



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Civile 2

LE SOPRAVVENIENZE NEI CONTRATTI DI CREDITO:
LA VICENDA DELL'USURA SOPRAVVENUTA

RELATORE

Prof. Mario Nuzzo

CANDIDATO

Emanuele Tedesco

Matr. 130283

CORRELATORE

Prof. Francesco Ricci

ANNO ACCADEMICO 2017/18

*Negli anni più vulnerabili della mia giovinezza,
mio padre mi diede un consiglio che non mi è mai
uscito di mente.*

*«Quando ti vien voglia di criticare qualcuno», mi
disse, «ricordati che non tutti a questo mondo
hanno avuto i vantaggi che hai avuto tu»*

Francis Scott Fitzgerald

CAPITOLO I
IL PROBLEMA DELL'USURA SOPRAVVENUTA

1.	LA FATTISPECIE	6
2.	I DUBBI	8
2.1	(<i>Segue</i>) LA CASISTICA	9
2.2	(<i>Segue</i>) IL PROBLEMA DEGLI INTERESSI MORATORI	13
3.	LE TESI DELLA DOTTRINA	17
3.1	(<i>Segue</i>) PRIMA TESI: IRRILEVANZA	19
3.2	(<i>Segue</i>) SECONDA TESI: NULLITÀ SOPRAVVENUTA	21
3.3	(<i>Segue</i>) TERZA TESI: INEFFICACIA SOPRAVVENUTA	27
3.4	(<i>Segue</i>) QUARTA TESI: ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA O IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA	29
3.5	(<i>Segue</i>) QUINTA TESI: INESIGIBILITÀ IN BASE AL PRINCIPIO DI BUONA FEDE	32
4.	GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA	34
5.	LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE	35
6.	USURA SOPRAVVENUTA E SOPRAVVENIENZE	38

CAPITOLO II
**LA DISCIPLINA GENERALE DELLE SOPRAVVENIENZE: UNA
DIVERSA CHIAVE DI LETTURA**

1.	IL RISCHIO CONTRATTUALE	42
2.	I PRESUPPOSTI DI RILEVANZA DELLE SOPRAVVENIENZE	47
2.1	LA NATURA DEI CONTRATTI COLPITI DALLE SOPRAVVENIENZE	49

2.2	LE CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE	52
2.3	I FATTI STRAORDINARI E IMPREVEDIBILI	53
2.4	L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ECESSIVA ONEROSITÀ»	57
2.5	(Segue) L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ALEA NORMALE» DEL CONTRATTO	60
3.	LA SCELTA DEL RIMEDIO	62
4.	RIMEDI «ABLATIVI»	64
5.	RIMEDI «MANUTENTIVI»	67
5.1	<i>REDUCTIO AD AEQUITATEM</i>	74
5.2	RIMEDI CONVENZIONALI	78
5.2.1	(Segue) LE CLAUSOLE DI ADEGUAMENTO	79
5.2.2	(Segue) LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE	80
5.3	OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE IL CONTRATTO	82
5.4	INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE	86
6.	CONCLUSIONI SUL RIMEDIO MANUTENTIVO DI RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO	90

CAPITOLO III

INADEGUATEZZA DEI RIMEDI SETTORIALI

1.	CONTRATTI DI CREDITO E SOPRAVVENIENZE	92
2.	MISURE «CONCORRENZIALI»: PORTABILITÀ DEL MUTUO E RINEGOZIAZIONE «VOLONTARIA»	94
3.	MISURE «DIRIGISTICHE»: SOSPENSIONE DELLE RATE DEL MUTUO	99
3.1	(Segue) ALTRE MISURE «DIRIGISTICHE»: LA RINEGOZIAZIONE «OBBLIGATORIA»	102

4.	INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «CONCORRENZIALI»	104
5.	INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «DIRIGISTICI»	107
6.	LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE I RIMEDI NELLA DISCIPLINA GENERALE	112

CAPITOLO IV

USURA SOPRAVVENUTA E RIMEDI «MANUTENTIVI»

1.	USURA SOPRAVVENUTA, SOPRAVVENIENZE E CONTRATTI DI MUTUO	116
2.	RIMEDI «ABLATIVI»	121
3.	NECESSITÀ DI RIMEDI «MANUTENTIVI»	127
3.1	<i>(Segue)</i> RIMEDI «MANUTENTIVI»: LE SOLUZIONI CONVENZIONALI	134
3.2	<i>(Segue)</i> RIMEDI «MANUTENTIVI»: OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE	137
3.2.1	<i>(Segue)</i> OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE: UNA CONFERMA NELLA DISCIPLINA DEL CREDITO IMMOBILIARE	144
4.	REVISIONE GIUDIZIALE DEL CONTRATTO	147
5.	I LIMITI DELL'IMPOSTAZIONE DELLE SEZIONI UNITE SULL'USURA SOPRAVVENUTA	152
	BIBLIOGRAFIA	164
	GIURISPRUDENZA	177
	DECISIONI ABF	179

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELL'USURA SOPRAVVENUTA

SOMMARIO: 1. LA FATTISPECIE – 2. I DUBBI – 2.1 (*Segue*) LA CASISTICA – 2.2 (*Segue*) IL PROBLEMA DEGLI INTERESSI MORATORI – 3. LE TESI DELLA DOTTRINA – 3.1 (*Segue*) PRIMA TESI: IRRILEVANZA – 3.2 (*Segue*) SECONDA TESI: NULLITÀ SOPRAVVENUTA – 3.3 (*Segue*) TERZA TESI: INEFFICACIA SOPRAVVENUTA – 3.4 (*Segue*) QUARTA TESI: ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA O IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA – 3.5 (*Segue*) QUINTA TESI: INESIGIBILITÀ IN BASE AL PRINCIPIO DI BUONA FEDE – 4. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA – 5. LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE – 6. USURA SOPRAVVENUTA E SOPRAVVENIENZE.

1. LA FATTISPECIE

Alcune recenti vicende dimostrano che il problema principale, qualora un contratto di mutuo o, più in generale, di credito sia colpito da una sopravvenienza, riguarda l'individuazione del rimedio in concreto a disposizione delle parti. L'esempio forse migliore è rappresentato dall'intricata vicenda dell'usura sopravvenuta, innescata dalla legge 7 marzo 1996, n.108.

Pur non essendo questa la sede per trattare compiutamente del reato di usura¹, previsto dall'articolo 644 cod. pen., occorre brevemente ricordare che la legge 7 marzo 1996, n. 108 ha profondamente innovato la disciplina, da un lato, espungendo dalla fattispecie incriminatrice il precedente riferimento allo stato di bisogno e al necessario approfittamento da parte del reo² e, dall'altro, selezionando drasticamente gli elementi costitutivi dell'illecito penale, oggi circoscritto al solo «farsi dare o promettere», quale corrispettivo di una «prestazione di denaro od altra utilità, interessi ovvero altri vantaggi usurari».

¹ Per più ampi riferimenti si rimanda a G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale: parte speciale, Vol. 2, II, I delitti contro il patrimonio*, UTET, 2015, pp. 224 ss.

² Il che costituisce ora circostanza aggravante del reato a norma dell'articolo 644, quinto comma, cod. pen.

Inoltre, è stata anche modificata la disciplina civilistica dell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ., il quale oggi prevede la conversione del mutuo oneroso in gratuito nel caso in cui siano pattuiti interessi usurari³.

Ciò che preme evidenziare è che, in conseguenza della riforma del 1996, l'usurarietà può configurarsi o *ex lege* ovvero all'esito di un accertamento di carattere sia oggettivo sia soggettivo da svolgere in concreto (cosiddetta «usura in concreto»); tralasciando il secondo caso, a norma dell'articolo 644, terzo comma, cod. pen., è la legge a stabilire il limite oltre il quale il tasso di interesse pattuito si considera usurario e, quindi, si configura il reato.

Nello specifico, la determinazione del tasso-soglia è rimessa al Ministero dell'Economia e delle Finanze, il quale, sentita la Banca d'Italia, rileva trimestralmente il TEGM (Tasso Effettivo Globale Medio) degli interessi praticato dalle banche e dagli altri intermediari finanziari nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.

Il tasso-soglia è, poi, individuato sommando quattro punti percentuali al TEGM relativo alla concreta operazione, aumentato a sua volta di 1/4; in ogni caso, la differenza tra il tasso-soglia e il tasso medio non può superare gli otto punti percentuali.

Va da sé che, per la chiara portata polarizzante, la complessa e intricata definizione di «interesse usurario» vale non solo a fini penalistici, ma anche civilistici.

Fatta questa premessa, in prima approssimazione, si può dire che il problema dell'usura sopravvenuta ricorreva – e ricorre – ogniqualvolta il tasso d'interesse originariamente lecito superi il tasso-soglia rilevante; il fenomeno può verificarsi o perché si tratta di interessi relativi a un contratto stipulato anteriormente alla modifica legislativa del 1996, o perché il tasso originariamente sotto-soglia ha superato il limite legale a causa di una

³ È pacifico che l'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. esprima un sanzione civile per l'usura. Cfr. L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in AA. VV., *I contratti per l'impresa, II, Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI, Il Mulino, 2012, p. 33.

sopravvenuta variazione in diminuzione della misura del tasso-soglia, o, infine, per qualsiasi altra ragione.

2. I DUBBI

Una volta delineata in termini generalissimi la nozione di usura sopravvenuta, è agevole rilevare come essa sia idonea a ricomprendere ipotesi molto eterogenee⁴, originate, a loro volta, da una pluralità di cause. Per questo motivo, quando si parla di usura sopravvenuta, è difficile individuare un criterio che permetta di delimitare in modo preciso l'area rilevante e di distinguere le fattispecie propriamente ricomprese in tale area dalle altre che, al contrario, ne sono estranee.

È, quindi, necessario procedere con cautela, soprattutto perché l'inquadramento della questione dipende in massima parte dal modo in cui, da un lato, la disciplina sanzionatoria penale interseca quella civile di cui all'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. e, dall'altro, entrambe intersecano la disciplina generale sulle patologie – genetiche o funzionali – del contratto.

In aggiunta a ciò, un ulteriore problema deriva dalla difficoltà di individuare dei parametri univoci ai fini del giudizio di usurarietà del tasso di interesse pattuito. Infatti, ciò che conta ai fini della valutazione del carattere usurario non è tanto – e solo – il tasso degli interessi corrispettivi pattuito, ma piuttosto una serie di voci ricomprese nella figura del TEG (Tasso Effettivo Globale), il quale, a sua volta, indica in maniera sintetica il costo del credito a carico del cliente-mutuatario.

Ma né il TEG né il TEGM, da cui si ricava il tasso-soglia, menzionano *expressis verbis* una serie di voci, primi fra tutti gli interessi moratori. Da qui una serie di dubbi sia sulla possibilità di includere anche tali interessi nel tasso

⁴ Cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *L'usura sopravvenuta: una polisemia irrisolta?*, in *Rivista di diritto bancario*, www.dirittobancario.it/rivista/credito/usura/l-usura-sopravvenuta-una-polisemia-irrisolta, 2017.

rilevante ai fini del giudizio di usurarietà sia, una volta accertata tale possibilità, sulle modalità di tale inclusione.

Dunque, a causa di tutti questi problemi, è bene ribadire che l'usura sopravvenuta rileva esclusivamente, e non senza qualche forzatura, come una mera figura di genere, capace di ricomprendere al suo interno ipotesi molto diverse tra loro. Ed è per tale motivo che appare utile tratteggiare, in modo sintetico, le fattispecie che solitamente si ricollegano al fenomeno dell'usura sopravvenuta; e ciò non di certo per ragioni di ordine dogmatico, ma al fine di evitare confusioni termologiche e di disciplina.

2.1 (Segue) LA CASISTICA

In primo luogo, l'usura sopravvenuta può derivare da *ius superveniens*. Come detto *supra*⁵, prima del 1996 il reato di usura ruotava intorno a valutazioni di carattere soggettivo relative, da una parte, allo stato di bisogno della vittima e, dall'altra, al corrispondente approfittamento da parte del reo; con la legge 7 marzo 1996, n.108, gli elementi costitutivi del reato sono stati «oggettivizzati», essendo divenuto rilevante soltanto il dato obiettivo che il TEG, comprensivo del tasso d'interesse in concreto pattuito e di altre voci di spesa, non superi il tasso-soglia individuato in relazione alla concreta operazione.

Sostanzialmente, di sopravvenienza normativa si parla anche nel caso di sopravvenuta modificazione dei criteri di calcolo stabiliti dalla legge per la determinazione del tasso-soglia. In particolare, com'è stato già detto, il tasso-soglia è calcolato sommando quattro punti percentuali al TEGM relativo alla concreta operazione, aumentato a sua volta di 1/4. Questo metodo di calcolo, tuttavia, non è stato introdotto con la legge n. 108 del 1996, ma è frutto del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70; in precedenza, infatti, il tasso-soglia

⁵ Cfr. in questo Capitolo, § 1.

risultava dal TEGM aumentato della metà. È ben possibile, dunque, che, anche per effetto di tale intervento, i tassi di interesse originariamente leciti abbiano superato la soglia rilevante.

In entrambe le ipotesi appena menzionate, l'usura sopravvenuta si presenta come una mera questione di diritto intertemporale; ed è curioso che la Cassazione, fino ad ora, abbia avuto modo di pronunciarsi per lo più proprio con riguardo a tali ipotesi, ancorché esse rappresentino soltanto una parte del problema e neanche la più rilevante sistematicamente⁶.

Una seconda fattispecie, apparentemente simile a quella appena delineata, riguarda l'usurarietà dei tassi di interesse derivante da una riduzione del tasso-soglia.

Si è già detto che il tasso-soglia rilevante è calcolato a partire dal TEGM, il quale, a sua volta, è determinato con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze ed è, ovviamente, soggetto a periodiche variazioni in base all'andamento dei tassi di mercato. Per tale ragione, può ben capitare che il TEG di un contratto di credito, originariamente lecito, diventi usurario per effetto di una modifica al ribasso del TEGM e, quindi, del tasso-soglia. Tali ipotesi, a differenza di quelle descritte in precedenza, ancorché derivino da una modifica in via amministrativa dei tassi d'interesse rilevanti, non possono essere ritenute sopravvenienze normative; infatti, poiché in questi casi la modifica del tasso rilevante è verosimilmente originata da una modifica di politica monetaria, è più corretto parlare di sopravvenienze di mercato.

Proprio per tale ragione, soprattutto oggi giorno che è radicalmente mutato il contesto finanziario di riferimento, queste ipotesi rappresentano un «*problema endemico e non più (...) accidente*»⁷. Per riflesso, l'usurarietà sopravvenuta è diventata, come già detto, una figura di genere comune ai contratti di credito che, sebbene stipulati dopo il 1996, hanno visto divenire

⁶ Cfr. in questo Capitolo, § 5.

⁷ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corriere giuridico*, 2017, V, p. 611.

usurari i tassi, originariamente sotto-soglia, a seguito di modifiche amministrative o di decisioni di politica monetaria.

L'usura sopravvenuta – ed ecco la terza figura – può essere originata anche da una modifica dei criteri di rilevazione trimestrale stabiliti per la determinazione del TEGM. Nel corso di questo ventennio di usura «oggettiva», i criteri di rilevazione sono stati modificati nel tempo, suddividendo in modo diverso le categorie di operazioni a cui di volta in volta fanno riferimento i tassi medi rilevati e selezionando, altrettanto in maniera diversa, i costi ricompresi in tali tassi.

Si è ampiamente discusso se la Banca d'Italia e, di conseguenza, il Ministero debbano «fotografare» i tassi di mercato – come afferma parte della giurisprudenza di legittimità, anche penale – o abbiano un margine di discrezionalità tecnica. È da preferire questa seconda tesi, sia pure con alcuni limiti, per la semplice considerazione che il paniere dei contratti bancari, le sue suddivisioni e i parametri rilevati sono da sempre soggetti a rapide variazioni, sia per quanto riguarda le categorie delle operazioni, sia per quanto riguarda i costi accessori.

In altre parole, non ci sono dubbi sul fatto che la Banca d'Italia e il Ministero non abbiano discrezionalità sul tasso-soglia; tuttavia, ciò non esclude che il risultato della rilevazione richieda un margine di apprezzamento, i cui esiti variano a seconda del modo in cui siano catalogati i dati economici. E può capitare che, a seguito di una modifica dei suddetti criteri di rilevazione, il tasso di interesse, originariamente sotto-soglia, diventi usurario.

Una quarta ipotesi di usura sopravvenuta si può configurare per effetto di un *overruling* giurisprudenziale; nello specifico, può capitare – come, in effetti, capita – che la giurisprudenza modifichi il proprio orientamento in merito a cosa debba ritenersi incluso nel TEG o nel TEGM. In tali casi, il risultato potrebbe essere un diverso esito del giudizio di usurarietà dei tassi di interesse relativi a contratti stipulati in precedenza.

Infine, da ultimo, rilevando ai fini del giudizio di usurarietà il TEG della concreta operazione, l'usura sopravvenuta può essere originata da un aumento di altre voci di spesa o commissioni, a norma degli articoli 117-*bis* e 120 t.u.b.

All'interno di questo *mare magnum* è difficile orientarsi; il più che si può dire è che ciò che accomuna le diverse ipotesi ora descritte è il fatto di rientrare a pieno titolo tra le sopravvenienze che possono colpire i contratti di mutuo e, in generale, i contratti di credito.

Ciò, ancorché sia poca cosa per un compiuto inquadramento del tema, è, tuttavia, importante al fine di tenere distinte altre ipotesi che, o perché irrilevanti o perché rilevanti in termini di vera e propria usura originaria, a torto sono state ricondotte all'usura sopravvenuta.

Nello specifico, infatti, non c'è alcuna usura sopravvenuta nel caso in cui la banca-mutuante, a fronte di un'inadempienza del cliente-mutuatario, agisca in giudizio nei suoi confronti, producendo l'effetto di determinare l'applicazione degli interessi in misura maggiorata, a norma dell'articolo 1284 cod. civ., dalla data di notificazione della domanda giudiziale. Infatti, ancorché in tali casi, soprattutto oggi giorno che il tasso di mercato degli interessi corrispettivi è prossimo al 1%, il tasso degli interessi complessivamente dovuti dal cliente possa superare la soglia di usura, si tratta comunque di una conseguenza che deriva dalla legge. Ed è sufficiente ciò, per ovvie ragioni, per escludere che si possa configurare un problema di usura sopravvenuta.

Dall'altro lato, invece, non si può parlare di usura sopravvenuta, ma di vera e propria usura originaria, ad esempio, nel caso in cui la banca-mutuante esiga, in concreto e al di fuori di una specifica pattuizione con il cliente-mutuatario, interessi usurari. In tali casi, torna a rilevare l'articolo 644 cod. pen. nella parte in cui punisce anche chi «si fa dare» interessi usurari.

Allo stesso modo, non integrerà un'ipotesi di usura sopravvenuta, ma di usura originaria, l'applicazione di spese o commissioni in misura maggiore a

quanto originariamente pattuito per effetto dell'esercizio da parte della banca-mutuante dello *ius variandi*, a norma dell'articolo 118 t.u.b. In tale caso, infatti, la banca, ancorché a fronte dell'esercizio di un diritto potestativo unilaterale, raggiunge una nuova pattuizione con il cliente e, pertanto, l'usura, sebbene economicamente sopravvenuta, è, tuttavia, giuridicamente originaria, con conseguente rilevanza anche penalistica⁸.

2.2 (Segue) IL PROBLEMA DEGLI INTERESSI MORATORI

Una volta individuate le ipotesi che possono dar luogo a usura sopravvenuta, resta ancora da chiarire quali siano le voci di costo che concorrano a formare il tasso d'interesse da utilizzare per il confronto con il tasso-soglia. Si tratta di uno dei problemi più spinosi che riguardano l'usura sopravvenuta.

Come detto, infatti, la valutazione di usurarietà è condotta confrontando il TEG del credito con il tasso-soglia, individuato attraverso una serie di operazioni aritmetiche svolte sul TEGM. In tutti questi casi, sono molteplici i dubbi su cosa vada ricompreso all'interno del TEG e, nello specifico, il dubbio maggiore è se nel TEG vadano ricompresi anche gli interessi moratori, pur non essendo questi inclusi nel TEGM⁹.

La funzione sanzionatoria e risarcitoria degli interessi moratori, che li distingue da quelli corrispettivi aventi, al contrario, una funzione remunerativa, indurrebbe a escludere tali interessi dal rispetto delle soglie di usura; ma, d'altra parte, si fa notare che gli interessi di mora, oltre alla funzione sanzionatoria e risarcitoria, svolgono anche una funzione

⁸ In questo ordine di idee cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *L'usura sopravvenuta: una polisemia irrisolta?*, cit.; così anche S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, cit., p. 612.

⁹ Sugli interessi moratori cfr. G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. Giappichelli, 2016.

remunerativa. Proprio su tali basi, da tempo ormai la giurisprudenza¹⁰ afferma che anche gli interessi moratori, ancorché non concorrano a determinare il TEGM, vadano computati ai fini del rispetto delle soglie d'usura.

Tale soluzione, però, non viene pacificamente accolta dalla dottrina. Infatti, da più parti si sostiene che, oltre che per la differente funzione svolta rispetto agli interessi corrispettivi, l'inclusione degli interessi moratori nel TEG sarebbe esclusa da un principio di omogeneità tra il TEG stesso e il TEGM per cui, non essendo gli interessi moratori ricompresi nel TEGM, allo stesso modo non potrebbero ricomprendersi nel TEG.

Tuttavia, la tesi sostenuta dalla giurisprudenza sembra essere più coerente con l'intervento normativo del 1996, il quale ha inasprito la fattispecie dell'usura oggettivizzandone gli elementi costitutivi.

Il legislatore della riforma, infatti, era perfettamente consapevole della ricorrente dinamica dei rapporti di usura, caratterizzati da un'evoluzione peggiorativa delle condizioni di prestito e di rientro – con incrementi progressivi del tasso richiesto, richieste di prestazioni accessorie, *datio in solutum* totali o parziali – secondo moduli negoziali e attuativi ben lontani dal semplice schema della pattuizione iniziale di un tasso determinato per la restituzione del prestito.

Dalla complessità del rapporto economico tra il debitore e il suo usuraio deriva una sorta di principio di onnicomprensività in base al quale, ai fini della valutazione di usurarietà, è necessario tenere conto di tutti i costi inclusi nel credito.

Basta tale principio per ritenere che la semplice diversità funzionale tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori non sia sufficiente per sostenere un'esclusione dei secondi dal computo dei costi rilevanti ai fini del giudizio di usurarietà.

¹⁰ Cfr. Cass., 9 gennaio 2013, n. 350; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603. In precedenza anche Cass., 4 aprile 2003, n. 5324 e Cass., 22 aprile 2000, n. 5286; anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, cfr. Cass., 7 aprile 1992, n. 4251.

Appare superabile anche l'eccezione del cosiddetto principio di omogeneità tra il TEGM e TEG per cui, non computando il primo gli interessi moratori, questi non andrebbero ricompresi nemmeno nel secondo. Da tempo, infatti, dall'osservazione della prassi si è sviluppata¹¹ la tesi del «doppio TEGM». In particolare, l'idea è che vi siano due TEGM da utilizzare, alternativamente, ai fini del calcolo del tasso-soglia:

- (i) il «TEGM base», riferito alla concreta categoria di operazioni e basato sugli interessi convenzionali praticati sul mercato;
- (ii) il «TEGM moratorio», riferito alla medesima categoria di operazione, ma comprensivo anche degli interessi di mora.

Dunque, nel caso in cui sorga una controversia tra la banca-mutuante e il cliente-mutuatario in merito alla presunta natura usuraria degli interessi praticati dalla prima nei confronti del secondo, il giudizio di usurarietà andrà condotto sulla base o dell'uno o dell'altro parametro a seconda che il cliente-mutuatario sia, o non sia, inadempiente. In tale modo, si evita la comparazione disomogenea tra il TEG, in cui andrebbero compresi gli interessi moratori, e il TEGM, che, invece, in situazioni non patologiche, li esclude. Inoltre, così facendo, gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori rimangono – com'è giusto che sia – giuridicamente distinti, rilevando i primi nella fase fisiologica del rapporto e i secondi in quella patologica.

Risolto in senso affermativo il dubbio in merito all'inclusione degli interessi moratori ai fini della determinazione del tasso rilevante, occorre chiarire le modalità di tale inclusione, essendo sorti anche sul punto una serie di problemi.

Infatti, interpretando in modo distorto l'orientamento della giurisprudenza che ammette l'inclusione degli interessi moratori nel TEG, si è ritenuto che, nel caso in cui vengano ad applicarsi interessi moratori, sia

¹¹ Così P. SERRAO D'AQUINO, *L'usura sopravvenuta: una polisemia irrisolta?*, cit.; ID., *Interessi moratori ed usura*, in www.dirittobancario.it/rivista/credito/usura/interessi-moratori-ed-usura, 2014.

necessario sommare il tasso degli interessi corrispettivi al tasso degli interessi di mora.

L'operazione, però, è del tutto priva di fondamento logico e giuridico¹². La circostanza che spesso il tasso di mora sia espresso come maggiorazione del tasso corrispettivo pattuito può avere indotto in errore. Tuttavia, va chiarito che, in caso d'inadempimento, i due tassi non si sommano, bensì si succedono. Nel caso di mancato pagamento di una rata del mutuo, infatti, gli interessi di mora applicati su tale rata si sostituiscono agli interessi corrispettivi all'atto della scadenza della rata stessa, mentre la residua somma mutuata, a titolo di capitale, prosegue con la produzione degli interessi corrispettivi secondo il piano di ammortamento originariamente stabilito.

In altre parole, la somma dei due tassi è logicamente scorretta perché essi non possono mai essere applicati nella medesima unità di tempo, attenendo l'uno al capitale a scadere e l'altro al debito scaduto. Correttamente anche l'ABF in molteplici decisioni¹³ ha escluso la sommatoria.

