anteriore all'entrata in vigore delle norme su indicate, la capitalizzazione trimestrale dei c.d.

interessi attivi non sarebbe mai stata percepita, dalla generalità dei clienti, come conforme a *ius*, posto che le pattuizioni anatocistiche, contenute in condizioni generali di contratto, erano clausole «non negoziate e non negoziabili» da chi intendesse ottenere dalle banche la disponibilità di una certa somma di denaro. Né, a parere del S.C., la giurisprudenza potrebbe aver formato o concorso a formare un uso normativo, la cui esistenza può essere soltanto accertata dai Giudici – come avviene, più in generale, per le regole poste da fonti-atto di rango primario – senza che questi ultimi possano creare norme giuridiche, seppure di carattere consuetudinario. Da ciò discenderebbe, peraltro, che «*in presenza di una ricognizione, pur reiterata nel tempo, che si dimostri poi però erronea nel presupporre l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la ricognizione correttiva debba avere portata naturaliter retroattiva*» (in questi precisi termini, la sentenza in commento): diversamente, una sentenza, emessa sulla base di una realtà erroneamente supposta, avrebbe l'effetto di stabilire una regola di diritto, conferendo «*normatività ad una prassi negoziale (che si è dimostrato essere) contra legem*»: tale conclusione sembra inaccettabile ai Giudici della Supr. Corte.

La motivazione della decisione della Corte di Cassazione, tuttavia, si presta, sotto molteplici profili, ad alcune considerazioni che potrebbero condurre ad una diversa soluzione.

Com'è noto, l'art. 1283 cod. civ. stabilisce che «in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di una convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi». Non si dubita, peraltro, da parte della dottrina (PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, 31 s., cit. *infra*, sez. IV), pressoché unanime, e dalla giurisprudenza (CASS., 12.11.1981, n. 6631; CASS., 20.8.2003, n. 12222, cit. *infra*, sez. III), che quegli usi richiamati dalla norma ora menzionata abbiano natura normativa, ai sensi degli artt. 1 e 8 disp. prel.

È altresì noto che, secondo un certo orientamento dottrinale (PIZZORUSSO, voce «Consuetudine», 3, cit. *infra*, sez. IV) e giurisprudenziale (CASS., 3.2.1984, n. 839; CASS., 16.3.1999, n. 2374, cit. *infra*, sez. III), gli usi normativi – costituiti sulla base della ripetizione nel tempo di una certa condotta (c.d. *diuturnitas*) – si distinguono dalle clausole d'uso (art. 1340 cod. civ.) e, in genere, dalle altre prassi, perché essi presuppongono l'*opinio iuris ac necessitatis* e, cioè, la «consapevolezza giuridica del comportamento dovuto» (in tali termini, PIZZORUSSO, *op. loc. cit.*), come, d'altronde, ha affermato anche la sentenza della Cassazione su riportata.

Da parte di autorevole dottrina (BOBBIO, voce

«Consuetudine», 431 s., cit. *infra*, sez. IV; R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, 130 ss., cit. *infra*, sez. IV), tuttavia, si è fortemente svalutato l'elemento soggettivo, sostenendosi, in particolare, che la formazione di questo è il postulato di una sorta di «circolo vizioso», giacché la norma giuridica potrebbe costituirsi soltanto se sussiste l'*opinio*; tuttavia, quest'ultima richiederebbe, a sua volta, proprio la preesistenza di quella norma, posta a fondamento della convinzione della giuridicità della condotta mantenuta, con la conseguenza che la ricerca dell'elemento soggettivo condurrebbe ad una tanto inevitabile, quanto insanabile, contraddizione. L'elemento soggettivo, dunque, non andrebbe considerato come presupposto essenziale della consuetudine giacché, diversamente, la formazione dell'*opinio* (e, quindi, la consuetudine) si fonderebbe su un errore: in definitiva, sarebbe contraddittorio affermare che il diritto consuetudinario sia «spontaneo» (come sembra essere sostenuto anche nella sentenza in commento) e corrispondente «alla natura delle cose» e, al contempo, che esso sia fondato su un errore. Sotto un diverso profilo, da altri ancora, si è evidenziato che l'elemento psicologico, in quanto tale, è «inconsistente ed irreal» (PAVONE LA ROSA, voce «Consuetudine», 520 s., cit. *infra*, sez. IV).

Ora, la pronunzia in commento e quelle che hanno determinato il noto *revirement*, hanno evidenziato che l'*opinio iuris ac necessitatis* si fonda necessariamente sulla spontaneità del comportamento dei consociati; proprio per tale motivo, l'accettazione di contratti per adesione, dovuta all'impossibilità di modificare il contenuto del contratto, non potrebbe condurre alla formazione degli usi normativi (CASS., 16.3.1999, n. 2374; CASS., 30.3.1999, n. 3096, cit. *infra*, sez. III). Né alla Supr. Corte pare accettabile quella teoria, secondo cui gli usi normativi prescinderebbero dall'elemento soggettivo: la sottoscrizione di un contratto di conto corrente, quale presupposto assolutamente necessario per accedere ai servizi bancari, porterebbe all'inaccettabile conclusione di imporre a ciascun cliente della banca una certa condotta e di contribuire, in tal modo, alla formazione degli «usi contrari» (sul punto v. INZITARI, *Le Sezioni Unite ed il divieto di anatocismo*, 224, cit. *infra*, sez. IV) previsti dall'art. 1283 cod. civ. (sul carattere eccezionale di questa norma, v. SINESIO, *Interessi pecuniari*, 80 s., cit. *infra*, sez. IV), con grave ed evidente pregiudizio per la tutela del contraente più debole.

Tuttavia, le argomentazioni della Supr. Corte non sembrano essere pienamente condivisibili.

Innanzitutto, suscita una qualche perplessità l'affermazione della Cassazione, secondo cui un uso normativo (*rectius*: l'*opinio iuris*) non avrebbe potuto formarsi per effetto della ripetuta adesione, da

parte dei clienti, alle condizioni generali predisposte dall'A.B.I.

È stato autorevolmente osservato, infatti, che l'elemento soggettivo della consuetudine può essere rinvenuto non tanto in un evanescente atteggiamento psicologico del soggetto agente ma, sotto un profilo oggettivo, «nell'ambiente sociale direttamente interessato» dal comportamento e, dunque, nell'eventuale «reazione» dello stesso ambiente che faccia seguito al comportamento difforme: per tale motivo, l'elemento materiale e quello soggettivo andrebbero necessariamente ad intrecciarsi (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, 187 ss., cit. *infra*, sez. IV); in altri termini, sembra che, astrattamente, un uso normativo possa formarsi nell'ipotesi in cui la reiterata adesione a determinati precetti contrattuali imposti da una parte, determini, per così dire, una più generale accettazione e non contestazione delle stesse regole da parte quell'ambiente «sociale direttamente interessato, convinto del vincolo giuridico venutosi in tal modo a creare».

