

Ferruccio Auletta

**...IL SOLE E L'ALTRE STELLE: È LA
GIURISDIZIONE QUELLA DEL
«SISTEMA» DELL'ABF?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO**Coll. coord.**

5 aprile 2018, n. 7440

Pres. Rel. MASSERA

Ordinamento giudiziario - Giurisdizione civile - Cassazione - Giurisprudenza della Corte - Arbitro bancario finanziario - Soggezione - Condizioni.

(Costituzione, art. 101; codice di procedura civile, art. 360 *bis*; R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, art. 65; D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, art. 128 *bis*).

È pregiudizialmente inibito all'ABF, tenuto a decidere secondo diritto, di non recepire il dictum delle Sezioni unite, al vertice della giurisdizione essendo posta la Suprema Corte di Cassazione, cui la legge sull'Ordinamento giudiziario attribuisce la funzione di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge [nonché] l'unità del diritto oggettivo nazionale". Se pertanto il Collegio decidesse enunciando principi di diritto in contrasto, l'ABF si collocherebbe automaticamente fuori di tale sistema, del quale è invece partecipe in misura dell'autorevolezza e credibilità delle sue decisioni (1).

FATTO. — 1.1. Il ricorrente, esperito con esito negativo il prescritto reclamo, ricorre all'ABF assumendo che il contratto di finanziamento stipulato in data 6/5/2009 sarebbe regolato da un tasso effettivo, inclusivo di tutti i costi, superiore alla soglia di usura sin dall'origine e, comunque, in via sopravvenuta, in relazione all'andamento dei tassi nel corso del rapporto.

1.2. Tanto premesso, chiese di verificare e dichiarare la sussistenza del superamento del tasso soglia usura sin dall'origine e, comunque, l'usura sopravvenuta, con conseguente riconoscimento del diritto alla restituzione di interessi, spese e commissioni illegittimamente incassati, quantificati in €. 7.593,02, ovvero nella maggior o minor somma determinata in sede arbitrale.

2. Costitutosi ritualmente, l'intermediario resistente si oppose alle avverse pretese, eccependo, pregiudizialmente, l'irricevibilità del ricorso per difetto di competenza temporale dell'Arbitro, in quanto le contestazioni del ricorrente, incentrandosi sull'usurarietà dei tassi applicati al rapporto di finanziamento, riguardavano un vizio genetico del contratto, in realtà stipulato nel 2008 (e non nel 2009 come affermato dal ricorrente), quindi, in data antecedente al limite di competenza temporale dell'ABF (fissato al 1° gennaio 2009) e chiedendo, nel merito, il rigetto del ricorso poiché infondato, non essendo mai stato superato il tasso soglia.

3.1. Nella seduta del 30 gennaio 2018 il Collegio di Napoli, territorialmente competente, accertò che la documentazione in atti dimostrava che il contratto all'origine della controversia era stato stipulato in data 17 dicembre 2008, con conseguente inammissibilità, *ratione temporis*, della domanda relativa all'usura genetica del finanziamento.

3.2. Affrontò, quindi, il tema relativo all'usura sopravvenuta nel corso del rapporto e rimise la decisione al Collegio di Coordinamento in applicazione

dell'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF; premesso, infatti, che in taluni periodi il tasso soglia risultava superato, sostanzialmente il Collegio rimettente ravvisò un contrasto tra la decisione del Collegio di Coordinamento n. 77 del 2014 e la recente sentenza 17 ottobre 2017, n. 24675 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di configurabilità dell'usura sopravvenuta.

DIRITTO. — 1. Il contratto all'origine della controversia è stato stipulato nel 2008, quindi la domanda volta a denunciare il carattere ab origine usurario degli interessi pattuiti è inammissibile, poiché riguarda un vizio genetico del contratto stesso, antecedente al limite della competenza temporale dell'ABF.

2. È, per contro, ammissibile la domanda relativa all'usura sopravvenuta, poiché concerne il superamento del tasso soglia in periodi successivi al 1° gennaio 2009.