Risolti in tali termini i dubbi in merito agli interessi moratori, ne deriva che, nel caso in cui il cliente-mutuatario sia inadempiente, ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi praticati sarà necessario, da un lato, ricomprendere nel TEG anche il tasso degli interessi di mora, senza alcuna sommatoria con il tasso degli interessi corrispettivi; dall'altro, il confronto verrà svolto avuto riguardo al tasso-soglia calcolato a partire dal «TEGM moratorio», da tenere distinto dal «TEGM base», riferito ai casi fisiologici di non inadempienza del cliente-mutuatario.

¹² Cfr. R. MARCELLI, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, in *Il caso*, www.ilcaso.it/articoli/431.pdf, 2014, p.3 che definisce la sommatoria una «emerita sciocchezza».

¹³ Cfr. ABF, Collegio di Napoli, decisione 20 novembre 2013, n. 5877; ABF, Collegio di Napoli, decisione 7 gennaio 2014, n. 21; ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 19 marzo 2014, n. 1875.

3. LE TESI DELLA DOTTRINA

Anche a fronte dell'eterogeneità dei fenomeni interessati, diverse sono state le soluzioni proposte dalla dottrina in merito agli strumenti a disposizione, in particolare, del cliente-mutuatario per reagire a casi *lato sensu* riconducibili all'usura sopravvenuta. Soluzioni che chiaramente riflettono un diverso approccio al problema dell'usura sopravvenuta e, a monte, al tema delle sopravvenienze contrattuali¹⁴.

Anzitutto, due riflessioni di ordine preliminare s'impongono per inquadrare correttamente il problema.

In primo luogo, bisogna tenere presente che il fenomeno dell'usura sopravvenuta può avere rilevanza esclusivamente sul piano civilistico.

Infatti, il decreto legge 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, ha previsto, all'articolo 1, con norma di interpretazione autentica, che, ai fini dell'interpretazione dell'articolo 644 cod. pen., si intendono usurari gli interessi che superano il tasso-soglia al momento in cui sono «promessi» o comunque «convenuti», non rilevando, quindi, il momento successivo del loro pagamento. Pertanto, il reato di usura si configura esclusivamente se, al momento in cui gli interessi sono pattuiti, essi risultano usurari; al contrario, invece, rimane penalmente irrilevante che gli interessi originariamente non usurari, per qualsiasi fatto sopravvenuto, divengano tali successivamente alla loro pattuizione, ossia – il che è lo stesso – successivamente al perfezionamento del contratto di credito.

In altri termini, l'usurarietà degli interessi è predicato che normativamente dovrebbe riguardare i soli interessi nel momento in cui sono stati promessi o convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento. Ossia, la legittimità originaria del tasso pattuito è insensibile al

¹⁴ Per una ricostruzione delle diverse posizioni espresse cfr. G. FAUCEGLIA, *sub art. 1815*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, UTET, 2011, pp. 189 ss.

verificarsi di qualsiasi sopravvenienza, dispiegando la propria efficacia per tutta la durata del contratto, con un'immunità che non è soltanto penalistica¹⁵.

Infatti – ed ecco la seconda riflessione di ordine preliminare –, nel caso dell'usura sopravvenuta, diversamente dall'usura originaria (ossia dell'usura penalmente rilevante), non essendo in discussione la (il)liceità degli interessi pattuiti, originariamente non usurari, non si tratta di dover sanzionare, neppure solo sul piano civilistico, una previsione illecita (in quanto contraria a una norma imperativa), bensì di riportare il contratto entro i binari legali in un modo comunque rispettoso della volontà delle parti.

In altri termini, qualora si verifichi un caso *lato sensu* di usura sopravvenuta, si tratta di individuare i rimedi, e non le sanzioni, che permettano alle parti di riportare il contratto nell'alveo della normalità.

Queste riflessioni di ordine preliminare permettono di orientarsi meglio nel *mare magnum* delle diverse tesi prospettate sul tema dell'usura sopravvenuta.

Nello specifico, la dottrina si è, anzitutto, divisa tra chi riteneva – e ritiene tutt'ora – rilevante il fenomeno dell'usura sopravvenuta e chi, al contrario, nega qualsiasi rilevanza a tale fenomeno.

In aggiunta a tale contrasto, anche tra chi sostiene la rilevanza dell'usura sopravvenuta, diverse sono le posizioni assunte.

Infatti, alcuni propendono per una rilevanza dell'usura sopravvenuta come patologia del contratto-atto nella forma di una nullità o di un'inefficacia sopravvenuta; altri, invece, valorizzando l'aspetto dinamico del fenomeno, ritengono che l'usura sopravvenuta vada inquadrata nelle vicende che attengono al contratto-rapporto e, quindi, vada disciplinata alla stregua di un'ipotesi di risoluzione del contratto.

Dal canto suo, la Cassazione, riproducendo i persistenti dubbi della giurisprudenza di merito, ha nel tempo modificato più e più volte i suoi

¹⁵ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, cit., p. 608.

orientamenti sul punto fino ad arrivare nel 2017 a una pronuncia a Sezioni Unite che dovrebbe – ma il condizionale è d’obbligo – aver posto un punto fermo sulla vicenda.

Per cogliere al meglio le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite e verificare se sia stato effettivamente risolto il problema dell’usura sopravvenuta, occorre, però, richiamare le diverse tesi che nel tempo si sono susseguite; tesi che – vale la pena precisarlo – anche dopo la citata pronuncia continuano a essere sostenute.

3.1 (Segue) **PRIMA TESI: IRRILEVANZA**

Una prima tesi propendeva – e ancora oggi propende – per la totale irrilevanza dell’usura sopravvenuta.

Occorre rilevare che alla base di tale concezione vi sono, da una parte, l’idea che il contratto di mutuo esaurisca i suoi effetti al momento della sua conclusione e che, pertanto, non sia da ricomprendere tra i contratti di durata; e, dall’altra, una visione riduttiva dell’usura sopravvenuta, intesa come mera questione di diritto intertemporale.

L’irrilevanza dell’usura sopravvenuta troverebbe specifica conferma nella norma d’interpretazione autentica contenuta nell’articolo 1 del decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, il quale – come detto – ha previsto che, ai fini dell’interpretazione tanto dell’articolo 644 cod. pen. quanto dell’articolo 1815, secondo comma, cod. civ., si intendono usurari gli interessi che superano il tasso-soglia al momento in cui sono «promessi» o comunque «convenuti», non rilevando, quindi, il momento successivo del loro pagamento¹⁶.

¹⁶ Tuttavia, *contra* la natura di norma d’interpretazione autentica cfr. A.A. DOLMETTA, *D.L. 394/00: Il Governo invade la giurisdizione e salva l’«interesse» delle banche*, in *Diritto e giustizia*, 2001, pp. 8 ss.; V. FARINA, *Gli interessi «usurari» alla luce del D.L. n. 394 del 2000 convertito in L. n. 24 del 2001*, in *Rivista del notariato*, 2001, p. 316; A. RICCIO, *Usurarietà sopravvenuta nei mutui*, in

A favore di tale tesi, già in precedenza avanzata dalla dottrina¹⁷, deporrebbero, inoltre, sia la relazione governativa sia il preambolo al citato decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394, nei quali si evidenzia chiaramente che l'intervento legislativo era rivolto a risolvere i dubbi sorti a seguito di una sentenza del 2000 della Cassazione¹⁸, successiva all'entrata in vigore della riforma del 1996, che lasciava trasparire la possibilità di un'usurarietà sopravvenuta degli interessi¹⁹.

Tale tesi, per quanto possa sembrare avallata dai citati interventi normativi, parte, tuttavia, da un rilievo di carattere sistematico, ossia l'esclusione dei contratti di mutuo dal novero dei contratti di durata, che non è del tutto condivisibile.

Infatti, occorre rilevare che i contratti di mutuo, pur non essendo contratti di durata nell'accezione tradizionale del termine²⁰ – in quanto non caratterizzati da un adempimento durevole e ripetuto da parte di entrambi i contraenti –, sono, tuttavia, da ricomprendere nella categoria dei contratti *lato sensu* durevoli.

Contratto e impresa, 2001, pp. 60 ss.; G. OPPO, *La legge «finta»*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 483.

¹⁷ Prima della norma d'interpretazione autentica cfr. R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Rivista di diritto privato*, 1997, pp. 480-481; G. LANDOLF, *Brevi note in tema di interessi usurari «sopravvenuti» ai sensi della l. n. 108 del 1996*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1999, pp. 928-929; C. PEDRAZZI, *Sui tempi della nuova fattispecie di usura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 664-666.

¹⁸ Cfr. Cass., 14 novembre 2000, n. 14899.

¹⁹ La relazione governativa, senza mezzi termini, afferma che la sentenza della Cassazione n. 14899/2000, cit., «determina una indubbia incertezza giuridica in ordine alla legittimità delle pattuizioni di interessi nei mutui a tasso fisso»; ed ancora «l'interpretazione della Corte prefigura la possibilità di una "usurarietà sopravvenuta" per quei tassi che, successivamente al momento in cui furono pattuiti, divengano superiori al tasso soglia di volta in volta rilevato. Questo può accadere sia per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, sia per quelli perfezionati successivamente. Una simile interpretazione vanifica la rilevanza del tasso liberamente concordato tra le parti, lo rende incerto nel tempo, finisce per mettere in crisi l'operatività del tasso fisso».

²⁰ I contratti di durata, secondo l'accezione tradizionale, sono quei contratti che:

- i. fanno sorgere rapporti obbligatori destinati a durare nel tempo;
- ii. hanno ad oggetto prestazioni le quali, ripetendosi nel tempo, sono adempiute in modo durevole o ripetuto.

Sul punto più ampiamente cfr. Cap. II, § 2.1.

Inoltre, anche a voler sostenere che tali contratti non siano propriamente di durata, nella *subiecta materia* non viene in essere alcuna questione sulla portata (ir)retroattiva della nuova disciplina dell'usura; al contrario e più semplicemente, si tratta di trarre le conseguenze che derivano dalla normale applicazione, non retroattiva, di una o più norme a rapporti che, non avendo ancora esaurito i loro effetti, sono da ritenersi ancora in vita e, come tali, bisognosi di compiuta regolamentazione. In altre parole, occorre tenere distinto il momento dell'atto da quello del rapporto, riguardando l'usura sopravvenuta solo il secondo di tali momenti.

In aggiunta, sotto un profilo di opportunità, escludendo che la cosiddetta usura sopravvenuta possa avere rilevanza in ambito civile, si consentirebbe alle banche-mutuantanti di applicare tassi d'interesse che, se fossero pattuiti al momento del loro pagamento, integrerebbero il reato di usura; e ciò con parziale depotenziamento della normativa penalistica, divenuta, tra l'altro, più rigorosa con l'intervento del 1996. Sarebbe del tutto paradossale, infatti, che un intervento legislativo che ha inteso ancorare la fattispecie criminosa a presupposti esclusivamente oggettivi abbia, allo stesso tempo, escluso dall'area di ciò che è antigiuridico una serie di comportamenti non propriamente corretti.

Infine, anche sotto un profilo di ragionevolezza, sostenere l'irrilevanza dell'usura sopravvenuta creerebbe una disparità tra clienti-mutuatari, tutti tenuti a corrispondere nello stesso momento interessi alla banca, a seconda che questi si siano obbligati in un momento in cui gli interessi erano sotto-soglia ovvero sopra-soglia.

3.2 (Segue) SECONDA TESI: NULLITA' SOPRAVVENUTA

Proprio per queste ragioni, fin dall'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, alcuni interpreti hanno ritenuto di seguire una strada diversa.

L'usura sopravvenuta – si dice – è un fenomeno che rileva in termini non dissimili dall'usura originaria, dando luogo a una nullità sopravvenuta delle clausole relative ai tassi di interesse divenuti, con il tempo, sopra-soglia.

Tale soluzione si fonda sull'assunto che i contratti durevoli – i cui effetti si protraggono nel tempo –, validi alla luce della situazione di fatto e di diritto esistente al tempo della conclusione, possano nondimeno divenire, in tutto o in parte, nulli a causa di fatti o norme sopraggiunti alla loro conclusione²¹.

Sebbene tale tesi sia stata sostenuta da attenta dottrina e, finanche, dalla giurisprudenza²², non c'è mai stata univocità di vedute in merito ai rimedi esperibili, una volta accertata la nullità sopravvenuta.

In un primo momento, il rimedio era stato individuato nella esclusione degli interessi secondo il meccanismo sanzionatorio previsto dall'articolo 1815, secondo comma, cod. civ., il quale, ancorché delineato per le ipotesi di tassi *ab origine* usurari, si riteneva potesse trovare applicazione anche nei casi in cui il tasso fosse divenuto usurario solo successivamente.

Tale idea, già di dubbia sostenibilità prima del decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394²³, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, è divenuta del tutto insostenibile con l'entrata in vigore della citata legge di interpretazione autentica.

Sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale²⁴, la quale, investita di una questione di legittimità costituzionale in merito al citato articolo 1 della legge 28 febbraio 2001, n. 24²⁵, ha rilevato che l'«art. 1 del

²¹ Su tutti cfr. C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1967, p. 755; Vedi anche F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Giuffrè, 1987, pp. 624 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 2001, p. 750; V. SCALISI, voce «Inefficacia (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Giuffrè, 1971, pp. 322 ss.

²² Su tutte cfr. le sentenze Cass., 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603.

²³ Cfr. R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, cit.

²⁴ Corte Costituzionale, sentenza 25 febbraio 2002, n. 29.

²⁵ Trib. Benevento, ordinanza 2 gennaio 2001, in *Foro italiano*, 2001, p. 332, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 d.l. n. 394/2000 in relazione agli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost.

decreto legge n. 394 del 2000 viene a precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen., e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie».

Nel chiarire ciò, però, i giudici di Palazzo della Consulta non hanno affermato una totale irrilevanza del fenomeno dell'usura sopravvenuta; infatti, ferma l'ovvia irretroattività della nuova fattispecie penale dell'articolo 644 cod. pen., irrigidita dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, la Corte ha precisato che *«restano, invece, evidentemente estranei all'ambito di applicazione della norma impugnata [l'articolo 1 del decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394]²⁶ gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali».*

Il motivo della «salvezza» degli ordinari strumenti di tutela va rintracciato in ragioni sia di ordine sistematico sia di ordine strutturale²⁷.

Sotto il primo profilo, l'articolo 1 del decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394 si pone in una prospettiva, definita dallo stesso legislatore, di interpretazione autentica; se così è, allora è evidente che la suddetta norma non può avere come effetto l'abrogazione dell'articolo 644 cod. pen. nella parte in cui punisce non solo chi «si fa promettere» ma anche chi «si fa dare» vantaggi usurari; se così non fosse, è evidente che la norma suddetta non sarebbe di certo interpretativa, ma francamente innovativa. E con ciò sarebbe stato contraddetto l'intervento del legislatore del 1996, il quale ha inteso non solo ancorare a presupposti esclusivamente oggettivi la fattispecie criminosa dell'usura, ma anche perseguire l'obiettivo di inasprire il trattamento sanzionatorio per tale reato.

Sotto il profilo strutturale, invece, proprio la natura di interpretazione autentica della norma citata ha come conseguenza che essa non può provocare

²⁶ L'inciso tra parentesi quadre è dello scrivente.

²⁷ Cfr. A. A. DOLMETTA, *Al vaglio delle Sezioni Unite l'usura sopravvenuta*, in www.blog.ilcaso.it/news_564/28-02-17/Al_vaglio_delle_Sezioni_Unite_l'usura_sopravvenuta, 2017.

l'abrogazione, neppure tacita, di altre norme o, come in questo caso, di altre fattispecie.

Posta l'inapplicabilità dell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. alle ipotesi di usura sopravvenuta, la dottrina successiva si è, quindi, interrogata su quali potessero – e possano – essere gli strumenti ordinari a tutela del mutuatario, una volta predicata la nullità sopravvenuta degli interessi usurari. La conclusione a cui si è giunti è stata nel senso di individuare il rimedio nel meccanismo di nullità parziale e automatica sostituzione della clausola contenente la pattuizione degli interessi, in base al combinato disposto degli articoli 1419, secondo comma, e 1339 cod. civ.²⁸. Tale soluzione si basa sulla sequenza *nullità parziale - eliminazione della clausola divenuta nulla - sostituzione di diritto della clausola*; sequenza che riflette chiaramente un preciso orientamento ideologico, che sembra doversi condividere.

Infatti, lo statuto – per così dire – parziale della nullità sopravvenuta consente, da una parte, di impedire alla banca-mutuante di riscuotere interessi che, *rebus sic stantibus*, sono da considerarsi usurari, ma, dall'altra, comunque di tenere in vita il rapporto contrattuale in base all'assetto di interessi voluto dalle parti. Infatti, una volta che gli interessi da corrispondere siano riportati entro i limiti legali, non c'è alcuna ragione per escludere che essi possano essere riscossi dalla banca. La contraria soluzione che in passato aveva portato a ritenere applicabile l'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. alle ipotesi di usura sopravvenuta appare eccessiva, perché in questo caso, diversamente dalle ipotesi di usura originaria, non si tratta di dover sanzionare, neppure solo sul piano civilistico, un comportamento della banca-mutuate, bensì di riportare il contratto entro i binari legali in un modo comunque rispettoso della volontà delle parti.

²⁸ Soluzione avvallata anche dalla Cassazione nella cit. sent. 602/2013.

Tuttavia, nonostante queste osservazioni, a dirla tutta, la tesi della nullità sopravvenuta parziale non convince²⁹.

Non convince, *in primis*, il meccanismo d'inserzione automatica delle clausole; ma, soprattutto e a monte, non convince l'astratta ammissibilità di una categoria di nullità sopravvenuta.

Sotto il profilo strutturale, il meccanismo d'integrazione cogente³⁰, di cui agli articoli 1419, secondo comma, e 1339 cod. civ., presuppone l'esistenza di una norma (esplicita o implicita) di carattere imperativo che si imponga e si sostituisca alla difforme volontà negoziale. Ma è evidente che, in caso di sfioramento del tasso soglia nel corso del rapporto, tale norma non può essere rintracciata né nell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. né nelle determinazioni ministeriali del TEGM. Non nella prima, per la (ormai) sicura inapplicabilità; non nelle seconde, per l'ovvio rilievo che esse rappresentano un mero frammento della fattispecie rilevante ai fini del giudizio di usurarietà dei tassi di interessi³¹.

Inoltre, anche sotto il profilo funzionale, la soluzione della sostituzione automatica del tasso di interesse divenuto sopra-soglia crea una serie di problemi.

In primo luogo, riconoscere l'applicazione del meccanismo di integrazione cogente del contratto potrebbe avere effetti perversi sulla categoria dei finanziamenti a tasso fisso, in quanto significherebbe ammettere che il tasso pattuito come fisso possa essere soggetto a variazioni. Pur non condividendo i rilievi di chi ritiene che tali contratti si fondino su «una sorta di scommessa»³², da una sostituzione automatica dei tassi di interesse

²⁹ Critici sulla tesi della nullità sopravvenuta cfr. *ex multis* F. CAMERANO, *L'usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 1102-1103; F. GUIZZI, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, *Corriere giuridico*, 2017, pp. 604 ss.; M. GIULIANO, *Usura sopravvenuta e tutele contrattuali*, nota a *ABF.*, *Coll. coord.*, dec. 10 gennaio 2014, n. 77, in *Giurisprudenza commentata*, 2015; L. MORISI, *L'usurarietà sopravvenuta*, in *Contratti*, 2017, pp. 582 ss.

³⁰ Cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, G. Giappichelli, 2017, II, p. 12.

³¹ Così anche F. GAMBINO, *L'usura sopravvenuta e l'indigenza del dato positivo*, in *Giustizia Civile*, 2014, p. 890. *Contra* F. GALGANO, *Il contratto*, CEDAM, 2011, II, pp. 364-365.

³² In questo ordine di idee cfr. F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le sezioni unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *Giureta*, XVI, 2018, p. 62.

deriverebbe, senz'altro, un effetto di disincentivazione alla stipula dei contratti di credito a tasso fisso³³.

In secondo luogo, pur ammettendo che il meccanismo di integrazione di cui agli articoli 1339 e 1449 cod. civ. possa trovare applicazione, sorge comunque il problema di individuare il tasso di interesse da sostituire: il tasso legale, secondo una applicazione analogica dell'articolo 125-*bis*, comma 8, t.u.b., o il tasso-soglia esistente al momento della conclusione del contratto, come ha ritenuto, alle volte, la giurisprudenza?

Ma, come detto, pur lasciando da parte i rilievi sul meccanismo di integrazione cogente delle clausole, la vera ragione per cui la tesi della nullità sopravvenuta non può essere sostenuta è di carattere sistematico.

Com'è stato rilevato dalla dottrina³⁴, la nullità opera come una sanzione avverso vizi o difetti genetici del contratto³⁵; postulare l'esistenza di una categoria di nullità virtuale sopravvenuta, o anche solo successiva, significherebbe ritenere che la nullità, contrariamente alla sua intrinseca natura, possa intervenire anche solo successivamente al momento genetico del contratto. In questi casi, però, è evidente che la nullità non riguarderebbe tanto il contratto-atto, quanto il contratto-rapporto e, più propriamente, gli effetti da esso scaturenti, ogniquale volta questi, anziché esaurirsi al momento di conclusione del contratto-atto, perdurino o siano differiti a un momento successivo.

Ricostruita in questo modo, è evidente che la nullità sopravvenuta non ha natura di vera e propria nullità e, più propriamente, andrebbe assimilata ai rimedi che l'ordinamento predispone in caso di vizi o difetti funzionali del contratto inteso non come atto, ma come rapporto.

³³ Tale problema è stato denunciato dall'ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 10 gennaio 2014, n. 77.

³⁴ Sul tema specifico cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 749-750; Cfr. in generale R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, CEDAM, 1996, p. 239; R. TOMMASINI, voce «Invalidità» (*diritto privato*), in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Giuffrè, 1972, pp. 593 ss.

³⁵ Quanto detto vale per le nullità «tradizionali»: in particolar modo, le nullità «virtuali» e «strutturali». Un discorso a parte, invece, deve essere fatto per le nullità «speciali» e, nello specifico, «testuali», le quali possono rispondere anche a logiche diverse da quella sanzionatoria.

In altre parole, posto che la nullità si risolve in un giudizio di difformità di un fatto rispetto a uno schema astratto, non potrebbe ammettersi una figura di nullità virtuale sopravvenuta; e ciò perché il giudizio di validità va condotto sul fatto – nel nostro caso il contratto-atto – in base al modo in cui si è ormai estrinsecamente definito e cristallizzato nel tempo e non al modo in cui si atteggia il rapporto che da esso scaturisce.

3.3 (Segue) TERZA TESI: INEFFICACIA SOPRAVVENUTA

Tanti i dubbi sulla tesi della nullità sopravvenuta che una parte della dottrina, pur sostenendo la rilevanza del fenomeno dell'usura sopravvenuta, ha preferito ritenere le clausole relative ai tassi di interesse divenuti sopra-soglia non già nulle, ma inefficaci³⁶.

L'intervento successivo del legislatore – si dice –, non potendo incidere sulla validità del contratto-atto che, in quanto tale, risulta già perfezionato, può – e deve – avere rilevanza sul piano del rapporto e, più propriamente, degli effetti nascenti dal contratto stesso.

Da una parte, dunque, l'originaria stipulazione è perfettamente valida e lecita, non rilevando, in quanto tale, né ai fini dell'integrazione del reato di usura né ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ.; dall'altra, però, il fatto che l'articolo 644 cod. pen., anche dopo l'intervento di interpretazione autentica del 2000-2001, continui a considerare punibile chi pretende e si fa pagare interessi usurari importa che il superamento del tasso-soglia nel corso del rapporto avrà come conseguenza, sul piano civilistico, la cessazione *ex nunc* degli effetti della clausola che prevede il pagamento degli interessi, con conseguente esclusione del diritto agli interessi stessi per la banca-mutuante.

³⁶ Cfr. F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giustizia Civile*, 2000, pp. 3103 e ss.

Tale tesi ha il pregio di salvare sul piano sistematico la coerenza intrinseca della categoria della nullità; tuttavia, dal punto di vista dell'individuazione dei rimedi esperibili, finisce inevitabilmente per esporsi alle stesse critiche mosse nei confronti della tesi della nullità sopravvenuta parziale.

Infatti, tra i sostenitori della tesi dell'inefficacia sopravvenuta, una prima opinione³⁷ propende per applicare analogicamente il meccanismo di integrazione cogente del contratto, di cui agli articoli 1339 e 1419 cod. civ.; tesi che, come si è detto in precedenza, non può essere condivisa.

Un'altra opinione³⁸ ritiene che si debba applicare un meccanismo simile a quello delineato dall'articolo 1424 cod. civ. per la conversione del contratto nullo. Anche tale tesi non può essere condivisa, in quanto presuppone l'esistenza di un contratto (parzialmente) nullo che possa produrre gli effetti di un diverso contratto; diverso contratto che, tuttavia, in tale caso è difficile da scorgere³⁹.

Un'ultima opinione⁴⁰, più semplicemente, propende verso i rimedi risolutivi e ripetitivi; ma in questo modo, come è stato rilevato⁴¹, si lascia nell'ombra il meccanismo della inefficacia sopravvenuta e, soprattutto, non si capisce come potrebbe continuare a predicarsi una sopravvivenza del rapporto, stante il richiamo ai rimedi risolutivi.

³⁷ Cfr. *ex multis* G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, p. 536.

³⁸ Cfr. D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Jovene, 1999, p. 46.

³⁹ Cfr. F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., p. 3112.

⁴⁰ Sostenuta da F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit.

⁴¹ F. GAMBINO, *L'usura sopravvenuta e l'indigenza del dato positivo*, cit., p. 892.

3.4 (Segue) **QUARTA TESI: ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA O IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA**

La tesi della inefficacia sopravvenuta ha, tuttavia, il pregio di spostare il discorso dal contratto-atto al contratto-rapporto, nei cui confronti l'usura sopravvenuta viene a presentarsi come una qualsiasi sopravvenienza contrattuale.