Ciò posto, per quanto concerne la capitalizzazione degli interessi nell'ambito dell'apertura di credito, deve rilevarsi che, successivamente alla sottoscrizione del contratto, non è stata (quasi) mai contestata, da parte dei clienti, la validità della convenzione anatocistica: si allude, cioè, alla possibilità per il debitore, nell'ambito dei giudizi proposti dalle banche per il recupero coattivo del proprio credito, di sollevare l'eccezione di nullità della menzionata pattuizione (che, com'è noto, avrebbe potuto essere rilevata anche dal giudice, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ.). Evidentemente, l'invalidità del contratto, *in parte qua*, poteva essere di certo prospettata, a prescindere dall'esistenza di tutte le norme poste, di recente, a tutela dei consumatori, ai sensi dell'art. 1283 cod. civ. ... se, a ben vedere, non fossero stati ritenuti esistenti usi contrari!

Non va dimenticato, peraltro, che non si ha notizia circa l'avvenuta proposizione, anteriormente al 1999, da parte dei clienti delle Banche, di quelle azioni – ora assai frequenti – aventi ad oggetto la ripetizione, *ex art.* 2033 cod. civ., di quanto corrisposto in più per effetto dell'anatocismo. Invero, le considerazioni che precedono richiamano, inevitabilmente, anche le argomentazioni di quell'autore che ha evidenziato l'impossibilità di fornire una prova diretta dell'atteggiamento psicologico dei soggetti agenti, tanto che ogni dimostrazione, circa l'esistenza dell'elemento soggettivo di una regola consuetudinaria, «non può derivare da altro che dalla generalità ed uniformità del comportamento tenuto dai consociati» (GABRIELLI, *Capitalizzazione trimestrale*, 450, cit. *infra*, sez. IV).

Il punto, tuttavia, merita un'ulteriore riflessione.

La Supr. Corte ha escluso che le sentenze dei giudici possano creare una consuetudine, posto che, al contrario, queste ultime possono soltanto accertare l'effettiva esistenza di usi normativi.

Se, invero, l'affermazione della Corte appare certamente condivisibile in tali termini (v., sul punto, FRANCESCHELLI, voce «Consuetudine», 503, cit. *infra*, sez. IV) sembra, tuttavia, da diverso angolo visuale, che un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato possa contribuire, e non poco, ad ingenerare nei consociati la convinzione della legittimità della pattuizione e dunque, almeno a rafforzare l'*opinio iuris ac necessitatis* di questi, ammesso che questa sia necessaria. Va letta perciò, in tal senso, una recente sentenza del Tribunale di Napoli (TRIB. NAPOLI, 18.5.2003, cit. *infra*, sez. III), resa proprio in merito alla capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti alla banca in virtù di un'apertura di credito, secondo cui l'elemento soggettivo degli «usi contrari» si è formato «nel corso del tempo ... in virtù di una costante applicazione della regola della capitalizzazione trimestrale, ritenuta conforme ad un uso normativo dalla stessa Corte di Cassazione per circa un ventennio; ... è stata ... la stessa Suprema Corte che, nel ribadire a più riprese la validità di simili clausole, ha creato la convinzione della legittimità dell'imposizione dell'anatocismo nei rapporti bancari, ha cioè creato quell'*opinio iuris ac necessitatis* necessaria per la configurabilità in concreto dell'uso normativo».

Considerando, poi, l'*opinio* sotto un profilo, per così dire, oggettivo (cfr. CRISAFULLI, *op. loc. cit.*), è proprio nella decisione del giudice che potrebbe realizzarsi, se si vuole, la massima reazione dell'*ambiente sociale* al comportamento difforme.

D'altronde, a ben vedere, la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, è arrivata quasi a prospettare nella sentenza in esame, sia pure *incidenter tantum*, una simile ipotesi ma, al contempo, si è limitata ad affermare la mancanza di una prova, in ordine all'idoneità delle sentenze a produrre gli effetti ora descritti.

I rilievi ora prospettati, in merito al rapporto tra giurisprudenza e formazione degli usi, rendono necessario soffermare l'attenzione su un'ulteriore questione: è opportuno valutare, cioè, se gli «usi contrari», menzionati dall'art. 1283 cod. civ., possano formarsi in un periodo successivo all'entrata in vigore del codice civile, posto che, com'è noto, le decisioni dei Giudici di legittimità e di merito, favorevoli all'anatocismo, sono state emesse, per lo più, tra il 1981 ed il 1999; di ciò, tuttavia, si dirà più oltre (*infra*, in questa sez., n. 4).

Si pone, a questo punto, la necessità di verificare se l'esistenza di un contraente forte possa, di per sé, essere sufficiente ad impedire la formazione di una

regola consuetudinaria, come sembrerebbe sostenere, sia pure implicitamente, la Supr. Corte.

Invero, la sperequazione tra la posizione del soggetto che impone la semplice adesione al contratto predisposto unilateralmente e quella degli utenti di un certo servizio (nella fattispecie: di servizi bancari) probabilmente non può precludere la formazione di usi normativi: come ha rilevato, infatti, un'autorevole dottrina, questi ultimi – soprattutto nel vigore dell'abrogato codice di commercio che, com'è noto, riservava agli usi ampio spazio nel sistema delle fonti – sono stati introdotti proprio dai soggetti che esercitavano un'attività economica e che, pertanto, si trovavano, nell'ambito del rapporto contrattuale, in una posizione di maggiore forza rispetto all'altro contraente; tali regole venivano accettate, per l'appunto, dalla parte debole del medesimo rapporto, che alle stesse riconosceva carattere di «vincolatività giuridica» (sul punto, MINERVINI, *Note in tema di estinzione degli usi*, 182, cit. *infra*, sez. IV).

D'altronde, sotto un diverso profilo, la ripetizione del contenuto degli usi normativi nelle clausole volute dalle parti (*recte*: predisposte dalla banca ed accettate dai clienti) non può farne scadere l'efficacia a semplici precetti contrattuali, come ha avuto modo di evidenziare una autorevole dottrina (SALANITRO, *Le Banche*, 49, cit. *infra*, sez. IV): è evidente, infatti, che, in via generale, le norme di legge, quand'anche ripetute nell'ambito di un contratto, non cessano di avere la loro peculiare efficacia e ciò non può non valere anche per gli usi.