3. Il Collegio di Coordinamento dell'ABF ha già esaminato la questione (decisione n. 77/2014) affidandone la soluzione alla corretta applicazione del principio di buona fede inteso in senso oggettivo, congiunta al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione; tale rimedio venne ritenuto il più congruo al fine di trasferire all'interno di un rapporto di durata poliennale i vantaggi economici derivanti da una discesa dei tassi di mercato senza alterare in modo eccessivo l'equilibrio contrattuale, ma armonizzandolo con la funzione equilibratrice propria di un sistema giuridico assiologicamente orientato; in tal modo — ad avviso del Collegio di Coordinamento — diveniva possibile assicurare la giusta tutela a chi avesse contratto un finanziamento a tasso fisso, richiamando nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore e, in tal guisa, imponendo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

4. La recente sentenza n. 24675/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale manifestatosi all'interno delle Sezioni della stessa Corte Suprema, ha negato la configurabilità dell'usura sopravvenuta sul rilievo che il giudice è vincolato all'interpretazione autentica degli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ., come modificati dalla legge n. 108 del 1996 (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000; interpretazione della quale la Corte costituzionale aveva escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25 febbraio 2002, n. 29, e della quale non poteva negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame.

Nell'occasione, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: « Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al

momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto ».

5. Nell'ordinanza di rimessione, il Collegio territoriale ha formulato le seguenti osservazioni: *a)* il ricorso alla clausola generale di buona fede e il richiamo al principio generale di solidarietà sociale — contrattuale di cui all'art. 2 Cost., valorizzati dal Collegio di Coordinamento, inducono a perplessità; *b)* ma anche la decisione delle Sezioni Unite presenta gli aspetti critici seguenti: *b1)* la valutazione della liceità delle dazioni successive di interessi usurari alla sola stregua dell'originaria pattuizione contrasta con l'esigenza che l'oggetto del contratto integri i requisiti richiesti dall'art. 1346 c.c. (possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità) tanto al momento della sua conclusione, quanto nella fase di sua esecuzione; *b2)* la valutazione dell'usurarietà circoscritta al solo momento della stipula del contratto di mutuo depotenzia la portata repressiva della norma.

6. Una questione di carattere pregiudiziale inibisce l'esame nel merito delle argomentazioni addotte dal Collegio rimettente: l'ABF è tenuta a decidere secondo diritto; al vertice della giurisdizione in Italia è posta la Suprema Corte di Cassazione, cui la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) attribuisce la funzione di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni"; questa funzione è espletata in modo precipuo dalle Sezioni Unite. A ciò consegue che sarebbe davvero singolare che il Collegio di Coordinamento sostanzialmente "riformasse" una decisione di tale organismo enunciando principi di diritto in contrasto; ove ciò avvenisse, l'ABF si collocerebbe automaticamente fuori dal sistema, con inevitabili ricadute sulla sua autorevolezza e sulla credibilità delle sue decisioni. Per questa ragione determinante questo Collegio ritiene necessario recepire il dictum delle Sezioni Unite.

7. Peraltro giova sottolineare che la decisione delle Sezioni Unite è incardinata sull'interpretazione autentica della normativa vigente che vincola il giudice inducendolo a stabilire che è impossibile affermare, sulla base delle disposizioni della legge n. 108 del 1996, diverse dagli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. come da essa novellati, che il superamento del tasso soglia dell'usura al tempo del pagamento, da parte del tasso convenzionale inferiore a tale soglia al momento della pattuizione, comporti la nullità o l'inefficacia della corrispondente clausola contrattuale o comunque l'illiceità della pretesa del pagamento del creditore.

In altri termini, le Sezioni Unite, più che interpretare autonomamente la norma, hanno dato atto dell'interpretazione autentica che lo stesso legislatore ne ha offerto con il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24. Se, dunque, "il giudice è vincolato all'interpretazione autentica" del legislatore, ne consegue che i rilievi del Collegio di Napoli — che invece prescinde dal predetto tema — assumono valenza de jure condendo, ma non possono assurgere a canone ermeneutico della normativa vigente.

In definitiva, il perseguimento delle esigenze indicate dal Collegio rimettente potrà avvenire solo a seguito di appropriato intervento del legislatore, ma non in via interpretativa.