Non sorprende, allora, che una tesi, ancorché minoritaria, abbia rintracciato il rimedio per l'usura sopravvenuta nella eccessiva onerosità, a norma dell'articolo 1467 cod. civ., o addirittura nella impossibilità sopravvenuta parziale, a norma dell'articolo 1464 cod. civ.

La risoluzione per eccessiva onerosità non merita, però, di essere sostenuta né sul piano giuridico né su quello dell'opportunità ai fini di una tutela effettiva.

Sotto il primo profilo, infatti, occorre premettere che il nostro ordinamento ha dato riconoscimento al principio «*rebus sic stantibus*» mediante il rimedio «tipico» dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, previsto all'articolo 1467 cod. civ.⁴².

Senza indugiare sui presupposti⁴³ dell'eccessiva onerosità, è bene notare che il legislatore ne ha limitato l'ambito di applicazione ai soli contratti a prestazioni corrispettive. Tanto si evince non dal testo della disposizione, ma dalla rubrica; così modulato, l'istituto non è invocabile non solo nei contratti a titolo gratuito, rispetto ai quali manca l'ovvio elemento della onerosità della prestazione, ma anche nei contratti unilaterali, per i quali difetta una corrispettività tra le prestazioni.

Poiché nel contratto di mutuo l'unica prestazione appare essere quella del mutuatario di restituire la somma mutuata, esso sembra *prima facie* un contratto unilaterale; al contrario, la *traditio rei* da parte del mutuante, lungi

⁴² Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, 2, Giuffrè, 2006, pp. 615 e ss.

⁴³ Cfr. *amplius* Cap. II.

dall'essere adempimento di una prestazione preesistente, risulta necessaria per il perfezionamento del contratto⁴⁴.

La dottrina⁴⁵, dal canto suo, non sempre ha condiviso la natura unilaterale del contratto di mutuo e, alle volte, ha sostenuto l'idea che il mutuante sia tenuto, in seguito alla consegna, a una vera e propria prestazione, dovendo egli consentire al mutuatario di godere della somma mutuata⁴⁶. In altre parole, il mutuo sarebbe un contratto a prestazioni corrispettive perché, ai fini dei rimedi risolutivi, la nozione di prestazione andrebbe intesa non come oggetto di un obbligo giuridico, bensì come attribuzione finalizzata al risultato cui tendono i contraenti.

Sul punto si tornerà più ampiamente in seguito⁴⁷, tuttavia, pur ammettendo che l'articolo 1467 cod. civ. si applichi anche al contratto di mutuo, per invocare il rimedio ivi previsto occorrerebbe, tuttavia, dimostrare che la variazione del costo del mutuo esuli dall'«alea normale» del contratto, a norma del secondo comma dell'articolo citato, e, pertanto, integri un avvenimento straordinario e imprevedibile, a norma del primo comma. Su ciò, però, è lecito avanzare più di un dubbio, soprattutto oggi giorno che le fluttuazioni dei costi del credito sono sempre più connaturate al mercato del credito stesso.

Ad ogni modo, pur ritenendo integrati i presupposti dell'eccessiva onerosità, è soprattutto sotto il profilo della tutela per il cliente-mutuatario che il richiamo all'articolo 1467 cod. civ. non regge. Infatti, il rimedio che l'eccessiva onerosità potrebbe garantire al mutuatario è la risoluzione del contratto. La risoluzione – la quale anche nei casi di eccessiva onerosità si ritiene abbia effetto *ex nunc* in base all'articolo 1458 cod. civ. – genererebbe

⁴⁴ L'inapplicabilità dell'articolo 1467, cod. civ. al mutuo è radicata fin da epoca risalente in giurisprudenza: cfr. Cass., 29 luglio 1950 n. 2156; Cass., 27 gennaio 1951 n. 222.

⁴⁵ Per un'analisi più approfondita cfr. Cap. III, § 4.

⁴⁶ Cfr. A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 845, in cui: «le obbligazioni che si pongono in posizione di corrispettività sono: quella del mutuante di far godere per un certo tempo al mutuatario il valore delle cose consegnate (...) da un lato; e quella del mutuatario di pagare gli interessi dall'altro lato».

⁴⁷ Cfr. Cap. IV, § 2.

conseguenze restitutorie di difficile sostenibilità per il mutuatario, tenuto a restituire immediatamente l'intero residuo della somma mutuata.

Inoltre e in termini di effettività, è evidente che, nei casi in cui il tasso d'interesse abbia superato il tasso-soglia nel corso del rapporto, l'esigenza a cui occorre far fronte è semplicemente quella di riportare il contratto entro i binari legali in un modo che sia comunque rispettoso della volontà delle parti. Sarebbe francamente eccessivo imporre alle parti lo scioglimento *tout court* del rapporto per il solo fatto che, per qualsiasi motivo, anche indipendente dalla loro volontà, il tasso di interesse pattuito abbia superato il limite legale.

Scartata l'ipotesi della risoluzione per eccessiva onerosità, critiche non meno incisive possono muoversi alla tesi che tende ad accomunare l'usurarietà sopravvenuta dei tassi d'interesse alle ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione⁴⁸.

Si sostiene che la prestazione degli interessi divenga impossibile, in senso oggettivo, per la parte eccedente il tasso-soglia. Secondo tale ricostruzione, il mutuatario avrebbe, quindi, il diritto di pagare solo la quota di interessi nei limiti del tasso-soglia; al contrario, però, il mutuante non potrebbe invocare il diritto previsto dall'articolo 1464 cod. civ. di recedere dal contratto, in quanto il suo interesse a ricevere la prestazione per intero non sarebbe meritevole di tutela, trattandosi dell'interesse a farsi pagare tassi usurari.

Questa soluzione, però, finisce per alterare in modo irragionevole il sinallagma contrattuale. Infatti, se secondo l'assunto da cui parte tale tesi la sopravvenuta illegalità della prestazione deve essere trattata alla stregua di un'impossibilità oggettiva parziale della prestazione, dovrebbe derivarne, da una parte, l'applicazione dell'articolo 1258 cod. civ. e, dall'altra, dell'articolo

⁴⁸ Per questa tesi cfr. G. DE NOVA, *Legge sull'usura e mutui anteriori*, in *Italia oggi*, 4 marzo 1998, p. 5; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale e interpretazione "autentica"*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, CEDAM, 2002, pp. 90 ss.; ID., *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e mercato*, 2016, p. 105; si richiama a tale tesi anche S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, cit., pp. 612-614.

1464 cod. civ., senza che sia possibile alcuna distinzione tra la prestazione del mutuatario o del mutuante.

Se si ammettesse una tale distinzione, senz'altro si risolverebbe il problema della tutela del mutuatario e si consentirebbe anche la conservazione del rapporto; ma tutto ciò avverrebbe a discapito del mutuante, il quale non riceverebbe la tutela di regola spettante nei casi d'impossibilità parziale della prestazione, e senza che tale esclusione possa essere giustificata da qualche logica di tipo sanzionatorio, che, ribadiamo, non dovrebbe trovare spazio nei confronti della banca-mutuante nei casi di usura sopravvenuta⁴⁹.

3.5 (Segue) QUINTA TESI: INESIGIBILITÀ IN BASE AL PRINCIPIO DI BUONA FEDE

L'ultima tesi che occorre richiamare si basa sulla inesigibilità da parte della banca-mutuante degli interessi che, nel corso del rapporto, sono divenuti usurari. Il riferimento chiave per spiegare tale inesigibilità è alla buona fede in sede di esecuzione del contratto, a norma dell'articolo 1375 cod. civ.

Si sostiene, in particolare – come per la tesi dell'inefficacia sopravvenuta –, che in tali casi dovrebbe parlarsi di inesigibilità sopravvenuta⁵⁰, e non di nullità, perché a venire in rilievo non è il contratto nel suo momento genetico, ma il rapporto quale riflesso dinamico del contratto stesso.

Tale soluzione ha il pregio di risolvere i problemi interpretativi sorti, paradossalmente, per effetto della legge 28 febbraio 2001, n. 24 e, nello specifico, permette di spiegare l'apparente contraddizione tra l'articolo 644 cod. pen., che continua a punire chi «si fa dare» interessi usurari, e l'articolo 1815, comma secondo, cod. civ., che prevede la sanzione civilistica della non

⁴⁹ In questo ordine di idee cfr. F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le sezioni unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*, cit., p. 67.

⁵⁰ Così F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Rivista del notariato*, 2000, p. 1454.

debenza solo nei confronti degli «interessi pattuiti», disinteressandosi del momento del loro pagamento.

Si è detto⁵¹, infatti, che l'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. ha introdotto una «sanzione civile indiretta» al fine di disincentivare la stipula dei patti contenenti previsioni di interessi usurari. In tale prospettiva general-preventiva, sarebbe del tutto irragionevole, se non addirittura persecutorio, estendere tale sanzione civile ai patti originariamente leciti.

Dall'altra parte, però, scendendo in un esame più approfondito delle tesi che si richiamano alla buona fede per sostenere l'inesigibilità degli interessi divenuti usurari, non si rinviene un'unica linea argomentativa.

Da alcuni il richiamo alla buona fede è inteso alla funzione integrativa del regolamento contrattuale⁵²; altri, al contrario, richiamando la figura dell'abuso del diritto, sostengono che la buona fede si limiterebbe a svolgere una funzione valutativa, precludendo alla banca-mutuante di esigere la corresponsione di interessi divenuti nel frattempo sopra-soglia⁵³.

La tesi dell'inesigibilità *ex fide bona* è stata sostenuta, tra l'altro, anche dall'ABF, il quale, in una decisione del 2014⁵⁴, ha ritenuto che, in caso di tasso fisso pattuito fin dall'inizio «*nello stretto margine inferiore del tasso soglia del momento*», è apertamente contraria a buona fede la pretesa di interessi sopra-soglia qualora nel frattempo sia intervenuta una «*marcata e duratura discesa dei tassi di mercato*».

⁵¹ Cfr. F. GAMBINO, *L'usura sopravvenuta e l'indigenza del dato positivo*, cit., p. 893 e F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, cit., pp. 3108-3109.

⁵² Così A. MANIACI, *Contratti in corso ed usurarietà c.d. sopravvenuta*, in *Contratti*, 2001, p. 162; cfr. anche F. VANORIO, *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 518 ss.

⁵³ Così F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, cit., p. 1455

⁵⁴ Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 10 gennaio 2014, n. 77, cit.

4. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

La diversità e la lontananza delle posizioni *supra* richiamate confermano la complessità della questione. Non è un caso, allora, che anche la giurisprudenza, dal 1996 fino ad oggi, abbia mostrato orientamenti differenti in merito alla configurabilità dell'usura sopravvenuta e agli eventuali rimedi disponibili per le parti.

Secondo un primo orientamento⁵⁵ – in aderenza alla tesi negazionista di cui *supra*⁵⁶ –, l'usura sopravvenuta non avrebbe alcun rilievo, avendo la norma d'interpretazione autentica chiarito che il momento rilevante per la valutazione di usurarietà degli interessi è quello in cui questi sono pattuiti.

Accanto a quest'orientamento, se n'è affermato un altro secondo cui, al contrario, l'usura sopravvenuta è un fenomeno che può ben configurarsi, dovendosi ritenere che la nuova disciplina possa spiegare incidenza in merito ai contratti di mutuo o, in generale, di credito stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore e i cui effetti non si siano ancora completamente esauriti.

Nello specifico, tale orientamento si fonda sulla tesi, sopra esposta e confermata anche dalla Corte Costituzionale, per cui la norma d'interpretazione autentica si sarebbe limitata a stabilire che le sanzioni, penali e civili, di cui agli articoli 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ., si applichino solo nel caso in cui gli interessi risultino usurari già dal momento della loro pattuizione, lasciando, però, impregiudicata ogni questione circa le conseguenze per il caso in cui gli interessi solo successivamente diventino usurari.

Tuttavia, pur accomunate dall'idea che il fenomeno dell'usura sopravvenuta possa avere rilevanza, le pronunce suddette differiscono tra loro quanto ai rimedi applicabili nel caso in cui gli interessi, originariamente leciti,

⁵⁵ Cfr. Cass., 26 giugno 2001 n. 8742; Cass., 24 settembre 2002, n. 13868; Cass., 13 dicembre 2002, n. 17813; Cass., 25 marzo 2003, n. 4380; Cass., 8 marzo 2005, n. 5004; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26499; Cass., 27 settembre 2013, n. 22204; Cass., 19 gennaio 2016, n. 801.

⁵⁶ Cfr. in questo Capitolo, § 3.1.

superino il tasso-soglia e diventino usurari. In alcune sentenze⁵⁷, infatti, la Cassazione ha ritenuto le clausole relative a tali interessi non già nulle, bensì inefficaci *ex nunc*, con conseguente diritto alla ripetizione dell'eventuale indebito già versato; altre volte⁵⁸, al contrario, la Suprema Corte ha ritenuto applicabile il meccanismo di integrazione cogente, di cui agli articoli 1339 e 1419 cod. civ., con conseguente sostituzione di diritto del tasso di interesse divenuto usurario con il tasso-soglia esistente al momento della conclusione del contratto.

5. LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE

In questo intricato quadro di orientamenti, tesi e posizioni differenti, si colloca la sentenza delle Sezioni Unite, 19 ottobre 2017, n. 24675 che dovrebbe – ma il condizionale è d'obbligo – aver definitivamente posto fine alla *querelle* sull'usura sopravvenuta.

Tuttavia – ed è bene sottolinearlo fin da subito –, la pronuncia suddetta affronta solo uno dei possibili profili dell'usura sopravvenuta: quello relativo ai contratti di finanziamento a tasso fisso stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108.

È evidente, però, che il profilo di diritto intertemporale, come rilevato⁵⁹, rappresenta soltanto una parte del problema dell'usura sopravvenuta. Non può sfuggire che lo scenario finanziario di riferimento è radicalmente cambiato rispetto agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996. L'inesorabile e progressivo abbassamento dei tassi di mercato ha fatto sì che i finanziamenti a tasso fisso, con tassi originariamente sotto-soglia, siano frequentemente esposti a problemi di usura sopravvenuta. Oggi

⁵⁷ Cfr. Cass., 25 febbraio 2005, n. 4092 e n. 4093; Cass., 31 gennaio 2006, n. 2149; Cass., 22 agosto 2007, n. 17854 e Cass., 14 marzo 2013 n. 6550, secondo cui l'inefficacia non sarebbe, però, rilevabile d'ufficio; invece, Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, pur propendendo verso la tesi dell'inefficacia, ritiene che essa sia rilevabile d'ufficio.

⁵⁸ Cass., 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603; Cass., 12 aprile 2017, n. 9405.

⁵⁹ Cfr. in questo Capitolo, § 2.1.

giorno, com'è stato rilevato da attenta dottrina⁶⁰, l'usura sopravvenuta non rappresenta più un problema da inquadrare nelle sopravvenienze normative quanto, e piuttosto, nelle sopravvenienze *tout court*.

Scendendo nel dettaglio, le Sezioni Unite, dopo aver richiamato gli orientamenti giurisprudenziali sopra tratteggiati, affermano che l'usura sopravvenuta non può avere alcuna rilevanza.

La ragione è da rintracciarsi, a detta della Suprema Corte, nel fatto che l'interpretazione autentica degli articoli 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ., imposta dal decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, escluderebbe che interessi leciti al momento della pattuizione possano in seguito considerarsi usurari e, quindi, divenire illeciti, anche solo sul piano civilistico.

Infatti, per la Cassazione, ai fini della determinazione della usurarietà degli interessi, non si può prescindere dalla fattispecie penalistica e, quindi, dal meccanismo – delineato all'articolo 644, terzo comma, cod. pen. – di determinazione della soglia oltre la quale gli interessi si considerano usurari.

In questo senso, allora, la norma d'interpretazione autentica non si riferirebbe alla sola valutazione del profilo sanzionatorio, a norma dell'articolo 644 cod. pen. e articolo 1815, secondo comma, cod. civ., ma abbraccerebbe a monte la determinazione della natura usuraria degli interessi e, quindi, la valutazione di liceità, di validità ed efficacia della corrispondente clausola.

Le Sezioni Unite, inoltre, nel sostenere questa posizione, ritengono che essa non sia in contrasto con la sentenza della Corte Costituzionale⁶¹ sopra richiamata⁶²; e ciò perché escludere l'invalidità o l'inefficacia delle previsioni relative a tassi divenuti successivamente sopra-soglia non significa negare qualsivoglia strada alternativa di tutela, di cui, però, ricorrano gli specifici presupposti.

⁶⁰ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usura sopravvenuta tra regole e principi*, cit., p. 611.

⁶¹ Corte Costituzionale, sentenza 25 febbraio 2002, n. 29, cit.

⁶² Cfr. in questo Capitolo § 3.2.

Tuttavia, è a tale proposito che la posizione della Cassazione rischia di ingenerare un pericoloso cortocircuito logico. Tale rischio è *a fortiori* acuito dalle affermazioni conclusive della Corte in merito al principio di buona fede, di cui all'articolo 1375 cod. civ.

In particolare, le Sezioni Unite escludono che il principio di buona fede possa essere richiamato come rimedio che renderebbe inesigibili gli interessi divenuti nel frattempo usurari. Infatti, secondo la Suprema Corte, la buona fede è senz'altro una fonte d'integrazione del regolamento contrattuale che rileva nel momento attuativo del contratto, negoziato e voluto dalle parti, imponendo alle stesse di non esercitare i diritti attribuiti con modalità che potrebbero pregiudicare i contrapposti interessi.

Tuttavia, la violazione del principio di buona fede non sarebbe riscontrabile *sic et simpliciter* nell'esercizio di un diritto contrattuale, come, ad esempio, la riscossione d'interessi pattuiti validamente e lecitamente, bensì potrebbe esserlo nell'esercizio di tale diritto con modalità idonee a ledere l'altrui interesse.

In altre parole, per la Corte, non sarebbe contraria a buona fede la pretesa in sé d'interessi divenuti nel frattempo usurari, bensì lo sarebbe la pretesa di tali interessi che avvenga con determinate modalità o in presenza di particolari circostanze. Quali, però, siano tali modalità o tali circostanze, non è dato saperlo dalla sentenza della Cassazione.

È evidente che tali affermazioni rappresentano una sorta di clausola di salvaguardia con cui la Cassazione ha voluto, in qualche modo, cautelarsi dal possibile contrasto tra la posizione assunta e la sentenza del 2002 della Corte Costituzionale.

Dall'altro lato, però, non sfugge che in questo modo non può di certo dirsi definitivamente risolto il problema dell'usura sopravvenuta. E questo anche perché l'oggetto di tale decisione, come già *supra* rilevato, è sensibilmente limitato rispetto alle possibili sfaccettature che l'usura sopravvenuta può assumere.

6. USURA SOPRAVVENUTA E SOPRAVVENIENZE

La vicenda dell'usura sopravvenuta ha avuto – e ha – una rilevanza ben più ampia di quanto *prima facie* aspettato.

L'analisi condotta nel presente capitolo ha, infatti, permesso di evidenziare la lontananza e la diversità delle posizioni espresse in merito dalla dottrina e dalla giurisprudenza; lontananza e diversità frutto, in primo luogo, della particolare natura della *vexata quaestio*, ma non solo. Infatti, ciascuna delle posizioni sopra esposte in merito all'usura sopravvenuta riflette un diverso approccio teorico alla questione.

La tesi dell'irrilevanza dell'usura sopravvenuta, fatta propria anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, parte da una premessa di carattere giuridico – ossia l'irretroattività della legge penale – ineccepibile; così come ineccepibile, dal punto di vista logico, è l'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione per arrivare a tale conclusione.

Tuttavia, pur concordando nel ritenere non penalmente sanzionabile il fenomeno dell'usura sopravvenuta, non si può da ciò trarre la conclusione che tale fenomeno debba rimanere irrilevante anche sul piano civilistico.

Non si tratta, infatti, di dover sanzionare – come già detto – un comportamento illecito della banca-mutuante, quanto piuttosto di individuare un rimedio adeguato per la tutela del cliente-mutuatario. E ciò anche perché il profilo di diritto intertemporale, esaminato dalla Suprema Corte, rappresenta solo una delle possibili forme in cui può presentarsi l'usura sopravvenuta.

D'altro canto, pur dovendo, dunque, pervenire alla conclusione che all'usura sopravvenuta vada riconosciuta una qualche rilevanza, è oltremodo dubbio, come si può ricavare dall'analisi di cui *supra*, il profilo specifico sotto il quale l'usura sopravvenuta effettivamente rilevi. La scelta non è priva di conseguenze. Infatti, a seconda di come si inquadri la vicenda dell'usura sopravvenuta, non cambia soltanto il regime giuridico di rilevanza, ma

soprattutto cambiano, sotto un profilo sostanziale, i rimedi che possono essere individuati a tutela del cliente-mutuatario.

Le tesi che qualificano l'usura sopravvenuta come un vizio del contratto concluso tra la banca-mutuante e il cliente-mutuatario – nullità o inefficacia sopravvenuta – si espongono a critiche sia di carattere teorico che pratico.

Sotto il primo profilo, come visto, la dottrina maggioritaria esclude che possa configurarsi un vizio della fattispecie del contratto-atto dopo che tale fattispecie sia già stata perfezionata⁶³. Sotto il profilo pratico, invece, i dubbi principali riguardano l'effettività dei rimedi individuati a tutela del cliente-mutuatario.

Al contrario, le tesi che inquadrano l'usura sopravvenuta tra le vicende che possono interessare il contratto-rapporto e, di conseguenza, alterarne l'equilibrio sembrano cogliere maggiormente nel segno. Infatti, se per ragioni di giustizia sostanziale non si può negare rilevanza all'usura sopravvenuta, allo stesso tempo non è, però, possibile forzare la dogmatica giuridica tradizionale e qualificare l'usura sopravvenuta come un vizio del contratto-atto. La soluzione più corretta è, quindi, quella di inquadrare l'usura sopravvenuta tra le sopravvenienze contrattuali che possono interessare i contratti di credito.

Tuttavia, come visto⁶⁴, anche le tesi che riconducono l'usura sopravvenuta alle sopravvenienze giuridicamente rilevanti manifestano alcuni limiti.

L'approccio alla questione, infatti, riflette il modo di affrontare il più generale tema delle sopravvenienze contrattuali; e sul punto – com'è noto – non è dato rintracciare un'uniformità di vedute tra gli interpreti. Il problema principale concerne essenzialmente la scelta del rimedio esperibile. Infatti, nonostante la grande rilevanza del problema, il nostro ordinamento ha rivolto un'attenzione minima al tema, disciplinando un'unica ipotesi di

⁶³ Cfr. in questo Capitolo, § 3.2.

⁶⁴ Cfr. in questo Capitolo, § 3.4

sopravvenienza «tipica», ossia l'eccessiva onerosità agli articoli 1467-1469 cod. civ., e prevedendo, di regola, di fronte a patologie che coinvolgono il profilo funzionale del contratto-rapporto, esclusivamente rimedi, detti caducatori o «ablativi», che conducono allo scioglimento del vincolo contrattuale.

Tuttavia, tali rimedi rappresentano un limite; e ciò perché il più delle volte lo scioglimento del contratto non risponde alle reali esigenze delle parti e, in particolare, del cliente-mutuatario. Questo significa che le sopravvenienze non sempre si prestano a essere adeguatamente gestite attraverso i rimedi risolutivi tendenti alla «*eliminazione degli effetti finali*»⁶⁵ del contratto. Pertanto, è necessario ricercare nuove vie alternative da percorrere, soprattutto in un ambito estremamente delicato come quello che riguarda i rapporti di credito tra le banche e i clienti.

Percorrere tali vie alternative non significa mantenere sempre e comunque in vita un rapporto che non sia più sostenibile o recuperabile; al contrario, si tratta più semplicemente di verificare se e a quali condizioni il nostro ordinamento ammetta rimedi «manutentivi»⁶⁶ e, nello specifico, se la rinegoziazione del contratto di mutuo possa rappresentare il rimedio adeguato nel caso in cui si verifichi una sopravvenienza come l'usura sopravvenuta.

In dottrina sono state meritoriamente sostenute sia tesi favorevoli alla rinegoziazione dei contratti colpiti da eventi funzionalmente patologici sia tesi negative, anche se è innegabile il rilievo per cui «*[l]a risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo*»⁶⁷.

Occorre verificare, però, se e fino a che punto la rinegoziazione dei contratti di mutuo e, in generale, dei contratti di credito tra le banche e i clienti sia davvero una cura a fronte dell'usura sopravvenuta.

Per far ciò s'impone, però, un passo indietro.

⁶⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, 1969, II, pp. 417 ss.

⁶⁶ L'espressione «rimedi manutentivi» si deve a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1037 e ss.

⁶⁷ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, UTET, 2016, IV, p. 1684.

Il tema dell'usura sopravvenuta riflette, come detto, i molteplici interrogativi sorti in merito alla gestione delle sopravvenienze. Pertanto, ai fini della presente indagine, è necessario partire dall'analisi delle sopravvenienze in generale, andando, in seguito, a verificare se le conclusioni raggiunte all'esito di tale analisi generale possano valere anche per le sopravvenienze nei contratti di mutuo e, in particolare, per la specifica vicenda dell'usura sopravvenuta.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA GENERALE DELLE SOPRAVVENIENZE: UNA DIVERSA CHIAVE DI LETTURA

SOMMARIO: 1. IL RISCHIO CONTRATTUALE – 2. I PRESUPPOSTI DI RILEVANZA DELLE SOPRAVVENIENZE – 2.1 LA NATURA DEI CONTRATTI COLPITI DALLE SOPRAVVENIENZE – 2.2 CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE – 2.3 FATTI STRAORDINARI E IMPREVEDIBILI – 2.4 L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ECESSIVA ONEROSITÀ» – 2.5 (*Segue*) L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ALEA NORMALE» DEL CONTRATTO – 3. LA SCELTA DEL RIMEDIO – 4. RIMEDI «ABLATIVI» – 5. RIMEDI «MANUTENTIVI» – 5.1 *REDUCTIO AD AEQUITATEM* – 5.2 RIMEDI CONVENZIONALI – 5.2.1 (*Segue*) LE CLAUSOLE DI ADEGUAMENTO – 5.2.2 (*Segue*) LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE – 5.3 OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE IL CONTRATTO – 5.4 INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE – 6. CONCLUSIONI SUL RIMEDIO MANUTENTIVO DI RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO.