Si tenga anche presente che, secondo l'orientamento della Cassazione non troppo risalente (CASS., 14.3.1986, n. 1729; CASS., 23.5.1994, n. 5024, cit. *infra*, sez. III) e quello della dottrina (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 145 s., cit. *infra*, sez. IV; DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, 122, cit. *infra*, sez. IV), le clausole contenute in condizioni generali di contratto, qualora, per così dire, riproducano il contenuto di usi normativi, non devono essere approvate specificamente per iscritto, ai sensi dell'art. 1341, comma 2°, cod. civ., perché siano pienamente efficaci, giacché questi ultimi contribuiscono ad integrare il contenuto del contratto, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.

Sembra, in tal modo, superata, sotto più profili, la pur suggestiva conclusione, a cui perviene la Supr. Corte, sull'assoluta incompatibilità tra accettazione di contratti per adesione e formazione degli usi.

2. USI NORMATIVI E DISCIPLINA DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE. S'impone, però, un'ulteriore riflessione in ordine alla possibilità che usi normativi possano consentire l'anatocismo, dopo l'entrata in vigore della disciplina dei contratti del consumatore, in quelle ipotesi in cui questa sia applicabile; di-

fatti, la clausola dei contratti bancari, che prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi, è stata ritenuta da alcuni Tribunali (TRIB. ROMA, 21.1.2000; TRIB. TORINO, 19.1.2003, cit. *infra*, sez. III), abusiva, ai sensi degli artt. 1469 *bis* ss. cod. civ., perché la stessa avrebbe creato un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» a carico del consumatore. Orbene, è noto che, ai sensi dell'art. 1469 *ter*, comma 3°, cod. civ., «non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge»: ciò premesso, andrebbe stabilito se, nell'ambito dell'art. ora cit., vadano ricomprese anche le norme consuetudinarie, con la conseguenza che, in caso di conclusione positiva, la convenzione anatocistica non potrebbe considerarsi abusiva e, dunque, «inefficace» (soltanto, ovviamente, ove si ritenga esistente un uso normativo, ammissivo dell'anatocismo).

Sembra, inverò, che clausole di un contratto, che richiamano norme consuetudinarie, non possano rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 1469 *ter* cod. civ. e che, pertanto, esse siano suscettibili di una valutazione di abusività, per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, va considerato che l'art. 1469 *ter*, comma 3°, cod. civ., prevede che non possano considerarsi vessatorie soltanto clausole riproduttive di «disposizioni di legge», o di disposizioni «attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea», nel mentre l'art. 1, n. 2, della direttiva 93/13/CEE contemplava espressamente, accanto alle fonti ora menzionate, anche i regolamenti: l'esclusione di questi ultimi deporrebbe nel senso di precludere, infatti, il ricorso ad una fonte sotto ordinata, qual è appunto la consuetudine (DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, 34 s., cit. *infra*, sez. IV).

In secondo luogo, potrebbe osservarsi che, come sostenuto da un autore, il comma 3° dell'art. 1469 *ter* cod. civ. si giustifica, tra l'altro, in ragione del fatto che «la norma giuridica realizza per definizione un giusto contemperamento degli interessi patrimoniali dei consociati» (SIRENA, *Commento all'art. 1469-ter*, 584, cit. *infra*, sez. IV): ora, si è detto che, spesso, gli usi normativi sono sorti per effetto dell'iniziale imposizione di certe regole da parte del contraente forte e, per tale motivo, le regole consuetudinarie non sempre possono contemperare i contrapposti interessi delle parti di un rapporto contrattuale.

3. LA FUNZIONE «CORRETTIVA» SVOLTA DALLA GIURISPRUDENZA SULLE REGOLE CONSUETUDINARIE RITENUTE ERRONEAMENTE ESISTENTI. Come è stato già sottolineato, la Corte di Cassazione ha evidenziato, nella decisione in esame, che, in genere, l'esistenza di un uso può essere soltanto acclarata dalla giurispru-

denza e, in presenza di un pregresso orientamento di questa, che abbia ritenuto, a torto, sussistente una regola consuetudinaria (come, appunto, è avvenuto in tema di usi normativi ed anatocismo), la nuova «*ricognizione correttiva*», contenuta nella sentenza, avrebbe «*portata naturaliter retroattiva*». A ben vedere, tale conclusione è coerente con le premesse da cui muove: se, infatti, da parte di un Giudice, venga riconosciuta l'inesistenza di un uso normativo in passato erroneamente ritenuto esistente, quella norma consuetudinaria, applicata illegittimamente, non potrebbe regolare nemmeno i rapporti sorti precedentemente alla stessa sentenza che l'aveva riconosciuta inesistente (sul punto, PALMIERI, nota a CASS., 11.11.1999, n. 12507, 458 s., cit. *infra*, sez. IV).

Tuttavia, proprio le conclusioni a cui perviene la Corte di Cassazione sembrano denunciare alcune incongruenze delle medesime premesse da cui è partito il S.C., in ordine ai rapporti tra sentenze e formazione degli usi normativi.

Come osservato, si ritiene che una norma consuetudinaria sia fondata sia sulla ripetizione di un determinato comportamento che sull'atteggiamento obiettivo dell'«ambiente sociale», che accetta tale regola e reagisce nell'ipotesi in cui la stessa sia violata; nell'ipotesi ora descritta, una sentenza «*correttiva*» andrebbe ad incidere proprio sull'elemento soggettivo, perché porrebbe nel nulla quella convinzione, maturata in merito alla giuridicità della condotta mantenuta (a tal proposito, v. MINERVINI, *op. cit.*, 184): per tale motivo, la sentenza sembrerebbe sostanzialmente assumere un carattere costitutivo.

La conclusione sarebbe analoga, qualora si ammettesse che l'*opinio* consista nella errata convinzione circa l'esistenza di una norma, poiché una decisione «*correttiva*» del giudice, comunque, eliminerebbe l'elemento soggettivo. Evidentemente, le considerazioni che precedono, *a fortiori*, potrebbero essere estese anche al caso in cui si prescindano, completamente, dall'esistenza dell'elemento soggettivo, per la costituzione di un uso normativo (in merito, v. INZITARI, *op. cit.*, 228).

#### 4. SULLA POSSIBILITÀ CHE GLI USI NORMATIVI PREVISTI DALL'ART. 1283 COD. CIV. POSSANO FORMARSI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE CIVILE.