8. Pertanto il Collegio di Coordinamento, adattando alla peculiarità del procedimento ABF il dictum delle Sezioni Unite, enuncia il principio di diritto seguente: “La normativa vigente non consente di sanzionare la cosiddetta usura sopravvenuta, cioè il superamento, nel corso dello svolgimento del rapporto, da parte del tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario la soglia dell’usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, sempre che, al momento della stipula del contratto di finanziamento, il predetto tasso non eccedesse il tasso soglia”.

9. In applicazione di quanto sopra argomentato, il ricorso non merita accoglimento: la domanda relativa all’usura genetica è inammissibile *ratione temporis*; quella relativa all’usura sopravvenuta è infondata per le ragioni sopra indicate.

(1) ... il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del « sistema » dell'ABF?

SOMMARIO: 1. Qual è il sistema gravitazionale dell'Abf?. — 2. Il relativo trattamento degli « orientamenti non uniformi ». — 3. La questione declinata dal Collegio *a quo*. — 4. (*segue*) ... e quella impediante davanti al Collegio *ad quem*. — 5. La natura dell'Abf, la soggezione non esclusiva alla legge e la immanente condizione di possibilità del provvedimento richiesto.

1. Anche a enfatizzarne l’alienità, anni fa avevo scritto di « Arbitro bancario finanziario e ‘sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie’ » (1). Ma, se è fuori di questi qui, qual è il *sistema* gravitazionale proprio dell’ABF? Una recente pronuncia del Collegio di coordinamento sembra ritenere trattarsi del « sistema » della giurisdizione, stimandolo forse — al contrario delle sovrimpressioni che negli specchietti retrovisori avvertono a permanenza il conducente — assai più vicino di quanto sia in realtà.

2. Nella figura che si rileva dal disegno normativo, « una particolare composizione dell’ABF, denominata Collegio di coordinamento » è titolata, in generale quando « la questione [...] possa dare luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli Collegi », a « esamina[re] e deci[dere] » il relativo ricorso, ferme « le regole dettate [e] gli effetti delle decisioni » (art. 5, Sez. III, Disposizioni della Banca d’Italia del 18 giugno 2009 e succ. modd.). In breve, il Collegio di coordinamento vale *tout court* quanto un collegio territoriale se non fosse che quest’ultimo, investito del ricorso, « [deve] rimette[rlo] al Collegio di coordinamento se la controversia pone questioni sulla competenza o sul procedimento e il Collegio ritiene di non condividere i principi di diritto enunciati, con precedenti decisioni, a tale riguardo » (art. 8, comma 2°, Regolamento per il funzionamento dell’organo decidente dell’ABF).

Sembrirebbe, quindi, viziata di incompetenza (nell’accezione che ha tale vizio quando riferito al provvedimento amministrativo: art. 21-*octies* l. n. 241/1990) la delibera dell’Organo territoriale che rivelasse conflitto reale « con precedenti decisioni » del Collegio di coordinamento, sempre che il conflitto sia caduto specificamente sopra « questioni sulla competenza o sul procedimento », e non l’« oggetto » stesso del

(1) In *Società*, 2011, 83.

giudizio. Su quest'ultimo (2), invece, « orientamenti non uniformi » paiono naturalmente ammissibili, cioè senza invalidazione della decisione posteriore, ma possono comunque essere prevenuti per l'esercizio del potere di rimessione dell'Organo territoriale.

3. Nella specie, « il Collegio di Napoli, territorialmente competente, [aveva] affrontato il tema relativo all'usura sopravvenuta nel corso del rapporto e rim[esse] la decisione al Collegio di Coordinamento in applicazione dell'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF; [...] sostanzialmente il Collegio rimettente ravvisava un contrasto tra la decisione del Collegio di Coordinamento n. 77 del 2014 e la recente sentenza 17 ottobre 2017, n. 24675 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di configurabilità dell'usura sopravvenuta ».