1. IL RISCHIO CONTRATTUALE

Il tema della gestione delle sopravvenienze offre una serie di spunti particolarmente interessanti. Tuttavia, per comprendere al meglio la questione, è necessario partire da taluni rilievi di carattere preliminare in merito al contratto e a quella che tradizionalmente è chiamata la sua «forza di legge».

La forza di legge del contratto, enfaticamente sancita dall'articolo 1372 cod. civ., si fonda sul principio di autonomia contrattuale delle parti, le quali, decidendo liberamente e volontariamente di concludere un contratto⁶⁸, sono tenute a rispettarlo al pari della legge. Tutto questo è stigmatizzato nella massima «*pacta sunt servanda*».

Un'applicazione strettamente letterale di tale principio comporterebbe che qualsiasi mutamento sopravvenuto delle circostanze, per quanto grande che sia, non possa mai incidere su un rapporto contrattuale già esistente.

⁶⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 532-533.

Tuttavia, una tale lettura dell'autonomia contrattuale non è mai appartenuta alla nostra tradizione giuridica. Infatti, l'origine di una tendenza atta a mitigare il rigore del principio «*pacta sunt servanda*» è da rintracciare già nelle opere di Cicerone e di Seneca⁶⁹, anche se le prime elaborazioni compiute sul tema si devono più propriamente alle fonti canonistiche. In seguito, anche i giuristi dell'età di mezzo ritenevano che in ogni contratto fosse sottintesa una clausola «*rebus sic stantibus*» in forza della quale il contratto stesso vincola le parti soltanto fintantoché rimanga immutata la situazione esistente al momento della sua conclusione. Dal canto suo, la dottrina italiana, nel vigore del Codice Civile del 1865, ha sempre mantenuto una sostanziale dicotomia nei confronti della questione; e ciò sino a quando nel Codice Civile del 1942 si è inteso dare definitivo riconoscimento alla clausola «*rebus sic stantibus*» attraverso la previsione dell'articolo 1467 cod. civ.⁷⁰.

È chiaro, infatti, che così come la forza del vincolo contrattuale non può che fondarsi sui valori sottesi al principio «*pacta sunt servanda*», è altrettanto chiaro che, in relazione ai difetti funzionali che un contratto potrebbe presentare, possono venire in gioco «altri valori e interessi» che allentano il rigore del principio «*pacta sunt servanda*»⁷¹.

Fra tali valori, un ruolo cruciale è svolto dalla buona fede, la quale costituisce il fondamento degli istituti rimediali – come appunto l'articolo 1467 cod. civ. – predisposti dal nostro ordinamento allorché i contraenti si vengano a trovare in uno scenario diverso da quello alla cui base è stato prefigurato e accettato il regolamento contrattuale. Il principio della buona fede, in altre parole, consente di reagire alle iniquità sostanziali cui si

⁶⁹ Cfr. M. T. CICERONE, *De officiis*, a cura di G. PICONE – R. R. MARCHESE, Nuova Universale Einaudi, 2012, I, cap. 10. Si possono trovare degli esempi anche in L. A. SENECA, *De beneficiis*, a cura di M. MENGHI, Laterza, 2012, IV, cap. 34.

⁷⁰ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 616; da un punto di vista storico cfr. G. OSTI, *La cosiddetta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto civile*, 1912, p.1; ID., voce «*Clausola rebus sic stantibus*», in *Novissimo Digesto italiano*, III, UTET, 1967, p. 353; e anche cfr. C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Artt. 1467-1469, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario del codice civile*, Giuffrè, 1995, pp. 5-23.

⁷¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 726.

perverrebbe attraverso una rigorosa e letterale applicazione del principio «*pacta sunt servanda*», qualora durante l'attuazione di un contratto avvengano mutamenti della situazione di fatto o di diritto.

Da questi sommari rilievi si comprende come l'imperativo morale «*pacta sunt servanda*» esprima nient'altro che una regola di carattere funzionale secondo cui, nel momento in cui le parti si accordano e concludono un contratto allo scopo di raggiungere un determinato risultato pratico, esse sono vincolate al regolamento contrattuale da loro accettato; tale vincolo, però, non va considerato in modo assoluto, bensì nella misura in cui risulti necessario per conseguire il risultato voluto.

Così chiarito il significato del brocardo «*pacta sunt servanda*», occorre, inoltre, tenere presente che tale principio riceve un'applicazione del tutto peculiare quando dal terreno dei contratti ad esecuzione istantanea – ai quali è monoliticamente dedicato l'impianto del Libro IV del nostro Codice Civile⁷² – si passa a quello dei contratti di durata.

Tali contratti sono caratterizzati dal fatto che il rapporto che da questi si origina è destinato a durare per un tempo abbastanza lungo, durante il quale potrebbero presentarsi una serie di avvenimenti idonei a compromettere il conseguimento del risultato voluto.

Il rischio di paralisi può assumere diverse forme e fondarsi su differenti presupposti. A titolo esemplificativo: un intervento legislativo che incide direttamente sul contratto o sul rapporto, uno o più avvenimenti straordinari che creano una sproporzione fra le prestazioni, l'incapacità di una delle parti di far fronte agli impegni assunti a causa di mutamenti della situazione (di fatto o di diritto) che rendono non più esigibili o pretendibili i suddetti impegni.

Un ordinamento giuridico che tende alla completezza non può disinteressarsi a tali fenomeni; e ciò non tanto per il rilievo supremo della

⁷² Cfr. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 825 e ss.

volontà delle parti, intesa come volontà del contenuto⁷³, quanto piuttosto per il rilievo che occorre dare al risultato che con il contratto s'intende perseguire⁷⁴.

Allo stesso tempo, si potrebbe essere indotti a pensare che, qualora si desse rilevanza a qualsiasi sopravvenienza, si andrebbe a limitare o a porre sostanzialmente nel nulla la forza del vincolo contrattuale. Non è così, in quanto, sebbene semplicisticamente sia stato sempre contrapposto il brocardo «*rebus sic stantibus*» a quello «*pacta sunt servanda*», tale risultato non è altro che l'applicazione del principio sancito nell'articolo 1372, primo comma, cod. civ. ai contratti destinati a protrarsi nel tempo tra le parti.

Fatta questa premessa, le questioni giuridiche sollevate dalle sopravvenienze sono essenzialmente due: in primo luogo, occorre stabilire se i mutamenti sopravvenuti possano avere rilevanza in confronto al vincolo contrattuale e a quali condizioni (ossia l'*an* di rilevanza delle sopravvenienze); in secondo luogo, in caso di risposta affermativa al precedente interrogativo, occorre individuare i rimedi a disposizione delle parti per reagire a tali mutamenti (ossia il *quomodo* di rilevanza delle sopravvenienze).

Sotto il profilo dell'*an*, il problema delle sopravvenienze s'iscrive nel più generale tema del rischio contrattuale e, nello specifico, del rischio relativo ai fatti sopravvenuti al contratto⁷⁵. Per tale ragione, da una parte, tali problemi riguardano esclusivamente la fase esecutiva del contratto⁷⁶, ossia il rapporto contrattuale, presupponendo la positiva risoluzione delle questioni relative al momento genetico, ossia al contratto-atto; e, dall'altra, quando ci si interroga sulla rilevanza da riconoscere agli eventi sopravvenuti, ci si riferisce esclusivamente alla disciplina del contratto e non a quella dell'obbligazione; disciplina, quest'ultima, che il nostro codice ha inteso mantenere separata dalla prima.

⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 255.

⁷⁴ La prima impostazione che supera la dogmatica volontaristica tradizionale si deve a M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, 1969, specificamente pp. 323 ss.

⁷⁵ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 498

⁷⁶ Per la distinzione del contratto-atto dal contratto-rapporto cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, 1943, pp. 315 ss.

Occorre, inoltre, precisare che un problema di rilevanza delle sopravvenienze si pone solo nel caso in cui le parti non siano state così previdenti da regolare l'ipotetico rischio delle sopravvenienze. In tale caso, infatti, *nulla quaestio*: sarà il contratto e, nello specifico, le singole previsioni delle parti a stabilire se e come le sopravvenienze abbiano rilevanza. Al contrario, nel caso in cui il contratto sia – come si suol dire – un «contratto incompleto», ossia nulla preveda in merito al rischio di una possibile sopravvenienza, sorge il problema di determinare se l'ordinamento dia rilevanza alla sopravvenienza occorsa⁷⁷.

Sotto il profilo degli eventuali rimedi, ossia del *quomodo*, invece, le strade che astrattamente possono aprirsi sono due: o quella dei rimedi «ablativi» o quella dei rimedi «manutentivi» del contratto.

Occorre, però, notare che le ipotesi di sopravvenienze tipizzate dal nostro legislatore sembrano tendere, quasi in via esclusiva, alla risoluzione del contratto. Allo stesso tempo, e al di fuori delle ipotesi tipiche, non è però da escludere che le sopravvenienze possano aprire la strada alla rinegoziazione del contratto o ad altri rimedi «manutentivi»; in questo secondo caso, bisogna chiarire, con specifico riferimento ai contratti di credito, se esista un vero e proprio obbligo di rinegoziare il contratto – e quale sia la sua fonte – e, in caso affermativo, quali possano essere gli strumenti attraverso cui ottenere un'attuazione di tale obbligo.

Per inquadrare correttamente il problema dell'usura sopravvenuta, pertanto, è necessario esaminare i presupposti generali di rilevanza delle sopravvenienze e i conseguenti rimedi previsti dal nostro ordinamento.

⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1015-1016.

2. I PRESUPPOSTI DI RILEVANZA DELLE SOPRAVVENIENZE

Nel codice civile le disposizioni generali sul contratto disciplinano un'unica ipotesi di sopravvenienza: l'eccessiva onerosità agli articoli 1467-1469 cod. civ.

Questa scelta, se può sembrare riduttiva alla luce della situazione attuale e delle odierne esigenze, è, però, frutto di un'opera di grande modernizzazione compiuta dal legislatore codicistico; il codice previgente – ma altrettanto poteva dirsi anche per i codici ottocenteschi degli altri Stati europei – non conosceva, infatti, alcun rimedio – tanto meno generale – nel caso di mutamento sopravvenuto delle circostanze esistenti al tempo del contratto. Tale innovazione si deve essenzialmente al contesto esistente al momento dell'elaborazione dell'attuale codice civile⁷⁸: gli eventi bellici e le conseguenze che ne derivarono portarono la dottrina, prima, e la giurisprudenza, poi, a mostrare un'apertura verso l'idea di dare rilevanza ai mutamenti sopravvenuti delle circostanze; questa tendenza sfociò inizialmente in interventi legislativi *ad hoc* e successivamente si concretizzò nella disciplina generale degli articoli 1467 e seguenti del codice civile.

L'esistenza nel nostro ordinamento di una disciplina generale, per quanto incompleta, dedicata alle sopravvenienze costituisce un dato molto rilevante. Altri ordinamenti a noi vicini, come quello francese o tedesco, tradizionalmente considerati all'avanguardia, non hanno, infatti, una disciplina espressamente dedicata alle sopravvenienze, ancorché anch'essi dovettero fare i conti con le disastrose conseguenze che la guerra comportò sui contratti in corso di esecuzione.

D'altro canto, però, proprio la tradizionale resistenza mostrata sul punto da ordinamenti giuridici evoluti (come quello francese o tedesco) porta a ritenere che la disciplina italiana in tema di sopravvenienze non sia frutto di una compiuta elaborazione dottrinale, ma sia da ricondurre, più propriamente

⁷⁸ Cfr. sul punto F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 617.

e come detto, alle contingenze verificatesi a cavallo tra le due guerre mondiali. Tutto ciò impone di procedere con cautela, quanto meno nel ritenere esaustiva e completa la disciplina dettata dal nostro codice civile⁷⁹.

Ciononostante, occorre ovviamente partire dall'ipotesi tipica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta per instaurare un discorso generale sulle sopravvenienze.

Dalla disciplina tipica si evince che il legislatore italiano, nel mediare tra i principi «*pacta sunt servanda*» e «*rebus sic stantibus*», non ha inteso dare rilevanza incondizionata a qualsiasi sopravvenienza, ma ha ritenuto di riconoscere siffatta rilevanza solo qualora concorrano, cumulativamente, determinati presupposti. Tali presupposti riguardano essenzialmente:

- (i) la particolare natura dei contratti interessati dalle sopravvenienze;
- (ii) le caratteristiche che un fatto sopravvenuto deve avere per essere considerato una sopravvenienza rilevante;
- (iii) il grado di incidenza del fatto sopravvenuto sull'equilibrio contrattuale.

Pur essendo chiari i presupposti di rilevanza delle sopravvenienze nella disciplina codicistica, un po' meno chiara è la *ratio* del rimedio tipico dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

In particolare, secondo una concezione soggettivistica, l'istituto si fonderebbe sulla «volontà implicita» o «presunta» delle parti di condizionare il rapporto contrattuale al mantenimento dello *status quo ante*.

Secondo un'altra concezione, oggettiva, l'istituto si fonderebbe sulla necessità di reagire, al pari della risoluzione per inadempimento, a un difetto funzionale della causa contrattuale.

Autorevole dottrina, però, critica entrambe le impostazioni; la prima si basa su una finzione: quella di ritenere esistente una volontà negoziale che, però, non c'è; la seconda, invece, non chiarisce il motivo per cui solo alcuni

⁷⁹ Cfr. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 832.

eventi sopravvenuti che alterano l'equilibrio contrattuale e non altri rilevino per l'ordinamento⁸⁰.

2.1 LA NATURA DEI CONTRATTI COLPITI DALLE SOPRAVVENIENZE

Le sopravvenienze sono quei «*fatti che, intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua*»⁸¹. Da tale nozione emerge che:

- a. i fatti di cui si tratta concernono esclusivamente la fase esecutiva del contratto, ossia il rapporto contrattuale;
- b. le sopravvenienze, proprio per tale ragione, non possono interessare quei contratti che non originano un vero e proprio rapporto tra le parti.

Il discorso, dunque, deve essere limitato esclusivamente a quei particolari contratti in cui il tempo assume una portata caratterizzante.

Il codice civile, tuttavia, non detta una disciplina generale per tali contratti e, pertanto, è stata la dottrina⁸² – immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice stesso – che ha provveduto a inquadrare sistematicamente le possibili relazioni tra il fattore temporale e il contratto. A emergere in questo ambito sono stati i contratti di durata, caratterizzati dal particolare rilievo che

⁸⁰ Per questa critica cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1018.

⁸¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1015; cfr. anche A. FICI, *Sopraavvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, in AA. VV., *Il nuovo contratto*, Zanichelli, 2008, pp. 913 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 498-500.

⁸² Si fa riferimento al famoso studio di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, nel quale l'A. riflette sulle possibili relazioni tra l'elemento temporale e il contratto, distinguendosi, a tale riguardo, tre diverse categorie:

«*Contratti ad esecuzione differita*», i quali, pur essendo a esecuzione istantanea, sono caratterizzati da una scollatura tra il momento della loro conclusione e l'adempimento delle prestazioni che ne derivano: il tempo qui opera come termine per le obbligazioni di una o entrambe le parti;

«*Contratti che necessitano di un certo tempo per l'esecuzione*», i quali, differiscono da quelli ad esecuzione differita perché in questi, e non in quelli, la compiuta attuazione della prestazione richiede un impegno continuativo della parte obbligata; tipico esempio è rappresentato dal mandato in cui il mandatario deve operarsi in modo continuo per soddisfare un bisogno unitario del mandante;

«*Contratti di durata*», in cui è l'interesse di uno o di entrambe le parti ad avere natura durevole. Qui a durare nel tempo sono le stesse prestazioni ed è, in ultima analisi, lo stesso adempimento.

il tempo assume per il soddisfacimento di un interesse durevole delle parti; nello specifico, tali contratti:

- i. fanno sorgere rapporti obbligatori destinati a durare nel tempo;
- ii. hanno ad oggetto prestazioni che, ripetendosi nel tempo, sono adempiute in modo durevole o ripetuto.

Occorre, tuttavia, rilevare – ai fini del presente lavoro – che tale definizione, se intesa in senso restrittivo, non si presta a comprendere al suo interno i contratti di mutuo⁸³ o, più in generale, di credito. Tali contratti, infatti, non sembrano *prima facie* diretti a soddisfare un interesse duraturo del mutuatario attraverso un corrispondente adempimento durevole del mutuante. Sennonché, la successiva dottrina, procedendo a un'attenta rimeditazione della categoria dei contratti di durata⁸⁴, ha rilevato che, per quanto concerne il contratto di mutuo, il mutuante, nonostante risulti assente un vero e proprio adempimento durevole, si trova in una situazione di soggezione giuridica nei confronti del mutuatario, non potendo, infatti, esigere la restituzione immediata della somma mutuata; questa soggezione opera in funzione di soddisfare un interesse del mutuatario, che si protrae in modo continuativo nel tempo⁸⁵. La funzione negoziale del contratto di mutuo, dunque, non si esaurisce in un unico momento, ma partecipa del tempo che caratterizza il legame che s'instaura tra le parti.

Se così è, allora occorrerebbe includere nella categoria dei contratti – o, forse, *recte* rapporti – di durata anche tutti quei contratti che, come i contratti di credito, sono diretti a soddisfare un interesse durevole di una o di entrambe le parti non attraverso prestazioni durevoli e un corrispondente adempimento durevole, ma tramite la nascita e il mantenimento di un vincolo giuridico che si protrae nel tempo tra le parti. Da un punto di vista strutturale, infatti, ciò che rileva è la sfasatura temporale tra il momento in cui il contratto è concluso e quello in cui l'interesse delle parti, per il tramite delle reciproche

⁸³ Cfr. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, CEDAM, pp. 9-10.

⁸⁴ Cfr. A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 505.

⁸⁵ G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, F. Vallardi, 1972, pp. 69-70.

prestazioni e del vincolo che si origina dal contratto, viene a essere soddisfatto. Anche tali contratti possono essere interessati, pertanto, da sopravvenienze.

Considerato ciò, non sembra particolarmente utile distinguere i contratti a seconda che siano propriamente di durata o, al contrario, semplicemente a esecuzione differita. Chi⁸⁶ mantiene ferma tale distinzione, pur all'esito di una completa rimediazione del problema dei contratti di durata, lo fa per porre in evidenza la possibilità di un ricorso a rimedi aggiuntivi di cui potrebbero giovare solo i contratti propriamente di durata, al contrario di quelli a esecuzione differita⁸⁷.

Il vero è che il problema delle sopravvenienze si pone in merito al contratto-rapporto e non al contratto-atto; coerentemente, nelle ipotesi di sopravvenienze tipizzate dal nostro ordinamento non si distingue tra contratti a esecuzione continuata o periodica (tradizionalmente considerati «di durata») o a esecuzione differita: ciò che conta è che vi sia una sfasatura temporale tra la conclusione e l'esecuzione del contratto. Sicché, appare riduttivo voler circoscrivere l'ambito di applicazione di eventuali rimedi atipici solo a quei contratti che possono essere definiti di «durata» o, addirittura, di «lunga durata». Certo, è vero che statisticamente sono proprio tali contratti a essere maggiormente esposti al rischio di sopravvenienze; ed è ancora più vero che proprio per tali contratti i rimedi codificati appaiono il più delle volte insoddisfacenti; ma, allo stesso tempo, non è men vero che ogni contratto, per

⁸⁶ Sul punto cfr. per tutti A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, cit. e in modo concorde anche E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit.

⁸⁷ Lo studio che per primo ha portato l'attenzione sui cosiddetti «contratti di lunga durata» è F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovenne, 1996. Qui l'A. evidenzia che «in una realtà contrattuale del tipo in esame, l'adeguamento, l'adattamento o la revisione (in una parola la modificazione) del rapporto in corso di esecuzione costituisce la soluzione preferenziale offerta dall'ordinamento ai conflitti insorti tra i contraenti». Ciò è vero, e non si vuole di certo contrastare con la posizione di tale autorevole dottrina, ma occorre semplicemente rilevare che il fatto che tale soluzione valga per i contratti di lunga durata non esclude che essa possa valere anche per i contratti che originano rapporti di durata, ancorché non lunga. Probabilmente, la posizione di MACARIO è stata interpretata in modo riduttivo.

il solo fatto di dar vita a un rapporto – anche non di lunga durata – che si protrae nel tempo, può presentare un problema di sopravvenienze⁸⁸.

Ad ogni modo, ciò che occorre tenere sempre presente è che le sopravvenienze presuppongono un rapporto contrattuale su cui incidere. Solo rispetto a quei contratti che presentano una fase esecutiva non (ancora) esaurita può, dunque, porsi un problema di rilevanza delle sopravvenienze.

Se così è, tra questi contratti rientrano senz'altro anche i contratti di credito e, nello specifico, il contratto di mutuo; rimanendo, pertanto, irrilevante se tali contratti possano essere definiti propriamente di durata o se, al contrario – e come sembra più conveniente anche per evitare confusioni terminologiche –, siano da definire semplicemente come «contratti durevoli».

2.2 CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE

Come detto, affinché un fatto possa essere considerato una sopravvenienza rilevante è necessario che esso abbia determinate caratteristiche.

Anzitutto, sembra banale dirlo, di sopravvenienze si dovrebbe parlare soltanto con riferimento a circostanze che siano propriamente sopravvenute alla conclusione del contratto.

Di contro, se una circostanza che incide sulla situazione giuridica di una delle parti preesistesse alla conclusione del contratto, non dovrebbe riconoscersi alcun rimedio.

Un dubbio, però, è sorto nelle ipotesi in cui un fatto, ancorché preesistente alla conclusione del contratto, venga a conoscenza di una o di entrambe le parti solo in un momento successivo. Parte della dottrina⁸⁹ esclude che in tali ipotesi possa darsi rilevanza alle circostanze preesistenti perché la

⁸⁸ Cfr. A. FICI, *Sopravenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 919.

⁸⁹ Cfr. A. FICI, *Sopravenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 925; nello stesso ordine di idee cfr. P. TARTAGLIA, voce «*Onerosità eccessiva*», in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, 1980, p. 163.

necessità che il fatto sia futuro è connaturata al concetto stesso di sopravvenienza; inoltre, se si riconoscesse qualche rilevanza ai fatti preesistenti ma conosciuti in un momento successivo, si entrerebbe in contrasto con il principio di irrilevanza dei motivi e, nello specifico, dell'errore sui motivi; sul punto è, infatti, nota l'irrilevanza del cosiddetto errore di previsione, ossia l'ignoranza o la falsa conoscenza di future sopravvenienze. Tutt'al più, la sopravvenuta conoscenza di fatti preesistenti potrebbe rilevare ad altri fini, come, ad esempio, per la corretta formazione della volontà contrattuale e per i rimedi connessi⁹⁰.

Alla luce di ciò, è, dunque, evidente che le vicende che hanno originato il problema dell'usura sopravvenuta, esaminate nel precedente capitolo, consistono essenzialmente in fatti sopravvenuti, come tali, astrattamente idonei a rilevare come sopravvenienze.

2.3 FATTI STRAORDINARI E IMPREVEDIBILI

Non basta che un fatto sia semplicemente sopravvenuto per essere considerato una sopravvenienza rilevante; è necessario altresì che esso sia di carattere «straordinario» e «imprevedibile». Tali requisiti, desumibili dall'ipotesi tipica dell'eccessiva onerosità, di cui all'articolo 1467, primo comma, cod. civ., sono espressione di un principio generale valido per tutte le sopravvenienze, comprese quelle atipiche.

In merito a tali presupposti, occorre rilevare – come è stato notato⁹¹ – che, sebbene si parli di «straordinarietà» e di «imprevedibilità» come di due attributi differenti, in realtà l'unico parametro rilevante, sia ai fini dell'eccessiva onerosità sia delle sopravvenienze in genere, è quello della «imprevedibilità», il quale è idoneo a ricomprendere al suo interno la

⁹⁰ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 785-786 e p. 1035.

⁹¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1025.

«straordinarietà»; è evidente, infatti, che è ordinario ciò che è prevedibile, mentre, al contrario, è straordinario ciò che è imprevedibile.

L'area delle sopravvenienze rilevanti, dunque, copre esclusivamente i fatti sopravvenuti che non possono essere previsti dalle parti; al contrario, i fatti prevedibili ma, in concreto, non previsti, rientrando nella cosiddetta «alea normale» del contratto, rimangono giuridicamente irrilevanti.

Dalla disciplina dell'articolo 1467 cod. civ., pertanto, si potrebbe trarre un principio generale in base al quale l'ordinamento giuridico arretri di fronte alla scelta delle parti di non regolamentare una sopravvenienza prevedibile, intervenendo nelle sole ipotesi di sopravvenienze imprevedibili in senso stretto.

L'indagine si sposta, quindi, su cosa debba intendersi per «imprevedibilità».

Una parte della dottrina⁹², seguendo un'interpretazione rigorosa, ritiene che un fatto sia imprevedibile solo laddove non esista neppure una remota possibilità che esso si verifichi e, quindi, risulti *stricto sensu* non prefigurabile dalle parti.

Altra parte della dottrina⁹³ e la giurisprudenza ritengono – più opportunamente – che il concetto di «imprevedibilità» sia idoneo a comprendere anche i fatti sopravvenuti, ancorché in astratto prevedibili, non previsti in concreto in quanto remoti o, comunque, poco probabili. È evidente, infatti, che l'accertamento sulla «imprevedibilità» dei fatti sopravvenuti non può essere condotto in termini astratti, ma deve necessariamente basarsi sulle circostanze di fatto esistenti al tempo del contratto. Citando autorevole dottrina⁹⁴, è prevedibile «*ciò che un uomo medio potrebbe prevedere al tempo del contratto: alla luce della natura del contratto, delle qualità dei contraenti, delle condizioni del mercato e, in definitiva, di ogni significativo elemento*

⁹² Cfr. A. FICI, *Sopravenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., pp. 927-929.