A quanto consta, le decisioni delle Corti di merito e della Supr. Corte – che hanno riconosciuto l'esistenza di una consuetudine, a norma dell'art. 1283 cod. civ. – sono successive all'entrata in vigore del codice civile (quelle della Supr. Corte, com'è noto, risalgono agli inizi degli anni '80). Sostenere che la giurisprudenza ha ingenerato la convinzione della legittimità della convenzione anatocistica, nell'ambito dei rapporti bancari, pone inevitabilmente un'ulteriore questione in un certo senso preliminare: se

gli usi normativi richiamati dall'art. 1283 cod. civ. possano formarsi in un momento successivo all'entrata in vigore del codice civile.

Di recente, ciò è stato escluso proprio dalla Corte di Cassazione, in una nota sentenza resa in materia di mutuo e di interessi anatocistici (CASS., 20.2.2003, n. 2593, cit. *infra*, sez. III). In tale decisione, si è premesso innanzitutto che un uso contrario, quando è espressamente richiamato da una norma, va considerato *secundum legem*, cosicché esso può derogare la medesima norma che lo ammette; e, successivamente, che nel sistema del codice civile, alcuni articoli – e, in particolare, gli artt. 1283, 1457, 1510, 1528, 1665, 1739, 1756 e 2148 – fanno espressamente salvi gli usi contrari, attribuendo a questi «una funzione integrativa – derogatoria della disciplina prevista dalla legge» (in questi termini, la sentenza n. 2593/2003).

Secondo l'*iter* argomentativo della Corte, il codice civile ha previsto che quasi tutte le norme ora citate possano essere derogate da un patto contrario; tuttavia, ciò non è avvenuto proprio in relazione al divieto imposto dall'art. 1283 cod. civ., che, com'è noto, può non trovare applicazione soltanto in presenza di «usi contrari»: eventuali convenzioni anatocistiche, dunque, sarebbero nulle per contrasto con norma imperativa e, di conseguenza, la ripetizione di queste, nell'ambito di un certo numero di contratti sottoscritti per adesione, mai potrebbe contribuire alla formazione di una norma consuetudinaria. Si verrebbe infatti a creare, in tal modo, una prassi *contra legem*, la cui efficacia è, senza alcun dubbio, esclusa nell'ordinamento vigente. Ne deriverebbe che gli usi richiamati dall'art. 1283 cod. civ. sarebbero soltanto quelli preesistenti al 1942.

Pare necessario, a questo punto, per valutare, con estrema attenzione, le argomentazioni logico-giuridiche sviluppate dalla Supr. Corte, richiamare, pur sinteticamente, la tradizionale classificazione degli usi normativi, sulla base dell'art. 1 e dell'art. 8 disp. prel.

Orbene, si parla di consuetudine *secundum legem* nell'ipotesi in cui gli usi normativi siano espressamente richiamati dalla legge (PIZZORUSSO, *op. cit.*, 5; GUARNERI, *Gli usi*, 21, cit. *infra*, sez. IV): com'è noto, soltanto in questo caso, «nelle materie regolate dalle leggi», a norma dell'art. 8 disp. prel., gli usi possono avere efficacia; viceversa, una regola consuetudinaria può trovare la più ampia applicazione *praeter legem*, laddove, cioè, manchi completamente una normativa di carattere positivo (PIZZORUSSO, *op. loc. cit.*; GUARNERI, *op. cit.*, 21 s.). In ultimo, quel comportamento, ripetuto con una certa costanza ed in contrasto con una norma di legge – che, secondo una parte della dottrina, assumerebbe il ruolo di fonte *extra ordinem* – viene generalmente indi-

cato come consuetudine *contra legem* (PIZZORUSSO, *op. cit.*, 6 s.; CRISAFULLI, *op. cit.*, 192 ss.).

Ciò posto, in senso contrario all'indirizzo espresso dalla Supr. Corte, in una sentenza piuttosto recente, il Tribunale di Napoli (TRIB. NAPOLI, 18.5.2003, cit.), dopo aver fatto riferimento alla ora menzionata e nota tripartizione degli usi normativi, ha sostenuto che, nell'art. 1283 cod. civ., la mancanza della locuzione «in mancanza di patto contrario» non preclude che i medesimi usi possano formarsi successivamente all'entrata in vigore del codice civile. Una norma consuetudinaria, infatti, può formarsi, di regola, nell'ipotesi in cui sussistano la c.d. *diuturnitas* e l'*opinio iuris ac necessitatis*, senza che, per il medesimo fine, possa venire in rilievo la validità di un certo numero di accordi negoziali e sempreché, ovviamente, la legge faccia esplicito rinvio agli usi: la conclusione di un contratto, al più, può assumere rilievo soltanto sotto il profilo della mera ripetizione di una certa condotta, venendo a creare l'elemento materiale dell'uso; a parere del Tribunale partenopeo, infatti, «il requisito oggettivo prescinde dalla presenza di accordi negoziali» o, se si vuole, dalla legittimità di questi: la valutazione di questi comportamenti, peraltro, prescinde «dal motivo di quei comportamenti, che potrebbero ad esempio dipendere dalla errata convinzione circa la vigenza di una norma di legge invece inesistente, così come, in linea con quanto accaduto nella fattispecie, potrebbero ricollegarsi ad una reiterata disciplina convenzionale, sempre che la convinzione dell'obbligatorietà di quel comportamento non derivi dalla presenza della clausola contrattuale ma piuttosto dalla convinzione dell'esistenza di un principio di diritto che, appunto, giustifica quella clausola e la rende del tutto valida e legittima».

Ciò significa, per l'appunto, che, nell'ipotesi in esame, la ripetuta accettazione delle clausole, ancorché nulle *in parte qua*, sarebbe sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo della consuetudine: la reiterazione di tale comportamento – confortata dalle sentenze che hanno riconosciuto, per un certo periodo, la validità della pattuizione anatocistica – avrebbe dunque ingenerato, nei consociati, la convinzione dell'obbligatorietà della medesima condotta.

Orbene, la differenza tra quegli articoli del codice – che riportano la locuzione «salvo uso o patto contrario» – e la previsione contenuta nell'art. 1283 cod. civ., starebbe nel fatto che il divieto posto da quest'ultima norma potrebbe essere escluso non dalla volontà delle parti ma solo per effetto di un norma consuetudinaria, fondata sull'*opinio iuris* e sulla ripetizione di un certo comportamento (CICORIA, *Interessi anatocistici*, 334, cit. *infra*, sez. IV).