Con la citata decisione n. 77/2014 (3), il Collegio di coordinamento era venuto assicurando la tutela richiesta da chi avesse contratto un finanziamento a tasso fisso ma che negli anni aveva poi dovuto assistere alla deriva dei vantaggi economici per forza della discesa dei tassi di mercato. La più recente sentenza n. 24675/2017 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, viceversa, aveva negato la configurabilità stessa dell'usura c.d. sopravvenuta: sentenza « della quale non poteva negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame ».

Il principio di diritto che era sortito dalle Ss. Uu. recitava, perciò: « allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto » (4).

Date tali premesse, il Collegio territoriale ha, quindi, declinato di decidere il ricorso sulla domanda di tutela del cliente che allegava proprio un fatto di usura sopravvenuta, stante il bisogno di superare, già in termini argomentativi, gli enunciati più risalenti del Collegio di coordinamento, e ne ha operato la nuova investitura.

4. Sennonché, questo osserva adesso che « una questione di carattere pregiudiziale inibisce l'esame nel merito delle argomentazioni addotte dal Collegio rimettente: l'ABF è tenuto a decidere secondo diritto; al vertice della giurisdizione in Italia è posta la Suprema Corte di Cassazione, cui la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) attribuisce la funzione di assicurare « l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni »; questa funzione è espletata in modo precipuo dalle Sezioni Unite. A ciò consegue che sarebbe davvero singolare che il Collegio di Coordinamento sostanzialmente "riformasse" una decisione di tale organismo enunciando principi di diritto in contrasto; ove ciò avvenisse, l'ABF

(2) Naturalmente non tra le medesime parti: diversamente, si darebbe luogo, probabilmente, al difetto di attribuzione da *bis in idem*, con nullità infine definibile a norma dell'art. 21-septies, l. n. 241/1990.

(3) Cfr. <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

(4) Cfr. in questa *Rivista*, 2018, II, con nota di FAUCEGLIA, *L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675/2017: più interrogativi che risposte*; in *Foro it.*, 2017, I, 3274, n. CARRIERO, LA ROCCA; *Contr.*, 2017, 637, n. MORISI; *Corr. giur.*, 2017, 1484, n. PAGLIANTINI, GUIZZI; *Giur. it.*, 2018, 40, n. BARTOLOMUCCI.

si collocherebbe automaticamente fuori dal sistema, con inevitabili ricadute sulla sua autorevolezza e sulla credibilità delle sue decisioni. Per questa ragione determinante questo Collegio ritiene necessario recepire il dictum delle Sezioni Unite » (5).

Benché autosufficiente (6), la *ratio decidendi* viene seguita da un'esplicazione additiva, secondo cui « le Sezioni Unite, più che interpretare autonomamente la norma, hanno dato atto dell'interpretazione autentica che lo stesso legislatore ne ha offerto con il d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24. Se, dunque, "il giudice è vincolato all'interpretazione autentica" del legislatore, ne consegue che i rilievi del Collegio di Napoli — che invece prescinde dal predetto tema — assumono valenza *de jure condendo*, ma non possono assurgere a canone ermeneutico della normativa vigente ».

In sintesi, al lettore della Decisione vengono presentati autonomi fondamenti, vale a dire l'esclusione di ogni forma di tutela della clientela bancaria per la vicenda dell'usura c.d. sopravvenuta: né in base alla *legge* né al *diritto* si fa allora sanzionabile il superamento, nel corso dello svolgimento del rapporto, da parte del tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario, della soglia normativa dell'usura, rilevando unicamente che al momento della stipula del contratto di finanziamento il predetto tasso non abbia ecceduto quest'ultima.

Gli argomenti suscitano curiosità, specie in chi assume la funzione dell'ABF solidamente caratterizzata da elementi di struttura e funzione pubblicistici (7).

5. Il Collegio di coordinamento predica di sé l'appartenenza al « sistema », e si inibisce, siccome « tenut[o] a decidere secondo diritto », di « colloc[arsen]e [...] fuori »: in realtà, la fonte eteronoma meno remota rispetto alla decisione costringe questa a fare esclusivamente « base [n]ella documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca » (Disp., Sez. VI, 3). In altri termini, le « Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazione e servizi bancari e finanziari » (nel testo consolidato dal 2 novembre 2016)

(5) « Pertanto il Collegio di Coordinamento, adattando alla peculiarità del procedimento ABF il dictum delle Sezioni Unite, enuncia il principio di diritto seguente: "La normativa vigente non consente di sanzionare la cosiddetta usura sopravvenuta, cioè il superamento, nel corso dello svolgimento del rapporto, da parte del tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, sempre che, al momento della stipula del contratto di finanziamento, il predetto tasso non eccedesse il tasso soglia" ».