⁹³ Cfr. R. PARDOLESI, *Regole di «default» e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996, p. 456.

⁹⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1025.

individualizzate». Il giudizio di «imprevedibilità» deve, quindi, essere necessariamente flessibile per adeguarsi alle caratteristiche del caso concreto⁹⁵.

Capire cosa il legislatore abbia inteso per «imprevedibilità» è di centrale importanza sistematica perché permette di chiarire il modo in cui è stato concepito il rapporto tra l'ordinamento giuridico e l'autonomia contrattuale nella gestione dei rischi contrattuali⁹⁶.

Senonché, quale che sia la concezione di «imprevedibilità» accolta, non è possibile trarre dalla disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta – come alcuni hanno preteso di fare – alcun argomento decisivo per sostenere che al di fuori della figura tipica di cui all'articolo 1467 cod. civ. non ci sarebbe spazio per altre sopravvenienze rilevanti. Il discorso, invero, andrebbe scisso.

Un conto, infatti, è dire che ai fini dell'eccessiva onerosità sia necessario che un fatto sopravvenuto sia imprevedibile in senso stretto; un altro conto è, invece, dire che lo stesso grado di «imprevedibilità» sia necessario anche al di fuori della disciplina dell'eccessiva onerosità per ritenere rilevante come sopravvenienza un fatto sopravvenuto.

Infatti, nonostante sia necessario partire dall'ipotesi tipica per trarre i principi generali in materia di sopravvenienze, è pur vero che alcuni dei presupposti dell'eccessiva onerosità non sono espressione di principi generali, ma riguardano solo tale peculiare figura. A tal proposito, si deve notare che il rimedio dell'eccessiva onerosità è frutto di un compromesso tra esigenze di certezza e di giustizia e verosimilmente per tale ragione l'elemento della «imprevedibilità» va qui inteso in modo più rigoroso.

In altre parole – come rilevato da una parte della dottrina –, non si può ricavare dall'articolo 1467 cod. civ., argomentando *a contrario*, una regola di generale irrilevanza delle sopravvenienze che non presentano lo stesso grado

⁹⁵ Cfr. E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 94.

⁹⁶ Cfr. A. FICI, *Soppravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 927.

di «imprevedibilità» richiesto ai fini dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Infatti, anche al di fuori delle ipotesi tipiche di sopravvenienze potrebbe comunque sorgere la necessità di ristabilire l'equilibrio contrattuale tra le parti. E non si potrebbe né sostenere che le parti debbano sopportare i rischi derivanti dalla carenza di una regola idonea ad allocare in modo razionale le sopravvenienze non previste né, tantomeno, che non ci sarebbe alcuna lacuna normativa perché l'ordinamento, omettendo di disciplinare sopravvenienze diverse dall'eccessiva onerosità, ha ritenuto giuridicamente rilevante soltanto l'ipotesi tipizzata.

La chiave di volta per attribuire rilevanza ai fatti sopravvenuti anche al di fuori dell'articolo 1467 cod. civ. è la buona fede, intesa in senso oggettivo, che, in quanto clausola generale, è idonea a individuare e selezionare le circostanze rilevanti nell'ambito dei rapporti contrattuali⁹⁷.

Secondo la dottrina, per evitare, però, che il richiamo alla buona fede possa determinare una deriva extra-positivistica, è necessario ancorare tale richiamo a criteri precisi che permettano comunque di ricostruire il modo in cui le parti hanno inteso allocare il rischio di fatti sopravvenuti non previsti. Un primo criterio sarebbe costituito dalla scelta del tipo contrattuale o, per i contratti atipici, dello schema di riferimento. Già compiendo questa scelta – si dice –, le parti hanno manifestato una specifica volontà in ordine alla distribuzione dei rischi contrattuali. Un secondo criterio, qualora il primo non sia di per sé sufficiente a rendere concreto il riferimento alla clausola generale di buona fede, andrebbe rintracciato nel raffronto tra le condizioni contrattuali previste dalle parti e quelle generalmente praticate per operazioni similari⁹⁸.

Da quanto appena detto si trae un'importante conclusione ai fini dell'inquadramento della vicenda dell'usura sopravvenuta. Infatti, se anche i fatti sopravvenuti che non siano totalmente imprevedibili possono rilevare come sopravvenienze, pur al di fuori dell'articolo 1467 cod. civ., ne deriva che

⁹⁷ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 533-534.

⁹⁸ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 534.

l'usura sopravvenuta, configurandosi essenzialmente come un fatto sopravvenuto difficilmente «prevedibile» per le parti e, specialmente, per il cliente-mutuatario, può senz'altro considerarsi una sopravvenienza rilevante.

2.4 L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ECESSIVA ONEROSITÀ»

Non ogni fatto che abbia le caratteristiche sopra descritte è considerato una sopravvenienza giuridicamente rilevante. Affinché ciò sia possibile è necessario non solo che la sopravvenienza incida sul rapporto contrattuale, ma che ne alteri in modo sostanziale il corrispondente equilibrio. Le caratteristiche che tale alterazione deve avere si traggono dall'articolo 1467 cod. civ., il quale, ancorché riguardi solo l'ipotesi tipica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, si può ritenere che fissi i presupposti generali di rilevanza delle sopravvenienze. Nello specifico, l'incidenza perturbativa deve, da una parte, determinare «l'eccessiva onerosità» di una delle prestazioni dedotte in contratto e, dall'altra, essa non deve rientrare nella cosiddetta «alea normale» del contratto.

Il primo requisito – l'eccessiva onerosità – è di natura quantitativa e riguarda il grado d'incidenza sul rapporto contrattuale determinato dall'avvenimento perturbativo.

Preliminarmente, occorre, però, chiarire che cosa s'intende per «onerosità».

L'onerosità rilevante è solo quella che deriva da fattori oggettivi estranei alla sfera di controllo del debitore⁹⁹ e che incide direttamente sulla prestazione ancora dovuta da una delle parti, rendendola, per l'appunto, più costosa o preziosa. Infatti, così come il rischio che è in concreto prevedibile – ossia facente parte della sfera di controllo delle parti – non ha alcuna

⁹⁹ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 630; cfr. anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1021-1022.

rilevanza, così l'onerosità derivante da un fatto interno alla sfera di dominio delle stesse parti sarà, del pari, irrilevante. In altri termini, l'onerosità deve colpire una prestazione non ancora esaurita nella sua dimensione oggettiva, indipendentemente cioè dalle condizioni soggettive o patrimoniali della parte tenuta alla suddetta prestazione. Di contro, il fatto che la controprestazione attesa sia stata nel frattempo eseguita non esclude che la sopravvenienza possa avere rilevanza¹⁰⁰.

Tuttavia, sia la dottrina sia la giurisprudenza estendono il concetto di «onerosità» rilevante anche alle ipotesi in cui tale onerosità non risulta da un diretto aggravio della prestazione dovuta, ma dallo svilimento della controprestazione attesa; ovviamente, anche in questi casi, deve trattarsi di uno svilimento oggettivo risultante da una perdita di valore ed è, inoltre, necessario che la controprestazione svilita non sia stata ancora eseguita al tempo in cui si verifica la sopravvenienza¹⁰¹.

Affinché una sopravvenienza sia rilevante non bisogna, dunque, verificare se un fatto sopravvenuto alteri il costo originario della prestazione dovuta, ma, piuttosto, occorre valutare l'incidenza che tale fatto ha sull'equilibrio risultante dal rapporto tra il valore della prestazione e quello della controprestazione. L'indagine per verificare l'onerosità rilevante deve, quindi, spostarsi dal campo dell'obbligazione a quello del contratto¹⁰².

Una volta chiarito in che cosa consiste la «onerosità» che una sopravvenienza deve determinare per avere rilevanza, bisogna specificare il grado di tale «onerosità».

L'art. 1467, primo comma, cod. civ. definisce «eccessiva» l'onerosità rilevante. Anche fuori dal campo di applicazione di tale articolo, affinché una sopravvenienza sia rilevante è necessario che l'incidenza da questa spiegata sul rapporto contrattuale superi una determinata soglia. La misura di tale

¹⁰⁰ Per la necessità che la prestazione colpita dalla sopravvenienza non sia ancora esaurita cfr. E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, II, UTET, 2006, p. 1828;

¹⁰¹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1022.

¹⁰² Cfr. A. FICI, *Soppravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., pp. 933-934.

soglia non può di certo essere determinata senza prendere in considerazione la fattispecie concreta. Può ben capitare, infatti, che l'onerosità della prestazione derivante da un fatto sopravvenuto sia da considerarsi «eccessiva» in una dimensione astratta, ma non lo sia altrettanto in concreto rispetto allo specifico contratto preso in considerazione¹⁰³. Nel condurre tale valutazione, è necessario tenere sempre presente che la *ratio* per cui si riconosce rilevanza ad alcuni eventi sopravvenuti che alterano l'equilibrio contrattuale è quella di mantenere, in termini generali, l'onere economico assunto con il contratto nei limiti di quanto originariamente accettato, tenendo conto di quello che è il rischio tipicamente rientrante nella cosiddetta «alea normale» del contratto.

Proprio per tale ragione, alcune considerazioni particolari vanno svolte con riguardo ai contratti che instaurano tra le parti un rapporto destinato a durare nel tempo. Infatti, la durata del rapporto implica inevitabilmente un aumento del rischio assunto dalle parti; ciò, altrettanto inevitabilmente, ha delle ripercussioni sulla valutazione della sopravvenuta eccessività dell'onere sopportato da una delle parti. Inoltre, sempre a causa della durata del rapporto, è ben possibile che quella che è una «onerosità» eccessiva in un determinato momento non possa considerarsi altrettanto tale in un altro, essendo rientrata nei margini del tollerabile. In tali contratti, pertanto, il tempo rilevante per la valutazione dell'onerosità derivante da una sopravvenienza non potrà che essere quello in cui la parte svantaggiata lamenti il sopravvenuto aggravio dell'onere economico sopportato.

Pur dovendo tenere conto delle particolarità che riguardano i contratti di credito, non si può, tuttavia, escludere che l'usura sopravvenuta dia luogo a un'eccessiva onerosità della prestazione a carico del cliente-mutuatario. È vero che tale conseguenza non risulta in modo diretto, rimanendo il cliente obbligato alla prestazione nella misura originariamente convenuta. Tuttavia, vi è comunque un'eccessiva onerosità sopravvenuta che risulta – per così dire – in modo indiretto, ossia dal confronto tra le condizioni esistenti sul mercato,

¹⁰³ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 633.

necessariamente rispettose delle soglie di usura, e quelle a cui è soggetto il cliente-mutuatario, accettate al tempo del contratto quando ancora non si poneva alcun problema di usurarietà degli interessi.

2.5 (Segue) L'IMPATTO DELLE SOPRAVVENIENZE: «ALEA NORMALE» DEL CONTRATTO

L'articolo 1467, secondo comma, cod. civ. esclude la possibilità di invocare il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nel caso in cui tale onerosità rientri nella cosiddetta «alea normale» del contratto.

Il concetto di «alea normale» del contratto indica il criterio legale di distribuzione del rischio contrattuale e, più propriamente, esprime «*la tipologia e la misura del rischio che la parte implicitamente si assume con il contratto*»¹⁰⁴. Per tale ragione, la normalità di un eventuale evento sopravvenuto costituisce non soltanto il limite applicativo della risoluzione di cui all'articolo 1467 cod. civ., ma rappresenta (soprattutto) l'elemento di collegamento dell'operazione sottesa al contratto con il contesto del mercato¹⁰⁵ e, come tale, rileva ogniqualvolta si presenti una sopravvenienza anche al di fuori dello specifico ambito di applicazione dell'articolo 1467 cod. civ.

La portata generale del concetto ha favorito lo sviluppo di una molteplicità di opinioni in merito al significato effettivo di tale locuzione¹⁰⁶. Senza scendere nell'esame delle differenti posizioni espresse nel tempo, si deve rilevare, da una parte, che il concetto di «alea normale» si lega inevitabilmente alla nozione di «eccessiva onerosità», per cui è da ritenersi «eccessiva» solo l'onerosità che oltrepassi il limite della «alea normale» del

¹⁰⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1024. Sull'«alea normale» cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, CEDAM, 2000; cfr. la singolare impostazione di F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Giuffrè, 2001, il quale lega tale concetto a una sorta di «onere di conoscenza dell'ordinario» gravante sulle parti, in ossequio al principio di autoresponsabilità.

¹⁰⁵ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 637-638.

¹⁰⁶ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 640.

contratto. Dall'altra parte, però, per evitare che il concetto della «alea normale» sia un'inutile ripetizione dell'onerosità, conseguenza degli eventi sopravvenuti, bisogna rimarcare la specificità che connota tale locuzione. In particolare, a differenza della «eccessiva onerosità», il concetto di «alea normale» esprime una relazione di tipo qualitativo – e non quantitativo – che attiene al rapporto tra sopravvenienza e contratto¹⁰⁷.

Tale rapporto – e, quindi, l'ampiezza dell'area ricoperta dalla «alea normale» – dipende, in primo luogo, dalla scelta del tipo contrattuale o, nel caso di contratti atipici, dello schema di riferimento. Infatti, come già detto, ogni tipo contrattuale – o schema – incorpora rischi differenti e differenti modalità di ripartizione.

In secondo luogo, per determinare la «alea normale» del contratto, è necessario procedere alla valutazione di qualsiasi altro elemento risultante dalla fattispecie concreta che concorra a determinare il piano di ripartizione dei rischi sottesi all'operazione. Tali elementi possono essere rintracciati, in modo esemplificativo, nell'oggetto del contratto, nelle clausole facenti parte del regolamento contrattuale ma estranee al tipo o allo schema di riferimento o, anche, nella specifica congiuntura del mercato¹⁰⁸.

Così interpretato, il concetto della «alea normale» del contratto rappresenta il paradigma e la sintesi di tutti gli altri presupposti necessari affinché un evento sopravvenuto possa ritenersi giuridicamente rilevante ai sensi dell'articolo 1467 cod. civ. e non solo.

Innanzitutto, tale concetto, come già detto, si lega strettamente al requisito della «eccessiva onerosità», in quanto una prestazione può considerarsi eccessivamente onerosa solo nel caso in cui lo squilibrio prodotto non rientri nella «alea normale» del contratto.

In secondo luogo, tale concetto dà concretezza alla valutazione di «imprevedibilità» e, quindi, di «straordinarietà» del fatto sopravvenuto;

¹⁰⁷ Cfr. R. NICOLÒ, voce «Alea», in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, 1958, p. 1026.

¹⁰⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1024.

imprevedibilità che, come già rilevato, non va intesa in senso assoluto, ma va valutata in base alle circostanze concrete esistenti al momento della conclusione del contratto, tra cui, per l'appunto, l'insieme di rischi che rientrano nella normale alea del contratto.

Proprio per tali ragioni, le vicende relative all'usura sopravvenuta, che hanno interessato e interessano tutt'oggi i contratti di mutuo, non sempre possono ritenersi rientranti nella «alea normale» del contratto. L'usura sopravvenuta, come visto *supra*¹⁰⁹, è, infatti, frutto di vicende spesso difficilmente prevedibili, soprattutto per il cliente-mutuatario.

Dall'esame dei presupposti generali di rilevanza delle sopravvenienze, in conclusione, si ricava che nulla osta, da un punto di vista teorico, a ritenere l'usura sopravvenuta una sopravvenienza giuridicamente rilevante per il nostro ordinamento, avendone, in astratto, tutti i presupposti.

L'indagine si sposta, dunque, sui rimedi che in termini generali possono essere esperiti a fronte di una sopravvenienza giuridicamente rilevante. Tale indagine permetterà di individuare, tra i rimedi esperibili in generale, quello che maggiormente si presta a gestire il fenomeno dell'usura sopravvenuta.

3. LA SCELTA DEL RIMEDIO

La scelta del rimedio esperibile a fronte di una sopravvenienza importa inevitabilmente considerazioni non solo di efficienza, ma anche di equità. In termini generali, di fronte a una sopravvenienza che interessa un contratto di durata e, in particolare, un contratto di credito, possono porsi in astratto tre possibilità.

La prima consiste nella rigorosa applicazione del principio «*pacta sunt servanda*», impedendo alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale e precludendo qualsiasi scenario di rinegoziazione. Tuttavia, com'è stato

¹⁰⁹ Cfr. Cap. I, § 2.1.

rilevato, una lettura rigorosa del principio «*pacta sunt servanda*» non è mai appartenuta alla nostra tradizione giuridica.

Inoltre, lasciare in vita il contratto nella sua formulazione originaria non sarebbe né efficiente né equo. Infatti, da una parte, s'imporrebbe a uno solo dei contraenti di sopportare totalmente un evento straordinario e imprevedibile da lui indipendente – come l'usura sopravvenuta –; e, dall'altra, si permetterebbe all'altro di conseguire, in ragione di ciò, un vantaggio che non era stato originariamente pattuito in suo favore.

Scartata la prima strada perché, come visto *supra*, il nostro ordinamento, seppur a determinate condizioni, dà rilevanza ai fatti sopravvenuti che alterano l'equilibrio contrattuale, la seconda e la terza soluzione riguardano rispettivamente i rimedi «ablativi» e i rimedi «manutentivi» del contratto.

I rimedi «ablativi» mirano allo scioglimento del vincolo contrattuale.

Tali rimedi favoriscono la competitività, consentendo un «ricambio» del *partner* contrattuale, ma, allo stesso tempo, generano elevati costi transattivi. Inoltre, molto spesso i contratti di durata importano investimenti o spese difficilmente riconvertibili; un esempio è rappresentato proprio dai contratti di mutuo, i quali sono di frequente stipulati in vista dell'acquisto dell'abitazione principale del mutuatario. Consentire in tali casi, *sic et simpliciter*, uno scioglimento del contratto a semplice richiesta della banca-mutuante potrebbe apparire pregiudizievole per il mutuatario che abbia già sostenuto spese o investimenti economicamente rilevanti.

I rimedi «manutentivi», invece, sono orientati al mantenimento del vincolo contrattuale. Questo risultato può essere raggiunto in diversi modi, a seconda che si valorizzi ora il ruolo delle parti, attraverso una rinegoziazione del contratto, ora quello di un terzo, attraverso una clausola di arbitraggio, ora quello del giudice, attraverso una revisione giudiziale.

Questa soluzione, di tipo chiaramente conservativo, favorendo senz'altro la parte svantaggiata – ma non la concorrenza –, rappresenta la soluzione più equa, ma non sempre quella più efficiente¹¹⁰.

Inoltre, nella misura in cui il mantenimento del rapporto sia conseguito tramite un intervento del giudice, si rischia di incorrere in una serie di problematiche di teoria generale che attengono al modo di concepire i rapporti tra l'autonomia contrattuale e il controllo giudiziale.

Infatti, come dimostra la disciplina tipica dell'eccessiva onerosità, il nostro ordinamento ha predisposto un complesso intreccio di soluzioni estintive e manutentivo-corrective al fine di rispettare al massimo la volontà delle parti. Sicché, vi è un nesso strettissimo tra le sopravvenienze e l'autonomia delle parti nella gestione del rischio contrattuale. Non a caso, il legislatore ha ritenuto opportuno ridurre al minimo gli interventi eteronomi da parte della legge o del giudice, ancorché questi non possano essere a priori esclusi¹¹¹.

4. RIMEDI «ABLATIVI»

L'ordinamento, come già rilevato in apertura del capitolo, consente alla parte svantaggiata da una sopravvenienza di reagire a essa mediante la risoluzione del contratto, secondo la disciplina tipica dell'eccessiva onerosità, di cui all'articolo 1467 cod. civ.

La risoluzione, quale istituto rimediale e non sanzionatorio¹¹², è uno strumento rimesso alla esclusiva disponibilità della parte colpita dalla sopravvenienza. Ovviamente, affinché la parte possa avvalersene è necessario che si attivi proponendo espressa domanda in giudizio; l'eccessiva onerosità e,

¹¹⁰Cfr. P. L. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, in *Banca borsa e titoli di credito*, LXI, 2008, parte I, p. 748.; *contra*, per l'idea che i rimedi «manutentivi» siano da preferire in termini di efficienza economica cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 608.

¹¹¹ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 507.

¹¹² Cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., pp. 471-471.

in genere, le sopravvenienze non producono, infatti, effetti *ipso iure* sul rapporto contrattuale. Ne deriva che, qualora si verifichi un fatto sopravvenuto, non è sufficiente una mera manifestazione di volontà stragiudiziale della parte svantaggiata che renda edotta la controparte dell'evento sopravvenuto e dell'intento risolutorio. Tuttavia, è anche vero – come taluno ha rilevato¹¹³ – che le dichiarazioni stragiudiziali possono ingenerare affidamento nella parte che le rende, non potendo, quindi, escludersi *tout court* un'indagine sul comportamento della parte che riceve la dichiarazione.

Problema diverso, invece, è se la sopravvenienza possa essere fatta valere in via di eccezione, fermo restando che essa non è di per sé sufficiente a giustificare l'inadempimento. Senza scendere nel dettaglio, bisogna ammettere per ragionevolezza che il manifestarsi di una sopravvenienza che incide sul rapporto contrattuale possa essere sollevato anche in via di eccezione, salvo poi verificare se questa configuri una mera eccezione o, più propriamente, un'eccezione riconvenzionale, come ritiene anche la dottrina¹¹⁴ e la giurisprudenza prevalente.

La risoluzione consegue a una sentenza di natura costitutiva, che, accertati i presupposti sopra delineati, produce lo scioglimento del vincolo contrattuale¹¹⁵.

Chiaramente, accanto a questo effetto demolitorio, dalla risoluzione deriva un tendenziale ripristino della situazione giuridica esistente al tempo del contratto. Ciò è dovuto al fatto che, a norma dell'articolo 1458 cod. civ., richiamato dall'articolo 1467 cod. civ., la risoluzione, pur non retroagendo rispetto ai terzi, ha effetto retroattivo tra le parti. Tale «retrodatazione» genera, di conseguenza, degli obblighi restitutori.

¹¹³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1028; cfr. anche R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit, p. 1705.

¹¹⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1027.

¹¹⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1028.

Più propriamente, l'effetto ripristinatorio è frutto di un meccanismo «a due tempi»; in primo luogo, lo scioglimento del contratto rende *sine titulo* le attribuzioni patrimoniali effettuate in forza di tale contratto¹¹⁶; in seguito, venuta meno la giustificazione causale delle attribuzioni eseguite, il ripristino vero e proprio deriva dai principi di carattere generale che disciplinano le cosiddette «restituzioni»¹¹⁷. Nello specifico, per le obbligazioni di *facere* già adempiute, si applicherà la disciplina dell'arricchimento senza giusta causa, di cui all'articolo 2041 cod. civ.; mentre per quelle di *dare*, si applicheranno le norme che disciplinano la *condictio indebiti*. Il che significa che gli effetti restitutori non scaturiranno in modo automatico dalla pronuncia della risoluzione, ma dovranno formare oggetto di autonoma domanda delle parti.

Tali effetti propri della risoluzione, tuttavia, si realizzano in modo diverso a seconda della natura del contratto. A tale riguardo, è necessario procedere a due distinzioni.

Una prima distinzione va fatta tra contratti a (soli) effetti obbligatori o a effetti reali. Nel primo caso, alla risoluzione conseguirà l'estinzione delle obbligazioni ancora non adempiute e la produzione degli effetti recuperatori sopra descritti; mentre nel secondo caso, dalla risoluzione conseguirà automaticamente il (ri)trasferimento del diritto oggetto del contratto risolto all'originario titolare, ossia si produrrà un'efficacia reale inversa a quella originaria.

Una seconda distinzione rilevante è quella tra contratti propriamente di durata (ossia a esecuzione continuata o periodica) e contratti a esecuzione differita. Nei primi, infatti, l'effetto demolitorio della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite e, di conseguenza, non fa venir meno il diritto alle corrispondenti controprestazioni. Tale principio, espresso dall'articolo 1458 cod. civ., risponde a un criterio di logica comune. Infatti, se la risoluzione opera come rimedio a fronte delle alterazioni funzionali del

¹¹⁶ Cfr. *ex multis* C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in ID., *Diritto civile*, 5, Giuffrè, 1994, p. 380.

¹¹⁷ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, p. 508 che cita sul punto A. BOSELLI, voce «Eccessiva onerosità», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, UTET, 1960, p. 335.

sinallagma contrattuale, essa non potrà incidere su quella parte del rapporto che ha già trovato attuazione e rispetto alla quale, quindi, non vi è stata alcuna alterazione del sinallagma stesso¹¹⁸. Nei contratti a esecuzione differita, al contrario, la retroattività della risoluzione rimonta direttamente al tempo del contratto, con tutte le conseguenze ripristinatorie che ne derivano¹¹⁹.

Tuttavia, non sempre i contratti rientrano *tout court* nell'una o nell'altra categoria. Può accadere, infatti, che il contratto sia unilateralmente di durata¹²⁰, ossia che le prestazioni non siano a esecuzione continuata o periodica per entrambe le parti. In tali casi, essendo la *ratio* della risoluzione quella di reagire ad alterazioni del nesso sinallagmatico, è evidente che prevarrà la regola della retroattività fin dal momento della conclusione del contratto, generandosi, di conseguenza, obblighi restitutori per il contraente che ha già ricevuto parte della prestazione continuativa o periodica. È questo il caso dei contratti di mutuo o, in generale, di credito, rispetto ai quali la risoluzione per eccessiva onerosità ha sempre portata retroattiva.

5. RIMEDI «MANUTENTIVI»

Il rimedio tipico per l'eccessiva onerosità sopravvenuta è, come visto, la risoluzione del contratto. In generale, anche al di fuori della disciplina dell'articolo 1467 cod. civ., i rimedi predisposti dal nostro ordinamento per i difetti sinallagmatici sono «rimedi ablativi», ossia tendono alla cancellazione degli effetti del contratto¹²¹. La *ratio* è che si ritiene preferibile sciogliere il contratto piuttosto che tenerlo in vita quando si verificano gravi difetti funzionali che impediscono a una o a entrambe le parti di conseguire il risultato voluto.

¹¹⁸ *Contra* per le prestazioni in corso di esecuzione cfr. G. SCALFI, voce «Risoluzione del contratto», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 11.