Né, da altro angolo visuale, in tal modo verrebbe a crearsi una norma consuetudinaria *contra legem*, giacché quest'ultima si profilerebbe soltanto nel-

l'ipotesi in cui una disposizione di legge non menzioni affatto – ovvero escluda – il rinvio ad usi contrari; in tema di interessi anatocistici, quindi, in forza della previsione contenuta nell'art. 1283 cod. civ., potrebbero formarsi (sussistendone, ovviamente, i presupposti) esclusivamente usi *secundum legem*.

5. **CONCLUSIONI.** Sulla *vexata quaestio* dell'anatocismo nei rapporti bancari, dunque, la Corte di Cassazione è intervenuta a sez. un., come da più parti era stato auspicato, ma la soluzione adottata non sembra avere dato risposte pienamente soddisfacenti.

Indubbiamente, allo stato, può senz'altro ritenersi che gli usi, in tema di capitalizzazione degli interessi nei contratti bancari, hanno cessato di avere efficacia per il venir meno «dell'elemento spirituale» e, dunque, per desuetudine (MINERVINI, *op. cit.*, 183 s.; PORZIO, *Rilievi critici*, 655, cit. *infra*, sez. IV; PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, 528): obiettivamente, l'atteggiamento dei consumatori è mutato, in qualche misura, dopo l'entrata in vigore delle norme a tutela dei diritti dei consumatori e successivamente a quelle sentenze dei Giudici di legittimità e di merito, che hanno determinato il noto *revirement* (cfr. *supra*, in questa sez., n. 1).

Al contrario, come detto, per ciò che concerne il periodo anteriore, sembra che i dubbi sollevati da una parte della dottrina e della giurisprudenza non siano stati fugati in modo del tutto convincente dalla Corte di Cassazione.

Secondo quanto osservato, la sentenza in commento ha escluso, con portata «*naturaliter retroattiva*», l'esistenza di un uso ritenuto esistente dalla dottrina e dalla giurisprudenza pressoché unanimi sino alla decisione n. 2374 del 16.3.1999: sembra, in tal modo, confermata quella critica, mossa da un'autorevole dottrina, secondo cui il S.C. – negando che, per il passato, siano esistiti usi normativi ammissivi dell'anatocismo e che vi sia stato un orientamento consolidato in tal senso – ha sostanzialmente inteso sostituirsi al legislatore, perseguendo – *ex post* – alcune istanze di politica del diritto, senza dubbio meritevoli (trattandosi, com'è noto, di tutela del contraente debole), ma di esclusiva competenza del legislatore (GABRIELLI, *op. cit.*, 451; COLOMBO, voce «Anatocismo», 13, cit. *infra*, sez. IV; RINALDI, *Contrattazione standardizzata*, 342 ss., cit. *infra*, sez. III).

### III. I precedenti

1. **GLI USI NORMATIVI ED IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELLA LORO FORMAZIONE. USI NORMATIVI E CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.** Va, innanzitutto, ricordato che la sentenza in commento – Cass., sez. un., 4.11.2004, n. 21095 – è pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, 3294, con nota di

PALMIERI-PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*; con nota di COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*; con nota di F. FERRO LUZZI, *Canone inverso. Le sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*; in *Corr. giur.*, 2005, 214, con nota di INZITARI, *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria esclude la formazione dell'uso normativo*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 115, in cui, peraltro, è riportato uno stralcio della memoria conclusionale depositata dalla banca ricorrente; alla sentenza si accompagnano la nota di SALANITRO, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo bancario*; la nota di DOLMETTA, *Il divieto di anatocismo per le Banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della «certezza del diritto»*; e la nota di MAFFEIS, *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione*; in *Giur. it.*, 2005, 66, con nota di COTTINO, *Sull'anatocismo intervengono anche le Sezioni Unite*; *ibidem*, 741, con nota di RAZZANTE, *La Cassazione ha tumultato l'anatocismo?*; ed in altre riviste, con note di commento.

La sentenza riprende i principi affermati da Cass., 16.3.1999, n. 2374, e Cass., 30.3.1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, 1153, con nota di PALMIERI-PARDOLESI; in *Contratti*, 1999, 437, con nota di DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, 562, con nota di CARBONE, *Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità*; in *Giur. it.*, 1999, 1221, con nota di COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 1585, con nota di COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 1588, con nota di MOSCUZZA, *L'anatocismo nel contratto di conto corrente ordinario e nel contratto di conto corrente bancario*; in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 167, con nota di F. FERRO LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999, n. 2374, in tema di: anatocismo, usi e conto corrente bancario*; ed in numerose altre riviste, con note di commento; Cass., 11.11.1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, 451, con nota di PALMIERI, *L'anatocismo, le banche e il tramonto degli usi: un «prospettive overruling» del legislatore?*; e con nota di NIGRO, *L'anatocismo nei rapporti bancari tra passato e futuro*, in *Giust. civ.*, 2000, 2045, con nota di DI PIETROPALO, *Gli usi contrari, di cui all'art. 1283 c.c. e la validità sopravvenuta delle clausole bancarie anatocistiche*; in *Dir. e giur.*, 1999, 331, con nota di RINALDI, *Contrattazione standardizzata, tutela dell'aderente e anatocismo bancario*.

La giurisprudenza, peraltro, reputa che l'art. 1283 cod. civ. ammetta deroghe, al divieto in esso contenuto, da parte dei soli usi normativi; senza pretesa di

completezza, considerato l'elevato numero di precedenti, v., infatti, Cass., 12.11.1981, n. 6631, in *Giust. civ.*, 1982, I, 380, con nota di DI AMATO, *Anatocismo e prassi bancaria*; Cass., 20.8.2003, n. 12222, in *Foro it.*, 2004, I, 110, con nota di CARRIERO; App. MILANO, 6.3.2002, in *Giur. it.*, 2003, 93, con nota di PANDOLFINI, *L'usura sopravvenuta sopravvive ancora?*; TRIB. FIRENZE, 8.1.2001, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 17, ed in *Foro it.*, 2001, I, 2362, con nota di LA ROCCA; TRIB. FIRENZE, 16.1.2001, in *Corr. giur.*, 2003, 885; TRIB. BARI, 28.2.2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2361, con nota di LA ROCCA; TRIB. NAPOLI, 18.1.2002 e 5.11.2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 580, con nota di A. e M.R. DE SIMONE, *Legittimità della prassi bancaria di capitalizzazione degli interessi*; contra, TRIB. NAPOLI, 24.4.1997, in *Giur. it.*, 1998, 1202, con nota di GUERRA.