(6) Ancorché non sedato rimanga il dubbio che il Collegio *plus dixit quam voluit*, e cioè che, non tanto « necessario » (come pure testualmente si dice) quanto massimamente opportuno sia sembrato « recepire il dictum delle Sezioni Unite », il solo atto che avrebbe potuto conservare all'ABF l'autorevolezza e credibilità esigibili. In altre parole, pure la scelta di agire diversamente sarebbe stata intesa come fatta *iure*, ma certo diminuendo la forza con la quale l'ABF partecipa dell'equilibrio complessivo nel campo gravitazionale entro cui orbita.

(7) Sintetizzo qui la posizione che ho ancora, e da ultimo, difesa in AA.Vv., *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, a cura di Barenghi, Napoli, 2018, 418: « Sicché, il tentativo di ricostruire più nettamente la figura dell'ABF entro il procedimento di vigilanza è ancora il discorso più sanamente realistico da fare. Non so se è il più corretto, certamente è il più realistico.

In passato ho paragonato il *responso* dell'Arbitro al parere del Consiglio di Stato giustapposto all'atto di decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. È la Corte costituzionale ad averlo chiamato *responso*, è la Corte Costituzionale a evocare comunque una soluzione amministrativa assimilabile all'esercizio dell'autotutela.

Ne è che quella nota decisione redatta da Paolo Grossi in fondo non viene certo a smentire la ricostruzione che continuo a offrire, sbilanciata verso la componente di autorità e con evidente sacrificio di una corrispondente quota gius-privatistica dell'ABF ».

costituiscono, nella cascata di quelle subprimarie che alimenta l'ABF (8), la fonte prossima più di altre nel somministrare la regola di giudizio, che infine si atteggia verso l'Organo decidente in modo non dissimile da quanto avviene per quegli enti o soggetti pubblici nei quali la legittimità dell'azione si misura esclusivamente su fonti di corrispondente qualità e rango, e gli atti conseguentemente rifuggono ogni atipicità che sarebbe prodotto primo della (invece bandita) autonomia.

Insomma, il « sistema » dal quale l'ABF non può trarsi fuori è quello sì del diritto pubblico, ma del procedimento amministrativo e della funzione di vigilanza bancaria, e pare invece tutt'altro che persuasivo l'insistito richiamo alla *giurisdizione* e all'ordinamento giudiziario (cosa che, peraltro, esclude poi il bisogno di ogni alternativa configurazione privatistica dell'ABF, in guisa di arbitro vero e proprio, con la sequela di autonomia che solo di là ne potrebbe derivare).

Nel diverso e peculiare « sistema » della giurisdizione, infatti, quella del *giudice* alla legge è soggezione esclusiva (art. 101, comma 2°, Cost.), peraltro alla legge e non già (anche) al diritto (9); e mai, proprio in ragione di tale legame immediato ed esclusivo del giudice alla legge, potrebbe prendere « carattere pregiudiziale » o finanche « inibitorio » la questione relativa all'applicazione da parte sua di « principi di diritto in contrasto » con gli enunciati delle Sezioni unite, che non hanno dignità di medio per le sezioni semplici della Corte di cassazione, e men che meno potrebbero averlo per i giudici di merito (10).

Dunque, per un soggetto pubblico altro da un giudice la soggezione non può mai essere esclusiva nei confronti della legge (e neppure quella dell'ABF, infatti, lo è), né cogente è il diritto proclamato (in quanto) dalle Sezioni unite perché la « giurisprudenza della Corte » (art. 360-*bis* c.p.c.) non è (in quanto tale) parametro (ulteriore e) diretto sul quale misurare tipicità e legittimità degli atti dell'ABF, così come di nessun agente di diritto amministrativo (che, anzi, rimane senza dubbio astringibile a normativa secondaria che pure fosse dettata in spregio della « giurisprudenza della Corte »).