¹¹⁹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1028; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 509.

¹²⁰ Questa espressione è usata da F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 511.

¹²¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1041.

Tuttavia, non sempre l'eliminazione degli effetti del contratto risponde all'effettivo interesse della parte legittimata a chiedere la risoluzione. Basti pensare alle conseguenze negative che la risoluzione potrebbe avere nel caso di contratti di credito colpiti da sopravvenienze e, nello specifico, da usura sopravvenuta: il cliente-mutuatario la cui prestazione restitutoria sia colpita da una sopravvenienza rilevante potrebbe invocare la risoluzione del contratto; ma, in tal modo, verrebbe a trovarsi in una situazione ancora peggiore di quella precedente, dovendo restituire immediatamente l'intero finanziamento ricevuto.

In via di prima approssimazione, si può dire che il rimedio risolutorio è inadeguato ogniqualvolta il contratto sia destinato a protrarsi più o meno a lungo nel tempo (come nell'esempio del contratto di credito). Nello specifico, l'inadeguatezza si avverte maggiormente per quei contratti, definiti «di relazione», destinati a instaurare rapporti di lunga durata e finalizzati alla realizzazione di operazioni complesse e difficilmente riconvertibili per una o entrambe le parti¹²²; l'esempio tipico è rappresentato dai contratti di appalto per la progettazione, realizzazione e messa in funzione di complesse opere infrastrutturali di carattere strategico.

In tutti questi casi l'interesse delle parti è per la prosecuzione del rapporto, chiaramente dopo che siano stati eliminati i problemi arrecati dagli eventi sopravvenuti. Occorre, pertanto, evitare lo scioglimento del contratto, che, come visto dagli esempi precedenti, può avere conseguenze catastrofiche. A tal fine, si rende necessaria l'individuazione di rimedi diversi dalla risoluzione del contratto: rimedi di tipo conservativo o «manutentivo» che consentano la conservazione del contratto mediante il suo adeguamento. Per far ciò, l'approccio al problema deve necessariamente essere di tipo funzionale, superando, da una parte, il tradizionale modo di interfacciarsi ai rimedi tipici predisposti dall'ordinamento per le sopravvenienze e

¹²² Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042.

valorizzando, dall'altra, l'esigenza di tutela richiesta per quei particolari rapporti contrattuali in cui il tempo assume una chiara portata caratterizzante.

Non a caso, proprio nei contratti – sopra menzionati – di lunga durata, le parti si dotano già nel regolamento contrattuale di apposite clausole di gestione del rischio che prevedono o, comunque, privilegiano i rimedi conservativi.

Ma, anche al di là dei rimedi convenzionalmente concordati dalle parti, secondo alcuni interpreti¹²³, si potrebbe ravvisare una vera e propria tendenza del nostro ordinamento a privilegiare i rimedi conservativi che consentano l'esecuzione del contratto. Chiari indizi in tal senso si rintraccerebbero nella riluttanza del legislatore a consentire lo scioglimento di alcuni contratti tipici di durata. Ad esempio, in tema di risoluzione per inadempimento, mentre la regola generale dell'articolo 1455 cod. civ. richiede per lo scioglimento del contratto la «non scarsa importanza» dell'inadempimento, al contrario, regole più rigide sono stabilite per la risoluzione del contratto di somministrazione¹²⁴ o d'appalto¹²⁵.

A dire il vero, l'esistenza di un chiaro *favor* per la «manutenzione» del contratto viziato si può ricavare già dalla disciplina generale del contratto. Conferme in tal senso risultano, infatti, anche al di fuori dello specifico ambito dei contratti di durata, da istituti come la rettifica del contratto annullabile per errore, di cui all'articolo 1432, cod. civ., la *reconductio ad aequitatem* del contratto rescindibile, prevista all'articolo 1450, cod. civ., la riduzione della controprestazione in caso di impossibilità sopravvenuta parziale, consentita dall'articolo 1464, cod. civ. È vero che il fondamento degli istituti da ultimo richiamati è nel principio generale di conservazione degli atti giuridici, mentre nel caso di una sopravvenienza che colpisca un contratto di durata si pone più

¹²³ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 75; ID., *Le sopravvenienze*, cit., p. 690; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042.

¹²⁴ Per il contratto di somministrazione l'articolo 1564 cod. civ. richiede, da una parte, che l'inadempimento sia di «notevole importanza» e, dall'altra, che sia «tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti».

¹²⁵ Per il contratto d'appalto, a norma dell'articolo 1668, secondo comma, cod. civ., la risoluzione è ammessa solo se i vizi rendano l'opera «del tutto inadatta alla sua destinazione».

che altro un problema di modificazione o adeguamento del regolamento di interessi¹²⁶; ma è altrettanto vero – come taluno ha rilevato¹²⁷ – che ciò che accomuna tali fattispecie è l'esistenza di un vero e proprio principio di adeguamento, ricavabile dalla disciplina generale del contratto. Un adeguamento che è, dunque, finalizzato al mantenimento del contratto viziato geneticamente o funzionalmente – come nel caso di sopravvenienze – mediante tecniche flessibili.

In tutte queste ipotesi si pone costantemente l'interrogativo sul rapporto tra le parti e la loro autonomia, da un lato, e il giudice e i suoi poteri d'ufficio, dall'altro. Non c'è dubbio che l'area dei «rimedi manutentivi» privilegi l'autonomia privata. E ciò in un duplice senso.

Infatti, da una parte, soprattutto nei rapporti di lunga durata, solitamente sono le stesse parti a individuare *ex ante* appositi rimedi convenzionali di tipo «manutentivo»; dall'altra, qualora le parti non siano state così previgenti da predeterminare i rimedi a monte, cercheranno *ex post* di instaurare una trattativa al fine di risolvere il problema sorto in sede di esecuzione.

Ciononostante, non si potrà, tuttavia, prescindere da un intervento giudiziale quando l'autonomia delle parti non si sia formata né *ex ante* né *ex post*. È difficile capire, però, fino a che punto possa spingersi l'intervento del giudice in tali casi, perché in gioco non vi è soltanto l'autonomia contrattuale delle parti, ma lo stesso affidamento nella serietà del vincolo contrattuale; e ciò anche in considerazione del fatto che nel contratto possono essere riposti importanti elementi di programmazione economica.

Un ordinamento giuridico che sia al passo con i tempi deve offrire rimedi nuovi e diversi rispetto a quelli meramente «ablativi» del rapporto contrattuale. Nel far ciò, non si può rimanere ancorati alle concezioni tradizionali del passato e sostenere l'impossibilità di prefigurare qualsiasi

¹²⁶ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 140-141.

¹²⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1044; nello stesso ordine di idee cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 696.

intervento del giudice a causa dell'irrisolvibile antinomia tra l'autonomia contrattuale dei privati e l'intervento giudiziale in funzione correttiva¹²⁸.

In questo senso, un possibile intervento del giudice in funzione correttiva del contratto, nonostante possa apparire *prima facie* in contrasto con la tradizionale concezione dell'autonomia privata, non deve essere osteggiato. Sul punto, è ormai evidente la crescente attenzione dei giudici, soprattutto di legittimità, per le clausole generali e, in particolar modo, per la clausola di buona fede¹²⁹. Ciò ha come conseguenza che «*il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice*»¹³⁰.

In merito, è d'obbligo riportare l'orientamento giurisprudenziale che individua nella clausola generale di buona fede lo strumento tecnico per sanzionare il cosiddetto abuso di diritto contrattuale¹³¹.

Nello specifico, secondo la giurisprudenza, ricorre abuso del diritto ogniqualvolta una parte contrattuale eserciti un diritto con modalità che, sebbene conformi a quanto contrattualmente previsto, non tengano debitamente conto dell'interesse della controparte. Ad esempio, nel noto *leading case*¹³² sul tema, la Suprema Corte ha ritenuto che una violazione del dovere generale di buona fede – e, dunque, abuso di diritto – possa riscontrarsi anche nell'esercizio di un diritto di recesso *ad nutuum* contrattualmente previsto a favore di una soltanto delle parti, qualora, avuto riguardo alla necessaria proporzionalità dei mezzi da usare e alla valutazione dei contrapposti interessi, non fossero più opportune modalità diverse di esercizio del diritto stesso, quali un preavviso o un'offerta di indennizzo; in altre parole, le modalità di esercizio del diritto di recesso, ancorché conformi a quanto contrattualmente previsto, sono state ritenute dalla Cassazione astrattamente

¹²⁸ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit. p. 691.

¹²⁹ Cfr. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, CEDAM, 2017, III, pp. 796-797.

¹³⁰ Cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

¹³¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 496-497; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 798-799; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 419.

¹³² Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, conosciuta come «sentenza Renault», con commento di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, pp. 5 ss.

idonee a integrare, in base alle circostanze del caso concreto, un abuso del diritto.

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte nella citata «sentenza Renault», sebbene sia stato oggetto di numerose critiche soprattutto per la commistione tra i profili più strettamente attinenti alla teoria dell'abuso del diritto e alla buona fede¹³³, è sostanzialmente accettato da una parte significativa della dottrina¹³⁴. È pacifico, infatti, che, in virtù della clausola generale di buona fede, ciascuna parte sia tenuta a comportarsi in modo da «salvaguardare il ragionevole interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio»¹³⁵. Ed è altrettanto pacifico che le conseguenze alle quali si espone il contraente che violi il precetto di buona fede siano essenzialmente due: impossibilità di far valere le proprie pretese contrattuali verso la controparte; oppure, esposizione alle pretese contrattuali di controparte.

Ne deriva che, se tutto questo è pacifico, un ruolo centrale nella valutazione della conformità a buona fede del comportamento delle parti spetta necessariamente al giudice, il quale sarà chiamato a svolgere la sua indispensabile attività valutativo-ermeneutica, senza che ciò possa mai rappresentare un *vulnus* per l'autonomia contrattuale delle parti.

In altre parole, il giudice è chiamato a svolgere una delicata funzione correttiva attraverso l'oculato utilizzo della clausola generale di buona fede; clausola che costituisce – usando le parole della Suprema Corte –: «strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi»¹³⁶. Nel far ciò, egli ben potrebbe pervenire a quella che sembra *prima facie* una rimodulazione del regolamento contrattuale, ma che, in realtà,

¹³³ Cfr. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 799-800.

¹³⁴ Cfr. F. GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 311 ss.

¹³⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 497.

¹³⁶ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

è il risultato di una pacifica attività interpretativo-integrativa finalizzata alla ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti¹³⁷.

Chiarito, dunque, come non si possa aprioristicamente prescindere da un intervento del giudice nell'individuazione dei rimedi tendenti alla conservazione del rapporto contrattuale, occorre, infine, rilevare che il tema dei «rimedi manutentivi» riguarda primariamente le sopravvenienze atipiche, ossia non rientranti nella fattispecie dell'eccessiva onerosità.

Nello specifico, ancorché in tema di sopravvenienze l'articolo 1467 cod. civ. disciplini un rimedio «ablativo» tipico, nulla vieta di ritenere che, in virtù delle clausole generali (in particolare, della buona fede), vi possano essere rimedi diversi di tipo «manutentivo».

Il nostro codificatore ha disciplinato la sola sopravvenienza «tipica» dell'eccessiva onerosità, essendo questa l'ipotesi che maggiormente poteva prefigurarsi all'epoca. Nei decenni successivi, tuttavia, iniziò a percepirsi l'importanza anche di una disciplina per le sopravvenienze «generali» o atipiche. La (apparente) lacuna codicistica non deve portare a ritenere che le sopravvenienze diverse dall'eccessiva onerosità rimangano senza rimedi.

Infatti, proprio dal generale principio di adeguamento e conservazione del contratto rintracciabile nel nostro ordinamento si può ritenere che, nel caso in cui il contratto sia colpito da una sopravvenienza (anche atipica), le parti, qualora sia possibile e risponda ai loro interessi, debbano rinegoziare al fine di riscrivere il regolamento contrattuale; e, qualora non raggiungano l'accordo, non si può escludere un intervento correttivo-suppletivo del giudice, nel senso sopra detto¹³⁸.

¹³⁷ Bisogna dare atto che tale impostazione, fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, non è, tuttavia, pienamente condivisa dalla dottrina. Per un quadro degli interventi critici sul punto cfr. L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, pp. 541 ss., in particolare, nota 7.

¹³⁸ Cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 1709-1710.

5.1 *REDUCTIO AD AEQUITATEM*

L'esistenza di un principio generale di adeguamento del contratto trova conferma nella disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Infatti, la parte non colpita dalla sopravvenienza, una volta domandata la risoluzione del contratto, può evitarla offrendo «di modificare equamente le condizioni del contratto», a norma dell'articolo 1467, terzo comma, cod. civ.

La riduzione a equità è un vero e proprio diritto potestativo attribuito esclusivamente alla parte convenuta in giudizio per la risoluzione del contratto¹³⁹. Al contrario, in base all'interpretazione strettamente tradizionale, la parte svantaggiata da una sopravvenienza non può pretendere un'equa modificazione del contratto, ancorché il suo interesse – come il più delle volte accade nei contratti di mutuo – sia quello di mantenere in vita il contratto. Ciò si giustifica con il rilievo che la *ratio* di tale istituto è di evitare che la perdita della prestazione colpita dalla sopravvenienza possa frustrare l'affidamento della parte che ne aveva diritto, soprattutto qualora la prestazione stessa fosse finalizzata all'attività economica svolta dalla parte¹⁴⁰.

Il contenuto dell'offerta deve essere tale da modificare equamente le condizioni del contratto. La valutazione sulla «equità» dell'offerta non può ovviamente prescindere dal criterio della «alea normale». Nello specifico, è necessario riportare il contratto nell'alveo di ciò che è fisiologico, ossia che è tollerabile per le parti: l'offerta di *reductio ad aequitatem* diviene uno strumento di amministrazione del rischio contrattuale, finalizzato a recuperare l'economicità del contratto¹⁴¹.

Il risultato, tuttavia, non deve essere necessariamente il riequilibrio del rapporto originario tra il valore delle controprestazioni, ma l'eliminazione della sproporzione eccedente l'«alea normale». Pertanto, affinché possa

¹³⁹ Per la considerazione dell'offerta come espressione di un diritto potestativo cfr. F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, 1990, p. 42; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Giuffrè, 1973, p. 40.

¹⁴⁰ Per tale impostazione cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 699 alla nota 22.

¹⁴¹ Cfr. E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, ESI, 1997, p. 69.

ritenersi equa l'offerta di modificazione, è sufficiente che essa riporti il rapporto tra le controprestazioni entro una misura rientrante nell'area del normale rischio contrattuale; non importa che la distribuzione del rischio sia differente rispetto a quanto originariamente stabilito. Proprio per questo motivo, è ben possibile che la parte che formula un'offerta di *reconductio ad aequitatem* possa comunque conseguire un vantaggio dall'evoluzione degli eventi, ancorché il contratto sia stato riportato nell'alveo del rischio normalmente prevedibile¹⁴².

Come detto, la decisione di offrire una modificazione del contratto è rimessa all'esclusiva disponibilità della parte non colpita dall'evento sopravvenuto. Deve, quindi, categoricamente escludersi la possibilità di una *reconductio ad aequitatem* d'ufficio da parte del giudice. Sebbene di ciò non si sia mai dubitato, sono, tuttavia, sorti una serie di dubbi, da una parte, sulla natura di atto sostanziale o processuale dell'offerta e, dall'altra, sui rapporti tra le parti e il giudice nel caso in cui sia proposta in giudizio un'offerta di modificazione.

Sotto il profilo della natura, è prevalente in dottrina l'idea che, sebbene la dinamica dell'istituto ne metta in luce la chiara valenza processuale, l'offerta sia un negozio unilaterale recettizio di diritto sostanziale¹⁴³.

La questione del rapporto tra le parti e i poteri del giudice è, invece, più intricata. Per risolverla occorre partire dalla *ratio* dell'offerta di *reconductio ad aequitatem* che è quella di offrire alla parte non colpita dalla sopravvenienza una tutela giuridica effettiva contro il rischio che, a domanda della parte svantaggiata, il contratto sia risolto. Sicché, l'idoneità dell'offerta a ricondurre alla normalità l'equilibrio contrattuale non può dipendere dalla mera volontà della parte colpita dalla sopravvenienza; quest'ultima, infatti, a fini dilatori, potrebbe rifiutare un'offerta equa e persistere nella domanda di risoluzione. Per tale ragione, si ritiene pacificamente che in sede processuale il

¹⁴² Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 702.

¹⁴³ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 896.

giudice possa esercitare un sindacato sulla rispondenza dell'offerta ai parametri equitativi. In altri termini, se l'offerta è equa, la risoluzione sarà esclusa, ancorché la parte colpita dalla sopravvenienza non l'abbia accettata. Tuttavia, se così è, deve ammettersi che il giudice – ovviamente sempre su domanda della parte interessata – possa egli stesso determinare la modificazione equitativa necessaria per riportare nell'alveo della normalità il contratto colpito dalla sopravvenienza.

Questa conclusione comporta due considerazioni.

In primo luogo, infatti, essendo il potere di formulare l'offerta modulato come un vero e proprio strumento di tutela giuridica, deve ritenersi che l'interesse tutelato da tale potere sia il mantenimento del vincolo contrattuale. In secondo luogo, essendo l'offerta un negozio di diritto sostanziale, ne deriva che i suoi effetti possono prodursi fuori e a prescindere dal processo.

Ciò che si ricava, allora, è che la modificazione del contratto si produrrà in ogni caso sia qualora l'offerta avvenga in sede stragiudiziale sia qualora avvenga in sede giudiziale.

Più propriamente, nel caso di offerta stragiudiziale, la parte colpita dalla sopravvenienza potrà accettare tale offerta; ciò equivale alla conclusione di un nuovo contratto, modificativo del precedente.

Di contro, qualora la parte lesa non risponda all'offerta stragiudiziale, bisogna distinguere. Infatti, se l'offerta è equa, essa produrrà *ipso iure* la modificazione del contratto, come conseguenza dell'esercizio del diritto potestativo; al contrario, se essa non è equa, non produrrà la suddetta modificazione. In tali casi, dunque, se sorge una controversia, la sentenza resa all'esito del giudizio avrà natura dichiarativa e si limiterà ad accertare se l'offerta formulata prima e fuori dal processo fosse equa e, quindi, se la modificazione del contratto si sia prodotta.

Al contrario, se l'offerta è formulata per la prima volta in sede processuale, il giudizio serve a produrre quella modificazione giuridica che si

sarebbe potuta produrre prima e a prescindere dal processo, qualora l'offerta fosse stata formulata in sede stragiudiziale. Ne deriva che la sentenza terrà luogo dell'offerta stragiudiziale e avrà necessariamente natura costitutiva¹⁴⁴. Più propriamente, si deve ritenere, per tutto quanto detto, che il giudice possa non solo accertare la rispondenza a equità dell'offerta, ma anche provvedere, su richiesta della parte legittimata, alla modificazione del contratto¹⁴⁵.

In tale modo, non si mortifica l'autonomia contrattuale, in quanto la modificazione del contratto non è disposta d'ufficio dal giudice, ma in seguito alla richiesta di parte. La contraria soluzione, a dire il vero, è molto meno rispettosa dei poteri delle parti e della loro autonomia¹⁴⁶.

Infatti, da un lato, escludere che la modificazione del contratto possa prodursi direttamente come conseguenza di un'offerta equa significa ritenere che la modificazione possa conseguire soltanto all'esito di un processo, quasi come se si trattasse di un'ipotesi di giurisdizione costitutiva necessaria; dall'altro, escludere che il giudice possa determinare la modificazione equa significa negare qualsiasi rilievo al potere attribuito alla parte non colpita dalla sopravvenienza di «salvare» il contratto.

Inoltre, seguendo tale impostazione, non sarebbe per nulla mortificato l'interesse della parte svantaggiata. In primo luogo, infatti, non si può ritenere, come già rilevato, che l'interesse della parte colpita da una sopravvenienza sia sempre quello di ottenere lo scioglimento del contratto. In secondo luogo, inoltre, se è vero che un'offerta equa (anche stragiudiziale) è idonea a produrre *ipso iure* la modificazione del contratto, è altrettanto vero che, soprattutto in sede stragiudiziale, la parte che riceve tale offerta può rinegoziare le condizioni contrattuali, arrivando alla conclusione di un nuovo contratto modificativo del precedente.

¹⁴⁴ Per la natura costitutiva cfr. F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 48.

¹⁴⁵ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 706-707.

¹⁴⁶ Tuttavia per la soluzione contraria che nega l'intervento del giudice propende la dottrina maggioritaria. Cfr. *ex multis* F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1950, p. 519; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970, p. 108; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit. p. 127

In altri termini, l'autonomia delle parti è massimamente rispettata perché la prospettiva ultima a cui apre l'offerta di *reconductio ad aequitatem* è una rinegoziazione del contratto.

5.2 RIMEDI CONVENZIONALI

La necessità di disporre di rimedi «manutentivi» è a tal punto connaturata ai contratti di (lunga) durata che molto spesso sono le stesse parti a disciplinare tecniche di adeguamento e di conservazione del rapporto contrattuale. Tutto ciò non deve sorprendere: è logico che sia *in primis* il contratto a preoccuparsi del proprio futuro mediante elementi di flessibilità che permettano di reagire alle sopravvenienze¹⁴⁷. Tale fenomeno è molto diffuso nell'ambito dei contratti di credito.

L'importanza di tali previsioni si avverte soprattutto in relazione alle sopravvenienze atipiche; ma, allorché i rimedi previsti dalle parti siano diversi da quelli legali, la stessa importanza non è da escludersi per le sopravvenienze tipiche.

Le clausole che prevedono rimedi convenzionali a fronte di sopravvenienze possono avere un contenuto molto vario. Tuttavia, è possibile distinguere due categorie: le clausole di adeguamento¹⁴⁸ e le clausole di rinegoziazione.

¹⁴⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1044.

¹⁴⁸ Cfr. sul punto la recente analisi di E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2018, pp. 843 ss.; per le clausole di adeguamento cfr. E. QUADRI, *Le clausole monetarie*, in P. U. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, UTET, 1999, II, pp. 584 ss.; più nello specifico sulle clausole di rinegoziazione cfr. M. P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 411 ss.

5.2.1 (Segue) LE CLAUSOLE DI ADEGUAMENTO

Le clausole di adeguamento del contratto rappresentano senz'altro l'ipotesi più semplice.

L'adeguamento può essere, in primo luogo, affidato a un terzo, il cui intervento può assumere varie forme: dall'arbitraggio, di cui all'articolo 1349 cod. civ., alla vera e propria risoluzione di conflitti insorti tra le parti in merito all'adeguamento¹⁴⁹.

In secondo luogo, l'adeguamento può essere automatico, ossia affidato a parametri oggettivi come un tasso di cambio o una determinata quantità; tuttavia, sebbene tali clausole possano essere raccolte in una categoria unitaria, esse presentano una struttura molto diversificata¹⁵⁰.

Da una parte, infatti, l'adeguamento automatico può avvenire attraverso un parametro oggettivo, semplice e unitario; l'esempio tipico di questa tipologia di clausole è rappresentato dall'indicizzazione automatica dei prezzi.

Dall'altra parte, però, l'adeguamento può essere affidato a parametri con una struttura più complessa, delineata in base a più variabili e consulenti tecnici ed economici¹⁵¹.

L'ammissibilità di tali clausole è oggi pacificamente riconosciuta, nonostante sia sorto il dubbio se la presenza di clausole di indicizzazione escluda da sé l'applicazione della disciplina dell'eccessiva onerosità. Se si tralasciano alcune isolate pronunce della giurisprudenza¹⁵², l'idea è che la

¹⁴⁹ In tali casi si tratterà verosimilmente di un arbitrato irrituale che terminerà con un lodo contrattuale, ossia un nuovo contratto modificativo del precedente.

¹⁵⁰ Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 859-861.

¹⁵¹ Le clausole complesse di adeguamento automatico sono diffuse nella prassi negoziale internazionale. Si pensi, ad esempio, alla clausola inserita dal noto economista statunitense Alan Greenspan (in qualità di consulente) nel contratto di somministrazione stipulato tra Aluminium Co. of America e Essex Group Inc. per garantire l'adeguamento automatico del prezzo dell'alluminio in presenza di sopravvenienze contrattuali. Nello specifico, la revisione del prezzo andava calcolata secondo una formula complessa che considerava diverse componenti variabili dei costi di produzione. La clausola, seppur molto articolata, non riuscì, però, a tutelare efficacemente l'equilibrio del rapporto contrattuale originario di fronte alle conseguenze economico-giuridiche derivanti dalla crisi petrolifera conseguente al conflitto arabo-israeliano (c.d. «guerra del Yom Kippur», 1973).

¹⁵² Ci si riferisce ad alcune risalenti sentenze tra cui cfr. Cass., 28 novembre 1958, n. 3799; ancora prima cfr. Cass., 30 aprile 1949, n. 1077.

disciplina legale sull'eccessiva onerosità torni applicabile nel caso in cui l'evento sopravvenuto ecceda la «alea normale» del contratto e non sia stato neutralizzato dal meccanismo di indicizzazione automatica dei prezzi¹⁵³.

5.2.2 (Segue) LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE

Le clausole di rinegoziazione, invece, prevedono uno specifico obbligo delle parti di rinegoziare gli elementi del regolamento contrattuale in presenza di (pre)determinate circostanze. Più propriamente, tralasciando il caso in cui lo scopo perseguito dalle parti nel prevedere la rinegoziazione non sia quello di reagire a eventi sopravvenuti¹⁵⁴, tali clausole, definite per l'appunto di *hardship*, costituiscono una sorta di regime convenzionale di gestione del rischio contrattuale; regime che, pertanto, si pone come alternativo a quello legale di cui all'articolo 1467 cod. civ¹⁵⁵.

Le clausole di rinegoziazione possono distinguersi tra loro sia in ordine ai presupposti che alle regole previste per l'adattamento del contratto¹⁵⁶.