Vanno segnalate, invero, alcune decisioni dei giudici di merito, in cui si ridimensiona il ruolo svolto dall'*opinio iuris*: TRIB. ROMA, 26.5.1999, in *Giur. merito*, 1999, I, 18, con nota di CAMPIONE, *Il nuovo orientamento della giurisprudenza in materia di capitalizzazione degli interessi bancari: il contrasto tra Suprema Corte e giudice di merito*; v. anche TRIB. FIRENZE, 8.1.2001, cit.

Com'è oramai noto, poi, un uso normativo contrario, ammissivo dell'anatocismo, nell'ambito di certi contratti bancari, era stato ritenuto esistente dalla giurisprudenza di legittimità pressoché costante; v., infatti, Cass., 15.12.1981, n. 6631, cit.; Cass., 5.6.1987, n. 4920, in questa *Rivista*, 1987, I, 668, con nota di COLUSSI, *Apertura di credito. Interessi compensativi e interessi moratori. Capitalizzazione. Divieto di anatocismo*; Cass., 30.5.1989, n. 2644, in *Foro it.*, 1989, I, 3127; ed in *Giust. civ.*, 1989, I, 2034, con nota di COSTANZA, *Norme bancarie uniformi e derogabilità degli articoli 1283 e 1284 c.c.*; contra, TRIB. VERCELLI, 21.7.1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1662; in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 408, con nota di INZITARI, *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo, ex art. 1283 c.c.*; in *Contratti*, 1995, 396, con nota di DELCONTE, *Anatocismo ed usi bancari*; PRET. ROMA, 11.11.1996, in questa *Rivista*, 1998, I, 183, con nota di GALLO, *In tema di applicazione del testo unico in materia di contratti bancari*; TRIB. BUSTO ARSIZIO, 15.6.1998, in *Foro it.*, 1998, I, 2997, con nota di PALMIERI; TRIB. MONZA, 23.2.1999, in *Corr. giur.*, 1999, 565, con nota di CARBONE, *Anatocismo e usi contrari*, cit.

La sentenza della Supr. Corte in esame ha negato che la giurisprudenza possa contribuire alla «fondazione» (così in termini) degli usi. In senso contrario, TRIB. NAPOLI, 18.5.2003, in *Giur. napol.*, 2003, 261; TRIB. ROMA, 26.5.1999, cit.; TRIB. ROMA, 24.1.2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 303, con nota di NIUTTA, *Sul c.d. «anatocismo bancario»*

*il Tribunale di Roma non si adegua ... e riafferma la legittimità dell'annotazione trimestrale degli interessi a debito del cliente nei rapporti regolati in conto corrente bancario*; TRIB. NAPOLI, 17.11.2001, in *Foro it.*, 2002, I, 951, con nota di PALMIERI.

Secondo una certa giurisprudenza, l'espresso richiamo, da parte di una clausola contrattuale, di un uso normativo non potrebbe, per così dire, far scadere quest'ultimo ad una regola convenzionale; v. TRIB. MONZA, 2.10.2000, in questa *Rivista*, 2001, I, 617, con nota di SPANGARO, *Anatocismo bancario: i giudici di merito contrastano la Cassazione*; la sentenza è pubblicata anche su *Foro it.*, 2001, I, 2362, con nota di LA ROCCA. Sulla possibilità che le clausole, riprodotte di regole consuetudinarie, non debbano essere approvate specificamente per iscritto, Cass., 14.3.1986, n. 1729, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Contratto in genere», n. 232; Cass., 23.5.1994, n. 5024, in questa *Rivista*, 1995, I, 60, con nota di PATTI, *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*.

2. USI NORMATIVI E DISCIPLINA DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE. Per una valutazione di abusività della clausola anatocistica, contenuta nelle N.B.U., ai sensi dell'art. 1469 *bis* cod. civ., v. TRIB. ROMA, 21.1.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045, con nota di PALMIERI-LAGHEZZA, *Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza*; in questa *Rivista*, 2000, I, 473, con nota di DE POLI, *Clausole vessatorie, norme bancarie uniformi e azione inibitoria*; con nota di SIRENA, *Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*; in *Contratti*, 2000, 561, con nota di MARICONDA, *Il provvedimento del Tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari*; in *Giur. it.*, 2000, 1439, con nota di SALOMONE, *Clausole vessatorie e contratti bancari. Una innovativa sentenza del Tribunale di Roma*; la decisione è stata confermata da App. ROMA, 24.9.2002, *ivi*, 2003, 119; ed in *Foro it.*, 2003, I, 332, con nota di PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*; TRIB. TORINO, 19.1.2003, in *Giur. it.*, 2003, 950. Un orientamento giurisprudenziale ritiene che i regolamenti non rientrino nell'art. 1469 *ter* cod. civ.: cfr. TRIB. PALERMO, 22.10.1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3387; TRIB. PALERMO, 3.2.1999, *ivi*, 1999, I, 2085, con nota di PALMIERI, *Il controllo giudiziario delle clausole abusive, tra sentieri impervi e (la tentazione di) sortite avventurose*; in *Corr. giur.*, 1999, 588, con nota di CONTI, *Controversie nei servizi pubblici: l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice*; in *Contratti*, 1999, 773, con nota di POZZI, *Trasporto marittimo e clausole vessatorie*; TRIB. ROMA, 4.2.2002, in *Foro*

it., 2002, I, 2829, con nota di DE ROSAS-PALMIERI, *Consumatori, contratti e difesa dalle vessazioni: gli ingranaggi cominciano, faticosamente, a girare*; in questa *Rivista*, 2002, I, 792, con nota di KLESTA DOSI, *Tutela dello scommettitore e regolamenti C.O.N.I.*; in *Corr. giur.*, 2002, 1618, con nota di FICI, «Consumatore», «professionista» e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore; TRIB. TORINO, 12.4.2000, in *Gius.*, 2000, n. 20, 2396; *contra*, TRIB. ROMA, 2.8.1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3010, con nota di LENER, *Clausole vessatorie e tutela inibitoria cautelare: brevi riflessioni*; in questa *Rivista*, 1999, I, 247, con nota di CONTE, *L'accesso alla tutela inibitoria cautelare tra le ragioni dei consumatori e le esigenze di coerenza del «sistema»*.

### 3. LA FUNZIONE «CORRETTIVA» SVOLTA DALLA GIURISPRUDENZA SULLE REGOLE CONSUETUDINARIE RITENUTE ERRONEAMENTE ESISTENTI.

### 4. SULLA POSSIBILITÀ CHE GLI USI NORMATIVI PREVISTI DALL'ART. 1283 COD. CIV. POSSANO FORMARSI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE CIVILE.