Del resto, se la domanda di applicare « principi di diritto in contrasto » con gli enunciati delle Sezioni unite trovasse impedimento vero e proprio in una condizione

(8) Per una illustrazione v. il commento all'art. 128-*bis* t.u.b. in AA.VV., *Commento al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia* - D.leg. 1° settembre 1993 n. 385 e successive modificazioni, a cura di Costa, Torino, 2013, II, 1520.

(9) Cfr. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, Contributo al seminario "La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici", Roma, 6 novembre 2009, in <https://www.cortecostituzionale.it>: « Il giudice tedesco è non solo soggetto alla legge (art. 97 co. 1 LF), ma anche vincolato a "legge e diritto" (art. 20 co. 3 LF), termine distinto da quello dell'ordinamento costituzionale (*verfassungsmäßige Ordnung*) che vincola in primis il legislatore. A differenza della costituzione italiana, quella tedesca stabilisce peraltro esplicitamente che i "diritti fondamentali" della Legge fondamentale vincolano tutti i poteri, oltre alla legislazione quindi anche quello giudiziario, come "diritto immediatamente vigente" (art. 1 co. 3). La diade "legge e diritto" sembra riflettere qualche apertura alla cultura giuridica anglosassone, ma i giudicati delle supreme magistrature federali e del loro senato comune che garantisce l'uniformità della giurisprudenza (art. 95 co. 3 LF) vincolano solo il giudice del giudizio *ad quem* alle interpretazioni delle fonti *de quibus*. La legge sull'ordinamento giudiziario delega tali giudici a svolgere funzioni di "perfezionamento del diritto". Le loro sentenze, anche quelle basate su interpretazioni adeguatrici quindi non sono fonti del diritto, ma precedenti la cui citazione può essere sufficiente per soddisfare un obbligo di motivazione che, sebbene non esplicitato dalla Legge fondamentale, può essere fatto discendere dai principi costituzionali dello "stato di diritto" (*Rechtsstaat*), termine esplicitato peraltro solo nel 1992 nella revisione costituzionale necessitata dall'adesione all'Unione europea ».

(10) Cfr. AULETTA, *Note intorno alla prima applicazione del c.d. « vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite »*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 769; CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis « all'italiana »*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*

che, come per l'azione in giudizio, s'usa(sse) individuare come *possibilità del provvedimento richiesto* (11), allora il merito stesso della pretesa finale riuscirebbe stabilmente inaccessibile, e quella domanda di tutela — non rigettata, come pure avvenuto nella specie, ma — *recte* andrebbe dichiarata inammissibile (o, similmente, senza comunque generare preclusione).

FERRUCCIO AULETTA

(11) Cfr. VERDE, *Diritto processuale civile*, 1, Bologna, 2017, 147 s.: « *La possibilità del provvedimento richiesto e l'esistenza del diritto*. Su queste condizioni non occorre spendere molte parole. Secondo la teoria dell'azione come diritto a un provvedimento di merito qualsiasi, in tanto è possibile agire in giudizio in quanto il provvedimento rientri in uno dei tipi previsti dall'ordinamento. [...]. In sintesi, si può concludere assumendo che l'autonomia dell'azione dal diritto sostanziale risulta confermata dall'indagine sulle condizioni dell'azione. Il giudice, infatti, prima di esaminare se esiste o non il diritto dedotto in giudizio, deve risolvere una serie di problemi, che non sono di carattere processuale e che consentono di passare alla trattazione del merito (appunto, perciò, si parla di condizioni per la trattazione del merito). D'altra parte, le decisioni che ritengono inesistenti tali condizioni non precludono la possibilità di riproporre, quando tali condizioni si siano verificate, una nuova e identica domanda. La natura delle condizioni è, infine, tale che il loro esame si avvicina sempre più a quello del merito, secondo la logica di un graduale accostamento, che diviene identificazione totale quando si ritenga che pure l'esistenza del diritto possa configurarsi come condizione dell'azione ».