Alla luce delle possibili caratteristiche del contenuto e, in particolare, della previsione delle circostanze che possono intervenire durante l'esecuzione del rapporto, si distinguono:

- i. «clausole specifiche di rinegoziazione», volte a tutelare le parti in presenza di specifiche sopravvenienze contrattuali;
- ii. «clausole generiche di rinegoziazione», dirette a proteggere le parti nei confronti di uno spettro più ampio di circostanze sopravvenute¹⁵⁷.

¹⁵³ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 713-714.

¹⁵⁴ Per una distinzione tra le clausole di rinegoziazione in generale e quelle di *hardship* cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 218.

¹⁵⁵ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 207-208.

¹⁵⁶ Cfr. V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, ESI, 2000, p. 123.

¹⁵⁷ Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 865.

Le «clausole specifiche di rinegoziazione» stabiliscono parametri dettagliati per disciplinare la rinegoziazione del contratto originario.¹⁵⁸

Attraverso la previsione di «clausole generiche di rinegoziazione», al contrario, le parti conservano una maggiore autonomia durante le trattative volte all'adeguamento del contratto. L'uso di «clausole generiche» permette alle parti di premunirsi nei confronti del più ampio numero possibile di sopravvenienze contrattuali.

Infatti, nelle «clausole di rinegoziazione specifiche» – come nel caso delle clausole di adeguamento automatico – il rischio maggiore è il verificarsi di circostanze non considerate *ex ante* dai contraenti. Inoltre, l'elaborazione di una «clausola di rinegoziazione generica» evita alle parti una complessa concertazione, che, oltre ad allungare la fase delle trattative, risulta spesso dispendiosa a causa della necessità dell'intervento di consulenti e di esperti¹⁵⁹.

Tuttavia, le clausole generiche di *hardship* sollevano una serie di problemi di ordine sistematico che riguardano, in primo luogo, la loro stessa ammissibilità. In presenza di tali clausole, infatti, il contratto nasce deliberatamente incompleto e occorre verificare se l'oggetto, tanto del contratto quanto delle specifiche clausole, sia «determinato o determinabile», ai sensi dell'articolo 1346 cod. civ.

Non vi è dubbio che l'oggetto del contratto nel quale sono inserite clausole di rinegoziazione (anche generiche) è determinabile al pari dell'oggetto del contratto in cui sono inserite clausole di arbitraggio, ai sensi dell'articolo 1349 cod. civ.

Anche l'oggetto delle clausole di rinegoziazione stesse è comunque determinabile; seguendo un criterio teleologico, infatti, esso consiste nella volontà delle parti, da specificarsi in un successivo accordo, di rendere il contratto sempre «recuperabile», esercitando, in sostanza, un'anticipazione

¹⁵⁸ Tenendo conto che un margine di discrezionalità è sempre presente, muovendosi sempre nell'alveo dell'autonomia contrattuale delle parti. Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit. p. 866 nota 50.

¹⁵⁹ Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 867.

convenzionale del meccanismo di *reconductio ad aequitatem*¹⁶⁰, di cui all'articolo 1467, terzo comma, cod. civ.

Altro dubbio che riguarda le clausole di *hardship* concerne le modalità attuative della rinegoziazione. Innanzitutto, occorre rilevare che l'obbligo di rinegoziare, per quanto formulato in modo generico, non può esaurirsi nel semplice impulso alle trattative. Infatti, entrano in gioco gli obblighi comportamentali, di cui agli articoli 1337 e 1338 cod. civ., che sorgono per effetto di una trattativa tra le parti e che impongono che la trattativa stessa sia condotta in modo serio secondo lealtà e correttezza¹⁶¹.

Ovviamente, però, una volta che le parti abbiano rispettato la serietà degli impegni assunti, non si può qualificare come violazione della clausola di rinegoziazione l'infruttuoso esito delle trattative. Per tale ragione, occorre ritenere che più le parti siano state diligenti nel predisporre le clausole di *hardship*, disciplinando anche le modalità e i tempi di attuazione della rinegoziazione, più è ridotto il rischio di una reciproca contestazione circa l'adempimento del conseguente obbligo. Al contrario, qualora le parti nulla abbiano previsto in merito alle modalità di attuazione dell'obbligo di rinegoziazione, occorrerà rifarsi al generale principio di buona fede sia in sede precontrattuale sia in sede di esecuzione del contratto e, più propriamente in questa seconda accezione, alla sua caratteristica funzione integratrice degli obblighi nascenti dal contratto.

5.3 OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE IL CONTRATTO

Le considerazioni sopra svolte in merito ai rimedi «manutentivi» portano a interrogarsi sull'esistenza di un obbligo di rinegoziare il contratto,

¹⁶⁰ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 318, nota 10.

¹⁶¹ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 344-345.

qualora le parti non abbiano previsto alcun rimedio né di adeguamento né di rinegoziazione¹⁶².

Il problema principale è dato dalla stessa configurabilità di un generale obbligo legale di rinegoziazione. Nello specifico, è *prima facie* evidente il cortocircuito logico determinato dal contrasto tra la libertà contrattuale delle parti e l'adempimento dell'obbligo di rinegoziare proprio mediante una manifestazione di autonomia contrattuale.

La dottrina¹⁶³ ha cercato di sanare tale antinomia ricostruendo l'obbligo di rinegoziare il contratto alla stregua di una complessa rilettura della disciplina generale del contratto. Nello specifico, due sono state le linee interpretative seguite per affermare l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione¹⁶⁴.

La prima fa leva su una «rilettura» della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'articolo 1467 cod. civ., alla luce del principio di buona fede, di cui agli articoli 1366 e 1375 cod. civ., e/o del criterio integrativo dell'equità, di cui all'articolo 1374 cod. civ.

La seconda linea interpretativa, viceversa, è giunta a configurare il rimedio dell'obbligo di rinegoziazione a partire da un'articolata ricostruzione dei regimi di governo delle sopravvenienze nell'ordinamento italiano. Si è ipotizzato, in particolare, che nel codice civile siano rinvenibili due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze: quello «consensualistico», delineato dall'articolo 1467 cod. civ., e quello «conservativo», previsto in tema di appalto dall'articolo 1664 cod. civ.¹⁶⁵.

¹⁶² Cfr. *ex multis* M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002, p. 434; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; ID., *Le sopravvenienze*, cit.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, 1998, p. 193.

¹⁶³ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 730.

¹⁶⁴ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, in *Cultura e Diritti*, II, 2017, p. 59.

¹⁶⁵ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 61; più ampiamente sul punto vedi M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, UTET, 2006, pp. 216 ss.

Secondo tale seconda linea di lettura, ciascuno dei due modelli di gestione delle sopravvenienze si appunta a una diversa categoria di scambi. Quello «consensualistico», ai contratti che realizzano uno scambio «puntuale». Quello «conservativo», ai contratti che viceversa realizzano uno scambio «integrativo», ossia caratterizzato dalla rilevante interdipendenza patrimoniale o dal reciproco condizionamento decisionale dei contraenti¹⁶⁶.

Tale seconda linea interpretativa, tuttavia, suscita una serie di perplessità dovute all'assoluta eterogeneità dei modelli suggeriti per la gestione delle sopravvenienze. Essa, infatti, si basa su un tentativo di «particolarizzare» l'ambito applicativo dell'articolo 1467 cod. civ. e di «generalizzare» la regola contenuta nell'articolo 1664 cod. civ. per approdare alla conclusione secondo cui la disciplina contenuta nell'articolo 1467 cod. civ. non andrebbe considerata come una disciplina generale delle sopravvenienze, bensì come una disciplina particolare del rischio quantitativo nel solo ambito degli scambi puntuali; viceversa, la disciplina contenuta nell'articolo 1664 cod. civ. andrebbe considerata come una disciplina generale del rischio delle sopravvenienze, applicabile alle ipotesi di scambi integrativi, quale che sia il tipo contrattuale prescelto¹⁶⁷.

Allo stesso modo, anche la linea interpretativa che fa leva su una rilettura della disciplina dell'articolo 1467 cod. civ. alla luce delle clausole generali è stata oggetto di numerose critiche.

In particolare, è stato rilevato¹⁶⁸ che il principio di buona fede non sarebbe idoneo e sufficiente a fungere da criterio normativo per la distribuzione dei rischi non previsti dalle parti; in tal senso, si sostiene che la clausola generale, ancorché sia idonea a determinare nuove condizioni per l'esecuzione del regolamento contrattuale, non potrebbe imporre alle parti di

¹⁶⁶ Cfr. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 230-236.

¹⁶⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 237-240.

¹⁶⁸ Cfr. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 487.

riformulare le proprie volontà per adeguare il contratto colpito da una sopravvenienza.

La verità – come al solito – sta nel mezzo.

Infatti, si deve rilevare, da una parte, contrariamente a chi ritiene che vi sia un insanabile contrasto tra libertà di autodeterminazione delle parti e obbligo di rinegoziare il contratto, che la rinegoziazione tende non a comprimere, ma a realizzare l'originaria volontà delle parti mediante un atto che è pur sempre di autonomia privata¹⁶⁹.

Dall'altra parte, però, pur dovendosi riconoscere che la buona fede sia idonea a svolgere una funzione integratrice del regolamento contrattuale e a far sorgere un obbligo di rinegoziare il contratto – originariamente non previsto –, occorre fare alcune precisazioni.

Nello specifico, non si può sostenere che qualsiasi sopravvenienza, pur in astratto rilevante, faccia sorgere un obbligo legale di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato; infatti, qualora il fatto sopravvenuto rientri nella fattispecie dell'eccessiva onerosità, pur qualificando come dispositiva la norma dell'articolo 1467 cod. civ., è difficile ammettere che l'integrazione *ex fide bona* e non la diversa volontà delle parti possa derogare alla disciplina legale; in tali ipotesi, dunque, un obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato può discendere solo da un'apposita clausola di *hardship*¹⁷⁰.

Al contrario, qualora la sopravvenienza sia «atipica», la generale tendenza dell'ordinamento ad assicurare la conservazione dei contratti destinati a durare nel tempo implica che possa ritenersi esistente uno specifico obbligo delle parti di cooperare al fine di modificare l'originario regolamento.

Una conferma a tale impostazione si trova nelle consolidazioni formatesi nella prassi del commercio internazionale, come i «Principi UNIDROIT» e i «*Principles of European Contract Law*», anche noti come «PECL».

¹⁶⁹ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 322.

¹⁷⁰ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 318.

Per quanto riguarda i «Principi UNIDROIT», l'articolo 6.2.3 attribuisce alla parte svantaggiata da una sopravvenienza il «diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto», a condizione che la richiesta pervenga alla controparte senza ingiustificato ritardo e indichi i motivi su cui si basa.

Anche i «PECL», all'articolo 6:111, n. 2, stabiliscono l'obbligo di avviare trattative allo scopo di modificare il contratto.

Sia i «Principi UNIDROIT», all'articolo 6.2.3, n. 4, che i «PECL», all'articolo 6:111, n. 3, disciplinano le conseguenze del mancato adempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto, attribuendo al giudice il potere, in via alternativa, di risolvere o di modificare il contratto al fine di ristabilire l'originario equilibrio.

Tali regole solo all'apparenza possono sembrare eversive dei principi tradizionali in materia di rimedi contrattuali. Più propriamente, invece, tali «Principi» condensano in un'attenta e ragionata opera di elaborazione teorica le riflessioni più recenti in merito ai rimedi per i problemi dei rapporti contrattuali destinati a protrarsi nel tempo.

5.4 INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE

Quale che sia la fonte, legale o convenzionale, dell'obbligo di rinegoziare il contratto, sorge un problema nel caso in cui tale obbligo non sia adempiuto e, pertanto, non si raggiunga il risultato prefigurato di modificare il contratto divenuto squilibrato.

L'analisi dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare e delle sue conseguenze impone preliminarmente una precisazione.

Tanto il contenuto dell'obbligo di rinegoziazione quanto il procedimento necessario per l'adeguamento del contratto sono connotati da un'ampia atipicità che rende necessario il ricorso al principio generale di buona fede al fine di determinare, di volta in volta, i parametri per valutare l'adempimento dell'obbligo stesso. Ciò finisce per riflettersi inevitabilmente

sull'individuazione delle ipotesi d'inadempimento e della conseguente disciplina¹⁷¹.

Orbene, va rilevato che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto può risultare da diverse fattispecie; e ciò anche qualora ritenessimo – il che è, tuttavia, contestato da una parte della dottrina¹⁷² – che l'obbligo di rinegoziare il contratto ponga a carico delle parti un vero e proprio obbligo di contrarre e non solo di contrattare.

Volendo individuare dei criteri ordinatori, si può dire che le fattispecie d'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare coincidono, da un lato, con le ipotesi in cui la parte, a norma dell'articolo 1337 cod. civ., incorre in responsabilità precontrattuale; e, dall'altro, con i casi in cui, in contrasto con l'articolo 1375 cod. civ., la parte viola l'altrui affidamento in fase di esecuzione del contratto.

La prima conseguenza di tale impostazione è che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione va inquadrato nelle ipotesi di responsabilità contrattuale, di cui agli articoli 1218 e ss. cod. civ., e non extra-contrattuale, coerentemente con il moderno approccio dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità precontrattuale¹⁷³. La seconda conseguenza è che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto può risultare non solo dall'ingiustificato rifiuto di trattare, ma anche da qualsiasi altra condotta contraria a buona fede che impedisca l'adeguamento del contratto¹⁷⁴.

Al di fuori di tali ipotesi, al contrario, non può esservi alcun inadempimento – né, quindi, alcuna responsabilità – neppure se per accidente le parti non raggiungano l'accordo di adeguamento del contratto.

Precisate le fattispecie d'inadempimento dell'obbligo, legale o convenzionale, di rinegoziazione, il problema maggiore riguarda, però, le

¹⁷¹ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 392.

¹⁷² Cfr. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, 2, G. Giappichelli, 2003, p. 144, nota 605.

¹⁷³ Cfr. A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017, pp. 1129 ss.

¹⁷⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, p. 1047; cfr. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 399-401.

conseguenze di tale inadempimento e, segnatamente, l'ambito delle tutele esperibili.

È indubbio che l'inadempimento di tale obbligo, dando luogo a responsabilità contrattuale, possa avere come prima conseguenza il risarcimento del danno, che, nonostante qualche contraria opinione in dottrina, deve ritenersi commisurabile all'interesse positivo all'adeguamento del contratto¹⁷⁵. Tuttavia, tale soluzione – oltre che per la difficoltà di commisurare il danno risarcibile – non è del tutto soddisfacente perché finisce per realizzare proprio quel risultato – lo scioglimento del contratto – che s'intendeva evitare mediante la rinegoziazione.

È necessario, pertanto, indagare la possibilità di far ricorso ad altri rimedi al fine di ottenere una tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare il contratto. Al riguardo, diverse sono state le soluzioni prospettate dalla dottrina.

Una prima tesi¹⁷⁶ fa leva sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, di cui all'articolo 2932 cod. civ. In particolare, l'obbligo di rinegoziare viene trattato alla stregua di un obbligo a contrarre avente a oggetto le modifiche del contratto imposte da ragionevolezza e buona fede. Pertanto, qualora la controparte sia inadempiente rispetto all'obbligo di rinegoziare e tale inadempimento abbia precluso la possibilità di concludere positivamente le trattative, la parte interessata potrebbe chiedere al giudice di emettere una sentenza costitutiva che produca l'adeguamento del contratto; ciò – si dice – purché vi siano elementi sufficienti per permettere al giudice di emanare la sentenza che tenga luogo dell'accordo delle parti. Tale soluzione non contrasterebbe né con la discrezionalità che la rinegoziazione del contratto dovrebbe lasciare alle parti, essendo pacifico che in alcuni casi la discrezionalità privata possa incontrare alcuni limiti, né con il rilievo che,

¹⁷⁵ Cfr. A. FICI, *Sopravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., pp. 949-950; cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit. p. 736; più ampiamente sul tema del risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto cfr. ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 402-419.

¹⁷⁶ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 419 e ss.

anche qualora siano state già instaurate delle trattative, queste non obbligherebbero mai le parti a concludere un contratto. Infatti – si sostiene¹⁷⁷ – , nel caso in cui vi sia un obbligo, legale o convenzionale, di rinegoziare un preesistente contratto, le trattative non sono totalmente «libere», essendo imposte dalla necessità di raggiungere un accordo sulla modificazione del regolamento d'interesse originario.

Tuttavia, alla tesi appena esposta si è replicato¹⁷⁸ che il rimedio di cui all'articolo 2932 cod. civ. non sarebbe invocabile perché, pur ritenendo l'obbligo di rinegoziare il contratto un vero e proprio obbligo di contrarre, l'oggetto di tale obbligo non sarebbe sufficientemente determinato per permettere al giudice una pronuncia che tenga luogo dell'atto di autonomia privata. Infatti, un intervento ampiamente discrezionale del giudice è visto, *more solito*, come un'indebita ingerenza nella sfera di autonomia dei privati da evitare in ogni caso.

Per superare le obiezioni sollevate dalla tesi precedente e limitatamente alle ipotesi di obbligo convenzionale di rinegoziazione, si è ritenuto¹⁷⁹, più semplicemente, di spostare l'attenzione verso la natura «incompleta» del contratto nel quale è inserita una clausola di rinegoziazione. In tale prospettiva, le clausole di *hardship* rappresenterebbero, al pari delle clausole di arbitraggio, una delle modalità di «contrattazione incompleta». Ne deriva che, in caso di inadempimento dell'obbligo convenzionale di rinegoziare il contratto, si applicherà analogicamente la disciplina di cui all'articolo 1349 cod. civ., senza necessità di fare ricorso all'articolo 2932 cod. civ.

La necessità di individuare un rimedio generale non limitato alle sole ipotesi in cui l'obbligo di rinegoziare abbia fonte convenzionale impone, tuttavia, di riconsiderare le critiche mosse alla tesi che ritiene applicabile l'articolo 2932 cod. civ e, più in generale, di rivedere le tradizionali concezioni sui rapporti tra il giudice e le parti. Infatti, pur essendo innegabile

¹⁷⁷ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 421-425.

¹⁷⁸ Cfr. A. FICI, *Sopravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 949.

¹⁷⁹ Cfr. A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, G. Giappichelli, 2005, pp. 200 e ss.

che la soluzione prospettata sia audace¹⁸⁰, essa non è affatto eversiva e non determina alcuna ingerenza nella sfera di autonomia delle parti.

In primo luogo, l'intervento del giudice mira unicamente a garantire l'impegno assunto dalle parti. Esse, infatti, concludendo un contratto di durata, si sono vincolate per un certo periodo di tempo. Ne deriva, allora, che sotto questo profilo l'intervento del giudice è pienamente rispettoso dell'autonomia contrattuale e assicura la serietà dell'impegno assunto.

In secondo luogo, una volta che ci si pone correttamente nella prospettiva di conservazione del contratto, è evidente che la sentenza che tiene luogo della rinegoziazione in nulla differisce da quella resa all'esito di un'offerta di *reconductio ad aequitatem*. Pertanto, se il giudice può e deve emettere una sentenza costitutiva in presenza di un'offerta di modificazione del contratto, non si vede perché non possa emettere la stessa sentenza nel caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto. Com'è stato rilevato¹⁸¹, infatti, la soluzione che consente di domandare la tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare il contratto non costituisce un rimedio «nuovo», rappresentando più semplicemente un'estensione della legittimazione a proporre l'offerta di *reconductio ad aequitatem*, di cui all'articolo 1467, terzo comma, cod. civ.

6. CONCLUSIONI SUL RIMEDIO MANUTENTIVO DI RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO

In conclusione, non c'è nulla di eversivo nel ritenere che, laddove le parti non abbiano previsto alcun rimedio convenzionale per la gestione delle sopravvenienze «atipiche», il principio di buona fede possa generare, come rimedio di ultima istanza, un obbligo di rinegoziare il contratto.

¹⁸⁰ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047, il quale parla di soluzione audace, ma non del tutto eversiva.

¹⁸¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047.

Tale obbligo non è altro che l'obbligo di contrarre – o, meglio, di essere disponibili a contrarre – per adeguare il regolamento contrattuale alle mutate circostanze.

Se le parti concludono positivamente le trattative, si avrà un contratto modificativo del precedente; altrimenti, in caso di inadempimento di una delle parti, l'altra potrà richiedere l'intervento sostitutivo del giudice. Non c'è rischio che l'autonomia delle parti sia mortificata perché, da un lato, le clausole generali e, dall'altro, i parametri ricavabili dalla concreta vicenda permetteranno al giudice di raggiungere una soluzione che sia rispettosa degli interessi delle parti.

Ad ogni modo, qualora le parti vogliano escludere l'operatività di tale rimedio, possono farlo con un'esplicita pattuizione, secondo quanto previsto dallo stesso articolo 2932 cod. civ.; assumendo, però, totalmente il rischio di una sopravvenienza «atipica» non prevista¹⁸².

In conclusione di quanto fin qui detto, si ricava che i rimedi «manutentivi» sono tutt'altro che sconosciuti al nostro ordinamento. Anzi, rispetto ai rimedi «ablativi», essi risultano maggiormente adeguati a gestire – da un punto di vista teorico – le sopravvenienze che riguardano i contratti destinati a instaurare rapporti di durata tra le parti.

Arrivati a tale punto, pertanto, è necessario verificare se le conclusioni raggiunte in termini generali nel presente capitolo trovano praticamente conferma rispetto ai contratti di credito e alla specifica vicenda dell'usura sopravvenuta, anche alla luce di eventuali rimedi settoriali previsti dal nostro ordinamento per tali contratti.

¹⁸² Cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1711; cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 432.

CAPITOLO III

INADEGUATEZZA DEI RIMEDI SETTORIALI

SOMMARIO: 1. CONTRATTI DI CREDITO E SOPRAVVENIENZE – 2. MISURE «CONCORRENZIALI»: PORTABILITÀ DEL MUTUO E RINEGOZIAZIONE «VOLONTARIA» – 3. MISURE «DIRIGISTICHE»: SOSPENSIONE DELLE RATE DEL MUTUO – 3.1 (*Segue*) ALTRE MISURE «DIRIGISTICHE»: LA RINEGOZIAZIONE «OBBLIGATORIA» – 4. INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «CONCORRENZIALI» – 5. INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «DIRIGISTICI» – 6. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE I RIMEDI NELLA DISCIPLINA GENERALE.

1. CONTRATTI DI CREDITO E SOPRAVVENIENZE

Le sopravvenienze, come dimostrato dalla burrascosa vicenda dell'usura sopravvenuta, possono interessare anche i contratti di mutuo o, in generale, di credito.

Al riguardo, la crisi economica impone di (ri)-considerare, o quanto meno di considerare diversamente, le certezze che nel tempo sono state acquisite in ambito giuridico. Il diritto, infatti, non opera in modo avulso dal contesto sociale, ma, saldandosi in maniera indissolubile con esso, deve necessariamente e costantemente adattarsi alle mutate esigenze; e ciò anche attraverso un'attenta riconsiderazione dei principi e delle categorie giuridiche tradizionali.

Per rendersi conto di ciò, basta osservare i problemi che sorgono nell'ambito dei rapporti di credito tra le banche e i clienti; rapporti riconducibili, il più delle volte, a contratti di mutuo. È evidente, infatti, che tali contratti, essendo destinati a instaurare rapporti di lunga durata tra le parti – o, più propriamente, a vincolarle reciprocamente per un lungo periodo di tempo –, sono inevitabilmente esposti a crescenti rischi di sopravvenienze.

Il tema è di centrale importanza non soltanto perché coinvolge profili di ordine sociale ed economico di primario rilievo costituzionale, come la

competitività nel mercato del credito e la tutela del risparmio a norma dell'articolo 47 Cost., ma anche perché coinvolge il complesso problema della gestione delle sopravvenienze che incidono sulla fase esecutiva di un contratto i cui termini sono stati *illo tempore* negoziati e accettati da entrambe le parti.

Il problema è dato dalla costante tensione tra gli antitetici principi «*pacta sunt servanda*» e «*rebus sic stantibus*».

L'analisi condotta nel precedente capitolo¹⁸³ ha permesso di evidenziare che la disciplina generale dettata dal codice civile in tema di rimedi alle sopravvenienze, nonostante l'ampia rilevanza del problema, non è del tutto esaustiva. Essa, infatti, oltre a essere incentrata sulla sola figura «specificata» dell'eccessiva onerosità, è ancorata a presupposti piuttosto rigidi e, molto spesso, non offre adeguata tutela agli interessi delle parti. E, come la vicenda dell'usura sopravvenuta ha confermato, tale inadeguatezza si avverte in misura maggiore proprio con riferimento agli interessi riposti nei contratti di credito dal cliente-mutuatario.

Proprio sulla base di tali considerazioni, il legislatore, per arginare il possibile vuoto di tutela derivante dall'inadeguatezza della disciplina codicistica e per reagire alla grave crisi economica degli scorsi anni, è intervenuto prevedendo una serie di regole di condotta che incidono sul rapporto tra il cliente-mutuatario e la banca-mutuante al fine di ridurre la disparità nella sopportazione del rischio derivante da eventuali sopravvenienze.

Tali interventi, piuttosto eterogenei, si muovono lungo due direttrici: da una parte, il legislatore, al fine di reagire alla crisi economica del 2007, ha introdotto una serie di strumenti atti a promuovere la concorrenza e l'efficienza nel mercato creditizio; dall'altra, però, al fine di venire incontro alle esigenze dei clienti-mutuatari, si è cercato di bilanciare i predetti interventi concorrenziali con misure ispirate a principi di giustizia contrattuale ed equità.

¹⁸³ Cfr. Cap. II, § 2.

Alla luce di ciò, bisogna valutare se tali interventi settoriali consentono di dare una risposta al problema delle sopravvenienze che colpiscono i rapporti di credito e, nello specifico, se tali rimedi possono rappresentare un'adeguata soluzione per la vicenda dell'usura sopravvenuta. Ovviamente, tale indagine va condotta cercando di ricostruire il «micro-sistema» dei rimedi settoriali alla luce dei principi generali desumibili dal nostro ordinamento in tema di rimedi per le sopravvenienze.