5. **CONCLUSIONI.** Che possano formarsi usi normativi, che legittimano l'anatocismo, in un periodo successivo all'entrata in vigore del codice civile, è stato escluso da CASS., 20.2.2003, n. 2593, in *Dir. e giur.*, 2003, 326, con nota di CICORIA, *Interessi anatocistici e contratto di mutuo: brevi considerazioni sul processo di formazione degli usi contrari*; in *Contratti*, 2003, 545, con nota di PANDOLFINI, *Divieto di anatocismo e contratto di mutuo bancario*; e, ancora, in *Guida al dir.*, 2003, n. 10, 40, con nota di SACCHETTINI, *Solo un uso contrario anteriore al codice civile potrebbe consentire una deroga al meccanismo*; TRIB. NAPOLI, 24.11.2000, in *Dir. e giur.*, 2000, 244, con nota di SINESIO, *Il recente dibattito sull'anatocismo nel conto corrente bancario: profili problematici*, cit. In senso contrario, TRIB. NAPOLI, 18.5.2003, cit. V. anche TRIB. BUSTO ARSIZIO, 15.6.1998, in *Foro it.*, 1998, I, 2997, con nota di PALMIERI.

## IV. La dottrina

1. GLI USI NORMATIVI ED IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELLA LORO FORMAZIONE. USI NORMATIVI E CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO. Sulla natura degli usi previsti dall'art. 1283 cod. civ., v. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, I, Giuffrè, 1978, 31 s.; BALOSSINI-COLTRO CAMPI, *Gli usi di banca, di borsa e di leasing*, Giuffrè, 1980, 84; SINESIO, *Interessi pecuniari tra autonomia e controlli*, Giuffrè, 1989, 88; BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 201; INZITARI, voce «Interessi», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, IX,

Utet, 1993, 596; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, nel *Trattato Rescigno*, 9, Utet, 1999, 706; COTTINO, *op. loc. cit.*; MEOLI, *L'anatocismo bancario tra consuetudine e nuova disciplina*, in questa *Rivista*, 2000, II, 467; *contra*, F. FERRO LUZZI, *op. cit.*, 180; ANGELONI, *La ripetizione degli interessi anatocistici corrisposti sulla base di apposite clausole contrattuali anteriormente al mutamento dell'indirizzo della S.C. che ne sanciva la legittimità*, in *Contr. e impr.*, 2000, 1167.

Sull'*opinio iuris*, v. PIZZORUSSO, voce «Consuetudine», in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Ed. Enc. it., 2000, 3; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, 6a ed., Cedam, 1993, 187 ss.; v. anche BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica - I soggetti*, Giuffrè, 1990, 74; GUARNERI, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 25; MEOLI, *L'anatocismo bancario tra consuetudine e nuova disciplina*, in questa *Rivista*, 2000, II, 461; SACCO, voce «Fonti non scritte del diritto italiano», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, Utet, 2000, 412 s. Ha, invece, negato la rilevanza dell'*opinio iuris* nella formazione delle regole consuetudinarie, BOBBIO, voce «Consuetudine (teoria gen.)», in *Enc. del dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 431 s.; per un'ampia critica, in ordine alla «costruzione dualistica (diuturnitas più opinio iuris)», v. R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Liguori, 1968, 130 ss. Si è aggiunto altresì, in dottrina, che l'elemento soggettivo presenta profili di irrealità e di inconsistenza: così, PAVONE LA ROSA, voce «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», in *Enc. del dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 520 s. Per quanto concerne, in particolare, gli usi in materia di anatocismo, cfr. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, nota a CASS. 30.3.1999, n. 3096, e CASS., 16.3.1999, n. 2374, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 650; GABRIELLI, *Capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi ed usi creditizi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 450.

Ritenevano esistenti, prima del *revirement* del 1999 del S.C. usi normativi, per alcuni contratti bancari: ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1959, *sub art.* 1283, 593; LIBERTINI, voce «Interessi», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1972, 137; BALOSSINI-COLTRO CAMPI, *op. cit.*, 79 ss., 91 ss., 101 ss.; SINESIO, *Interessi pecuniari tra autonomia e controlli*, cit., 92 s.; SIMONETTO, voce «Interessi», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it., 1989, 6; INZITARI, voce «Interessi», cit., 596; E. QUADRI, *op. cit.*, 707 s. Sul rapporto tra giurisprudenza ed usi, v. PORZIO, *op. cit.*, 655, il quale afferma, testualmente, che «la giurisprudenza è da considerare la principale fonte di cognizione della consuetu-

dine stessa e ... nella formazione dell'*opinio iuris*, la giurisprudenza assume un ruolo di grande rilievo»; v. anche COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*, cit., 1587; LOMBARDI, *Anatocismo: le Sezioni Unite non persuadono*, in *Corr. giur.*, 2005, 433.

La sentenza n. 21095 del 2004, in sostanza, per ciò che concerne il rapporto tra formazione degli usi e giurisprudenza, sembra riprendere un principio affermato da FRANCESCHELLI, voce «Consuetudine», nel *Noviss. Digesto it.*, II, Utet, 1981, 503.

La sentenza in commento, peraltro, ha evidenziato l'assoluta incompatibilità tra l'*opinio iuris* e le condizioni generali di contratto; così, anche INZITARI, *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, cit., 223 s.; FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 784. Sulla formazione degli usi, per effetto dell'imposizione di una regola al contraente «debole» da parte del contraente si trovava in una posizione, per così dire, di supremazia: MINERVINI, *Note in tema di estinzione degli usi (a proposito dei cc.dd. usi bancari anatocistici)*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, 182; PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, cit., 45; SINESIO, *op. ult. cit.*, 90; GUARNERI, voce «Usi», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, 1999, 533; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 12a ed., Giuffrè, 1998, 8; DE NOVA, *op. cit.*, 444; GINEVRA, *Il divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*, nota a Cass., 30.3.1999, n. 3096, Cass. 16.3.1999, n. 2374 e TRIB. MONZA, 16.2.1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 403 s.; SALANITRO, *Le Banche ed i contratti bancari*, nel *Trattato Vassalli*, VIII, 3, Utet, 1983, 49.

Si è osservato che le N.B.U. hanno ripreso talune prassi, preesistenti all'entrata in vigore del codice civile: v. GABRIELLI, *op. cit.*, 451; SINESIO, *Interessi pecuniari*, cit., 92 s.; ID., *Il recente dibattito sull'anatocismo nel conto corrente bancario*, cit., 255; DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*, cit., 443. Diffusamente, COLOMBO, voce «Anatocismo», in *Enc. giur. Treccani*, IX, *Agg.*, Ed. Enc. it., 2000, 9 ss. Spunti di riflessione sulla vicenda, dopo la sentenza n. 21095 del 2004, sono offerti da ROMAGNOLI, *Anatocismo, banche, clienti e consumatori: oltre Cass. sez. un. n. 21095/2004*, in questa *Rivista*, 2005, II, 68.

Sui rapporti tra usi e condizioni generali di contratto, v. anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Cedam, 1993, 145 s., nt. 29; MORELLO, voce «Condizioni generali di contratto», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., III, Utet, 1993, 341; DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, nel *Trattato Rescigno*, 10, Utet, 1997, 114, 122; BIANCA, *Diritto civi-*

*le*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 1998, 35; SINESIO, *Interessi pecuniari tra autonomia e controlli*, cit., 92; GABRIELLI, *op. cit.*, 450 s.; MINERVINI, *op. cit.*, 177 ss.; INZITARI, *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo*, cit., 225 ss.

2. USI NORMATIVI E DISCIPLINA DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE. Un'autorevole dottrina esclude che i regolamenti siano da intendersi richiamati dall'art. 1469 *ter* cod. civ.: DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, 1996, 34 s.; ID., *Le condizioni generali di contratto*, cit., 136; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 9a ed., Esi, 2004, 884; *contra*, SIRENA, *Commento all'art. 1469 ter, 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, nel *Commentario agli articoli 1469 bis - 1469 sexies del codice civile*, a cura di ALPA-PATTI, Giuffrè, 1997, I, 585 s., il quale, tuttavia, esclude che le clausole vessatorie, se ripetute in modo costante e uniforme, possano contribuire alla costituzione di usi normativi, considerato che esisterebbe un limite in tal senso, «rappresentato dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, tra i quali figura certamente la regola della buona fede in senso oggettivo»; sul punto, cfr. anche GRANATA, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori nel settore bancario*, in *I Contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, a cura di ALPA-BESSONE, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, I, Utet, 1999, 57. Sulla *ratio* dell'art. 1469 *ter* cod. civ., SIRENA, *op. ult. cit.*, 584; l'a., peraltro, evidenzia, per quanto riguarda la *ratio* della norma in commento, anche l'impossibilità di operare un controllo contenutistico, ad opera del giudice, sulle clausole riproduttive di legge; DE NOVA, *op. ult. cit.*

3. LA FUNZIONE «CORRETTIVA» SVOLTA DALLA GIURISPRUDENZA SULLE REGOLE CONSUETUDINARIE RITENUTE ERRONEAMENTE ESISTENTI. Sul punto, cfr. PALMIERI, nota a Cass. 11.11.1999, n. 12507, cit., 458 s.; MINERVINI, *op. cit.*, 184; INZITARI, *Le Sezioni Unite ed il divieto di anatocismo*, cit., 228.

4. SULLA POSSIBILITÀ CHE GLI USI NORMATIVI PREVISTI DALL'ART. 1283 COD. CIV. POSSANO FORMARSI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE CIVILE.

5. CONCLUSIONI. Sul valore del rinvio operato dall'art. 8 disp. prel. agli usi: cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 5; GUARNERI, *Gli usi e il sistema delle fonti nel diritto civile*, cit., 21. V., però, anche PAVONE LA ROSA, voce «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», cit., 524 s.

In dottrina, reputano che l'art. 1283 cod. civ. non precluda la formazione di usi normativi successivi al 1942: DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale*, cit., 443 s.; GINEVRA, *op. cit.*, 403; NIGRO,

nota a Cass., 11.11.1999, n. 12507, cit., 460 ss.; PANDOLFINI, *op. cit.*, 557 s.; CICORIA, *Interessi anatocistici e contratto di mutuo: brevi considerazioni sul processo di formazione degli usi contrari*, cit., 334, 339 s. *Contra*, INZITARI, *Il mutuo con riguardo*

*al tasso soglia della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 279; DI PIETROPAOLO, *op. cit.*, 2053 s.

GAETANO DI MARTINO

## I

- TRIB. S. MARIA CAPUA VETERE, sez. di Carinola, 7.1.2005

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE - INTERESSI - CLAUSOLA DI CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE - VALIDITÀ (cod. civ., art. 1283)

**In materia di contratto di conto corrente bancario, la clausola relativa alla capitalizzazione degli interessi è nulla indipendentemente dal periodo temporale di riferimento.**

## II

TRIB. TRANI, 9.12.2004

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE - INTERESSI - CLAUSOLA DI CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE - NULLITÀ - SUSTENENZA - CLAUSOLA DI CAPITALIZZAZIONE ANNUALE - VALIDITÀ (cod. civ., art. 1283)

**In materia di contratto di conto corrente bancario, la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi è nulla mentre non lo è quella annuale.**

*dal testo:*

## I

**Il fatto.** Con atto di citazione notificato il 19 settembre del 2000, gli istanti si opponevano al

decreto ingiuntivo emesso dall'intestato tribunale.

Assumevano che l'xxxxx aveva il 6 agosto del 1991 stipulato con la banca xxxxxx agenzia di xxxxxx un conto corrente assistito da convenzione di assegno, assumendo il conto di corrispondenza il numero xxxxxx.

Nel corso del rapporto era altresì stata accordata al correntista una linea di credito garantita da fidejussioni degli altri odierni opposenti alla quale erano stati applicati elevatissimi interessi debitori, procedendo alla capitalizzazione trimestrale degli interessi con addebito trimestrale di commissione di massimo scoperto. (*Omissis*)

**I motivi.** L'opposizione è fondata e merita accoglimento per quanto di ragione. (*Omissis*)

Passando a questo punto al secondo motivo di doglianza relativo alla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi prevista anch'essa dall'art. 7 delle condizioni di contratto già esaminato, deve ritenersi ormai conclamata l'illegittimità di tale forma anatocistica.

Da ultimo, la Corte di Cassazione a sezioni unite, con sentenza 7 ottobre 4 novembre 2004 n. 21095, ha, nella sostanza, confermato l'orientamento giurisprudenziale, già consolidatosi anche presso il giudice della legittimità, secondo il quale la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi (in questo senso, da principio, Cass. 16 marzo 1999 n. 2374; 30 marzo 1999 n. 3096; 1999/12507).

Si è in sintesi escluso che la capitalizzazione degli interessi trimestrali costituisca un uso normativo fosse cioè munita dei requisiti indi-