S'impone, pertanto, di verificare – sulla base delle conclusioni generali raggiunte nel precedente capitolo e degli interventi settoriali sopra menzionati – quali sono i rimedi più idonei, soprattutto per il cliente-mutuatario, a fronte di una sopravvenienza come l'usura sopravvenuta.

2. MISURE «CONCORRENZIALI»: PORTABILITÀ DEL MUTUO E RINEGOZIAZIONE «VOLONTARIA»

Una parte dei rimedi settoriali introdotti nel 2007-2008 si deve primariamente, come rilevato, alla necessità di promuovere la concorrenza nel mercato dei servizi bancari. In particolare, il fine ultimo che s'intendeva raggiungere con i citati interventi era la creazione di un cosiddetto «mercato di sostituzione» dei finanziamenti¹⁸⁴.

Da un punto di vista meramente formale, già prima dei citati interventi normativi non vi era alcuna preclusione al trasferimento delle operazioni di finanziamento da una banca a un'altra mediante gli istituti della cessione del contratto¹⁸⁵ o della surrogazione per volontà del debitore¹⁸⁶; senonché,

¹⁸⁴ Cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoiazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, pp. 265 ss.; cfr. anche P. L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, suppl. al n. 5, p. 34.

¹⁸⁵ Sull'istituto della cessione del contratto cfr. R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, 2005, Giuffrè, II.

¹⁸⁶ Sulla surrogazione cfr. B. CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Delle obbligazioni. Artt. 1201-1205*, Zanichelli, 1988.

molteplici erano i problemi – sia economici che giuridici – che si presentavano¹⁸⁷.

Da una parte, infatti, il trasferimento dei finanziamenti era ampiamente osteggiato dalle banche per gli ingenti costi che comportava; non a caso, erano molto frequenti nei contratti di credito le clausole che ne vietavano la cessione.

Dall'altra, invece, l'onerosità dei mutui e il conseguente beneficio del termine *ex lege* a favore del creditore avevano portato le banche a predisporre clausole che rendevano impossibile o eccessivamente onerosa la surrogazione volontaria, di cui all'articolo 1202 cod. civ., così come l'estinzione anticipata del mutuo.

Inoltre, l'estinzione anticipata o la surrogazione del mutuo risultava anti-economica anche per i clienti-mutuatari, dovendo essi sostenere le spese necessarie sia per la cancellazione delle garanzie reali sia per l'iscrizione delle nuove (in caso di surroga) e correndo il rischio di perdere eventuali agevolazioni fiscali collegate al (primo) finanziamento.

La mancanza di convenienza determinò una considerevole inerzia dei clienti-mutuatari; inerzia che, a sua volta, finì per favorire le banche-mutuanti¹⁸⁸, le quali furono così in grado di applicare ai servizi finanziari offerti tariffe ben più alte dei costi¹⁸⁹.

Questa è la situazione in cui si innesta il decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, conv. in legge 2 aprile 2007, n. 40, cosiddetto «decreto Bersani-*bis*», il quale, all'articolo 8, ha introdotto una serie di previsioni al fine di superare le difficoltà riscontrate dai clienti-mutuatari in materia di portabilità dei finanziamenti bancari. Nello specifico, il «decreto Bersani-*bis*», senza introdurre alcun nuovo strumento, si è limitato a richiamare l'istituto della

¹⁸⁷ Per una rassegna cfr. A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contratti*, 2007, p. 466.

¹⁸⁸ Il che ha avuto come conseguenza la mancanza di concorrenza. Cfr. R. MARCELLI, *Lo jus variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto*, in www.tidona.com/lo-jus-variandi-nei-contratti-bancari-costi-di-chiusura-e-trasferimento-del-conto/, 2006.

¹⁸⁹ Cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit.

surrogazione di cui all'articolo 1202 cod. civ.¹⁹⁰, prevedendo, in parte, una disciplina derogatoria speciale. L'istituto, ancora oggi fruibile dai clienti-mututari, è ora disciplinato all'articolo 120-*quater* t.u.b.

Presupposto essenziale della «portabilità» è l'esistenza di un finanziamento concesso da un soggetto professionale a una persona fisica¹⁹¹, essendo, tuttavia, del tutto irrilevante la destinazione del finanziamento stesso¹⁹².

Il trasferimento, come già detto, avviene tramite l'istituto della surrogazione per volontà del debitore; tuttavia, in deroga alla disciplina codicistica, tale surrogazione non è preclusa dall'inesigibilità del credito o dalla pattuizione di un termine a favore del finanziatore.

Al fine di disincentivare la banca-mutuante da comportamenti ostruzionistici, è, inoltre, esclusa la previsione di qualsiasi penale od onere a carico del cliente-mutuatario che intenda esercitare la facoltà di surrogazione del finanziamento¹⁹³; allo stesso modo, è disposta la nullità di ogni patto che impedisca o renda oneroso l'esercizio di tale facoltà¹⁹⁴.

Infine, per l'effettiva realizzazione dell'interesse del cliente, è previsto che la surrogazione debba perfezionarsi entro il termine di trenta giorni lavorativi dalla richiesta; in mancanza, se il ritardo dipende da causa imputabile alla banca-mutuante originaria, essa è tenuta a risarcire al cliente i danni, calcolati in maniera forfettaria.

Quanto agli effetti della «portabilità», in primo luogo, l'articolo 120-*quater*, comma 2, t.u.b., rifacendosi all'articolo 1204 cod. civ., prevede che il

¹⁹⁰ L'articolo 1202 cod. civ. consente al debitore di surrogare il *solvens* nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questi, nel caso in cui il debitore stesso prenda a mutuo una somma di denaro al fine di pagare un debito, destinando, poi, effettivamente, tale somma al pagamento del pregresso debito. Il mutuo utilizzato per estinguere il debito è un mutuo di scopo. Cfr. M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, UTET, 2016, pp. 906 e ss.

¹⁹¹ L'articolo 120-*quater* stabilisce che deve trattarsi di finanziamenti (anche diversi dal mutuo) concessi da intermediari bancari o finanziari a persone fisiche o micro-imprese – come definite dall'articolo 1, comma 1, lett. t) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 – o di finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti (comma 9).

¹⁹² Cfr. M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, cit., p. 907.

¹⁹³ Articolo 120-*quater*, comma 3.

¹⁹⁴ Articolo 120-*quater*, comma 6.

solvens subentri in tutte le garanzie, reali e personali, accessorie al credito a cui si riferisce la surrogazione. Altro effetto, chiaramente favorevole per il cliente-mutuatario, è la conservazione dei benefici e delle agevolazioni fiscali connessi al primo finanziamento, ai sensi dell'articolo 120-*quater*, comma 8, t.u.b. e dell'articolo 8, comma 4-*bis*, legge 2 aprile 2007, n. 40.

Ovviamente, il mutuo concesso dal *solvens* non potrà essere d'importo superiore a quello del debito relativo al finanziamento che si va ad estinguere. Un mutuo d'importo superiore, infatti, non sarebbe coperto dall'ipoteca e non godrebbe della conservazione dei vantaggi fiscali per l'eccedenza¹⁹⁵.

È evidente che la disciplina sopra descritta aveva di mira, al momento della sua introduzione nel 2007, una duplice finalità; da una parte, favorire la concorrenza tra gli operatori del mercato del credito in modo da ridurre progressivamente i prezzi dei finanziamenti; dall'altra, tutelare la parte debole del rapporto, ossia il cliente-mutuatario.

Sotto questo secondo profilo, bisogna notare che la disciplina introdotta dal «decreto Bersani-*bis*» ebbe, a sua volta, un effetto volano che portò le banche-mutuantanti a rendersi più disponibili a rinegoziare i contratti di finanziamento preesistenti, pur di non perdere i propri clienti. Questo fenomeno, tra l'altro favorito anche dai minori costi della rinegoziazione rispetto alla surroga, è oggi analiticamente regolato all'articolo 120-*quater*, comma 5, t.u.b¹⁹⁶.

Nello specifico, nel caso in cui il cliente intenda avvalersi della facoltà di surrogazione, resta salva la possibilità di pattuire con la banca-mutuante originaria, senza alcuna spesa, una variazione delle condizioni del contratto, anche mediante una scrittura privata non autenticata.

La rinegoziazione nei contratti di mutuo mira, di regola, o a incidere sul tasso d'interesse (riducendone la misura o mutando il sistema di indicizzazione da variabile a fisso) o a prorogare il termine di restituzione del

¹⁹⁵ Cfr. M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, cit., p. 908.

¹⁹⁶ La prima regolamentazione della cosiddetta rinegoziazione «volontaria» si deve all'articolo 2, comma 450, legge 27 dicembre 2007, n. 244.

mutuo al fine precipuo di evitare che, in presenza di sopravvenienze, si abbia l'insolvenza del cliente-mutuatario, con evidenti effetti negativi anche per la banca-mutuante.

Attraverso tale previsione è stata, pertanto, introdotta una possibilità alternativa rispetto alla «portabilità» per il cliente-mutuatario che si trovi nell'impossibilità di sostenere l'iniziale regolamento contrattuale a causa di fatti sopravvenuti, restando, tuttavia, la rinegoziazione una scelta libera per entrambe le parti.

Ovviamente, l'effettiva possibilità di rideterminare consensualmente le condizioni del contratto dipende dall'autonomia contrattuale delle parti; sicché, la portata della suddetta previsione va colta non in uno specifico obbligo di rinegoziare il contratto, che risulta appunto assente, ma nelle prescrizioni di libertà di forma e di gratuità dell'accordo modificativo, con le quali si è inteso superare le difficoltà emerse nella prassi nel rinegoziare le condizioni del finanziamento.

Sia la surroga del finanziamento con portabilità delle garanzie connesse che la rinegoziazione «volontariamente» raggiunta dalle parti rappresentano degli strumenti che, sebbene nell'interesse primario alla concorrenza, tutelano in via mediata il cliente-mutuatario di fronte alle eventuali sopravvenienze che possono interessare i contratti di credito.

Tali misure, pertanto, pur senza incidere sul regolamento contrattuale – lasciato all'esclusiva disponibilità delle parti –, hanno consentito, innanzitutto, un abbassamento dei tassi d'interesse grazie ai meccanismi concorrenziali; in secondo luogo, hanno introdotto la possibilità per i clienti-mutuatari di sostituire il proprio *partner* contrattuale in modo agevole e senza costi; e da ultimo, pur senza rendere obbligatoria la rinegoziazione delle condizioni del finanziamento, tali misure hanno contribuito ad attenuare l'asimmetria contrattuale nel rinegoziare i termini dello scambio.

3. MISURE «DIRIGISTICHE»: SOSPENSIONE DELLE RATE DEL MUTUO

I rimedi cosiddetti «concorrenziali», sopra descritti, si fondano sull'assunto che la soluzione che tutela al meglio gli interessi delle parti e, nello specifico, del cliente-mutuatario sia sempre la soluzione più efficiente; pertanto, tali misure non si collocano in una prospettiva paternalistica di protezione sostanziale del cliente-mutuatario; al contrario, mirano esclusivamente a eliminare le distorsioni della concorrenza determinate dal maggiore potere contrattuale delle banche-mutuanti attraverso un riequilibrio essenzialmente informativo a favore del cliente-mutuatario¹⁹⁷.

Tuttavia, non sempre la situazione di debolezza del cliente-mutuatario si deve a un'asimmetria informativa rispetto alla banca-mutuante o, in generale, a un'alterazione dei meccanismi concorrenziali.

Basti pensare alle ipotesi di finanziamenti contratti per l'acquisto della cosiddetta «prima casa». In tali casi, infatti, la soggezione del cliente nei confronti della banca è data proprio dalla natura del bisogno che ha portato alla conclusione del contratto, indipendentemente da situazioni anti-concorrenziali; in tali ipotesi, pertanto, non è sufficiente introdurre strumenti che aumentino la concorrenza, ma è altresì necessario offrire degli strumenti che tengano conto delle specifiche esigenze sottese al contratto di finanziamento che il cliente intende realizzare.

Tenuto conto di ciò, poco dopo le misure del 2007 sopra citate – quasi a prendere atto di una loro insufficienza –, il legislatore è tornato sui suoi passi introducendo una serie di previsioni d'urgenza per far fronte alla crisi

¹⁹⁷ La circostanza che le istanze solidaristiche costituiscano un portato «di riflesso» della tutela della concorrenza appare naturale per S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., il quale ritiene che la tutela del contraente debole nella prospettiva del diritto europeo è conseguenza riflessa della tutela del mercato.

finanziaria, che, con l'inizio del 2008, incominciava a contaminare l'economia reale, riducendo il potere d'acquisto degli individui¹⁹⁸.

Il fine precipuo del legislatore è stato quello di evitare che le banche-mutuantanti, imponendo ai clienti il rispetto delle condizioni del contratto originariamente pattuite, addossassero su di loro le conseguenze negative delle sopravvenienze dovute alla particolare congiuntura finanziaria ed economica. Il rischio ultimo che si profilava era, infatti, quello di un vero e proprio *default* dell'intero sistema bancario e, in generale, economico dovuto alla possibilità (per nulla remota in quel contesto) che i clienti-mutuatari non riuscissero ad adempiere agli obblighi assunti anteriormente alla crisi economica intervenuta in quegli anni.

Il primo intervento in tal senso si è avuto con la legge 24 dicembre 2007, n. 244, la quale, all'articolo 2, commi 475-480, ha introdotto, attraverso l'istituzione di un «Fondo di solidarietà» presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e di concerto con la Consap, la possibilità – ancora oggi esistente – per il cliente-mutuatario di sospendere il pagamento delle rate di mutuo in presenza di determinate circostanze¹⁹⁹. Nello specifico, il Fondo di solidarietà rimborsa il pregiudizio derivante dal ritardo nella restituzione della somma pagando alla banca-mutuante il tasso d'interesse sulle rate di mutuo sospese, eccettuata la componente dello *spread*²⁰⁰.

Per quanto riguarda i profili operativi, la sospensione può essere chiesta non più di due volte nell'ambito del medesimo contratto e per un periodo massimo di 18 mesi qualora si verifichi una delle sopravvenienze rilevanti

¹⁹⁸ Per un'analisi di tali interventi cfr. A.A. DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

¹⁹⁹ Il Fondo di Solidarietà è stato istituito con il D.M. 21 giugno 2010, n. 132 del Ministero dell'Economia e delle Finanze oltre due anni dopo l'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Successivamente, è stato rifinanziato con il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214. Esso è oggi regolato dal D.M. 22 febbraio 2013, n. 37 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

²⁰⁰ Su tale istituto cfr. A. CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" - Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

tassativamente previste dalla legge²⁰¹. In particolare, a legittimare la sospensione delle rate può essere, alternativamente, la sopravvenuta cessazione del rapporto di lavoro subordinato²⁰² o parasubordinato, la morte, l'insorgenza di un handicap grave o di un'invalidità civile non inferiore all'80% del cliente-mutuatario.

Dall'esame delle sopravvenienze che legittimano la sospensione emerge che, con l'istituzione del Fondo e con la previsione della possibilità di sospendere il pagamento delle rate del mutuo, il legislatore ha predisposto un rimedio efficace per le situazioni di difficoltà economica in cui può venire a trovarsi il cliente-mutuatario. Situazioni di difficoltà economica che, a loro volta, possono sorgere non solo a causa di eventi contingenti quali, ad esempio, una crisi economica generalizzata – come quella del 2007-2008 –, ma anche per effetto di eventi sopravvenuti che riguardano in via esclusiva la sfera giuridica del cliente-mutuatario. Ne risulta, pertanto, un concetto di «sopravvenienza rilevante» che abbraccia non solo fattispecie rientranti nell'ipotesi tipica dell'eccessiva onerosità, di cui all'articolo 1467 cod. civ., ma anche tutta una serie di fatti che, essendo relativi alla sfera giuridica soggettiva di una delle parti, non dovrebbero avere alcuna rilevanza sul contratto e sul rapporto da esso scaturente. Il che conferma che la possibilità riconosciuta ai clienti-mutuatari di sospendere il pagamento delle rate del mutuo si fonda su una chiara *ratio* solidaristica.

²⁰¹ Ulteriori requisiti sono stabiliti dal Regolamento di attuazione del Fondo di solidarietà, di cui al D.M. 22 febbraio 2013, n. 37. In particolare, è necessario che il mutuo sia d'importo non superiore a € 250.000,00 e che esso sia stato contratto per l'acquisto della «prima casa». Il cliente-mutuatario, poi, deve essere in possesso di un reddito risultante da indicatore ISEE non superiore a € 30.000,00. Infine, è necessario che il cliente-mutuatario non sia in ritardo con i pagamenti per un periodo superiore a 90 giorni.

²⁰² Eccettuate le ipotesi di risoluzione consensuale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa.

3.1 (Segue) ALTRE MISURE «DIRIGISTICHE»: LA RINEGOZIAZIONE «OBBLIGATORIA»

Ispirate dalla medesima *ratio* solidaristica, accanto all'istituto della sospensione delle rate del mutuo si collocano tutta una serie di altre misure adottate tra il 2008 e il 2009 per reagire alle conseguenze negative ormai prodotte sui contratti di mutuo dalla grave crisi economica e finanziaria.

In particolare, si tratta della rinegoziazione «obbligatoria» dei mutui a tasso variabile²⁰³, della fissazione del tetto del 4% per gli interessi sulle rate di mutuo a tasso variabile con accollo dell'eccedenza da parte dello Stato²⁰⁴ e, infine, della possibilità di calcolare i tassi d'interesse dei mutui non all'EURIBOR ma al tasso BCE, ritenuto più stabile rispetto al primo²⁰⁵.

Non è possibile dedicare analitica attenzione a ciascuno degli interventi sopra citati, anche perché tali misure, stante il loro carattere temporaneo e contingente, sono rimaste in vigore per pochi mesi e, al momento, non risultano più accessibili per i clienti-mutuatari.

Tuttavia, è utile ai fini della presente indagine richiamare la figura della rinegoziazione «obbligatoria»²⁰⁶, introdotta dal cosiddetto «decreto Tremonti», e sottolinearne le differenze rispetto all'ipotesi di rinegoziazione «volontaria», di cui all'articolo 120-*quater* t.u.b., sopra esaminata.

In particolare, con il decreto legge 27 maggio 2008, n. 93 è stata prevista la possibilità per i clienti-mutuatari inadempienti alla data del 28 maggio 2008 di accettare un'offerta di rinegoziazione formulata dalle banche-

²⁰³ Introdotta dall'articolo 3, decreto legge 27 maggio 2008, n. 93, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 126, cosiddetto «decreto Tremonti».

²⁰⁴ Articolo 2, commi 1-4, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 29 gennaio 2009, n. 2; Cfr. F. CHESSA, *Decreto «anticrisi»: un vero limite alle rate di mutuo?*, in *Immobili e proprietà*, 2009, p. 232; R. PARISOTTO – G. RENELLA, *Dal 2009 mutui variabili ancorati al saggio BCE*, in *Guida al diritto*, 50/2008, p. 73.

²⁰⁵ Articolo 2, commi 5-5-*sexies*, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 29 gennaio 2009, n. 2; cfr. F. ROSARIO, *Mutui prima casa e «decreto anticrisi»: luci ed ombre*, in *Rivista del notariato*, 2009, p. 79.

²⁰⁶ Su tale istituto cfr. F. MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui: le difese contro l'aumento dei tassi variabili*, in *Guida al diritto*, 2009, pp. 20 ss.; S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, pp. 3087 ss.

mutuanti aderenti a un'apposita Convenzione stipulata tra l'ABI e il Governo²⁰⁷. Tale possibilità è stata, di fatto, esercitabile nel periodo di tempo intercorrente tra settembre e novembre 2008; infatti, il «decreto Tremonti» prevedeva dei termini molto brevi sia per la formulazione delle offerte da parte delle banche sia per le conseguenti accettazioni da parte dei clienti.

Il meccanismo in cui consisteva la rinegoziazione era così congegnato: per i clienti-mutuatari che avessero accettato l'offerta di rinegoziazione si apriva la possibilità di versare le rate residue a misura fissa; misura, questa, determinata in base alla media dei tassi applicati nel 2006; la differenza tra la misura delle rate originarie a tasso variabile e quella delle nuove rate a tasso fisso (di minore entità) confluiva su un altro conto di finanziamento accessorio a tasso fisso; su tale conto, inoltre, erano addebitate le eventuali rate di mutuo scadute o non pagate prima del 29 maggio 2008.

Così descritta la rinegoziazione «obbligatoria», evidenti sono le differenze rispetto alla rinegoziazione «volontaria».

Anzitutto, occorre rilevare che il termine «rinegoziazione» è utilizzato nel «decreto Tremonti» in un'accezione del tutto peculiare e diversa da quella ordinaria²⁰⁸. Infatti, diversamente dalle ipotesi di rinegoziazione «volontaria», nella rinegoziazione «obbligatoria», le parti²⁰⁹ non erano libere di rinegoziare i termini dell'originario regolamento contrattuale come meglio credevano. Ciò perché il contenuto della proposta che la banca era tenuta a formulare al cliente era già predeterminato dal legislatore secondo il meccanismo sopra descritto.

La seconda – e più rilevante – differenza tra le due forme di «rinegoziazione», invece, riguarda l'*an*. Infatti, mentre la disciplina prevista dall'articolo 3 del «decreto Tremonti» imponeva alle banche che avessero

²⁰⁷ Stipulata il 19 giugno 2008 e disponibile sui siti www.abi.it e www.mef.gov.it.

²⁰⁸ Cfr. P. L. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., il quale rileva «nella misura in cui sui contenuti non è richiesta una sostanziale manifestazione di volontà delle parti, è del tutto evidente che tecnicamente parlare di rinegoziazione può apparire fuori luogo».

²⁰⁹ Ossia, da un lato, la banca-mutuante obbligata a formulare l'offerta di «rinegoziazione», avendo aderito alla Convenzione ABI-MEF, e, dall'altro, il cliente-mutuatario.

aderito alla Convenzione ABI-MEF di ridefinire il contenuto del contratto al verificarsi delle circostanze tassativamente previste dalla legge, la rinegoziazione di cui all'articolo 120-*quater*, comma 5, t.u.b. prevede la possibilità di ridiscutere i termini dell'accordo attraverso una nuova manifestazione di autonomia contrattuale delle parti; possibilità che – come già *supra* rilevato – indubbiamente esisteva anche prima della previsione in tal senso da parte dell'articolo 2, comma 450, legge 24 dicembre 2007, n. 244, ma che la suddetta legge si è semplicemente limitata a esplicitare, soprattutto in relazione al meccanismo di «portabilità del mutuo».

4. INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «CONCORRENZIALI»

Sulla base dell'indagine svolta in merito ai rimedi settoriali introdotti tra il 2007 e il 2008, è ora possibile valutare l'impatto che tali rimedi hanno avuto – e continuano ad avere – sul problema della gestione delle sopravvenienze nei contratti di credito; e ciò al fine di verificare se taluno di questi possa rappresentare un'adeguata soluzione per l'usura sopravvenuta.

Preliminarmente, occorre, però, rilevare che, non essendo gli interventi sopra descritti omogenei, è necessario esaminare l'impatto che essi hanno avuto suddividendoli in due macro-categorie²¹⁰.

Una prima – come già detto – comprende gli interventi frutto del «decreto Bersani-*bis*»: nello specifico, la previsione della possibilità di ottenere la surroga del mutuo con portabilità delle relative garanzie e la rinegoziazione «volontaria»; previsioni, ancora oggi in vigore e contenute nell'articolo 120-*quater* t.u.b. I rimedi di tale categoria possono definirsi «concorrenziali» in quanto, con la loro introduzione, il legislatore aveva – e, tutt'ora, ha – come finalità la liberalizzazione del mercato del credito, con

²¹⁰ In questi termini cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., pp. 53-56.

conseguente aumento della concorrenza. Non a caso, infatti, le misure in questione sono state, temporalmente, le prime a essere adottate per far fronte alla crisi economica e finanziaria dello scorso decennio.

La seconda categoria, come già rilevato, comprende, invece, le misure introdotte in seguito; la prima di queste è stata la possibilità di sospendere il pagamento delle rate del mutuo, originariamente prevista dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244. Tali misure, quasi a dimostrare un'insufficienza delle precedenti per far fronte alla crisi economica, si fondano, al contrario, su una chiara logica di tipo paternalistico e mirano a prevenire il rischio, presentatosi negli anni della crisi economica e finanziaria, di un vero e proprio *default* dell'intero sistema bancario e, in generale, economico dovuto alla possibilità – per nulla remota in quel contesto – che i clienti-mutuatari non riuscissero ad adempiere agli obblighi assunti anteriormente alla crisi economica di quegli anni.

Partendo, dunque, dai rimedi «concorrenziali», va subito rilevato che, essendo tali rimedi ancora in vigore, essi potrebbero rappresentare una valida soluzione al problema delle sopravvenienze nei contratti di mutuo e, nello specifico, dell'usura sopravvenuta.

In quest'ottica, non si può negare che la possibilità per il cliente-mutuatario di sostituire il proprio finanziatore con un altro che offra condizioni più favorevoli attraverso la surrogazione, di cui all'articolo 120-*quater* t.u.b., rappresenti un dato positivo. E ciò non solo in termini di aumento della spinta concorrenziale tra gli operatori professionali del settore, ma anche di gestione delle sopravvenienze che possono riguardare il cliente-mutuatario.

Infatti, a fronte di un fatto sopravvenuto che impedisca al cliente-mutuatario di onorare le originarie condizioni del regolamento contrattuale, qualora vi sia un'altra banca che permetta di gestire tale sopravvenienza attraverso la surroga dell'originario mutuo, il cliente-mutuatario potrà optare per la «portabilità», comunicandone la relativa scelta alla prima banca-

mutuante. Quest'ultima, a sua volta, a fronte del rischio di perdere la remunerazione e, soprattutto, a fronte della possibilità di perdere il cliente, potrà verosimilmente formulare un'offerta per rinegoziare le originarie condizioni del contratto. Il meccanismo della surroga, introdotto dal «decreto Bersani-bis» e oggi regolato dall'articolo 120-*quater* t.u.b., ha fatto sì, in altri termini, che le banche si rendessero più disponibili alla rinegoziazione, pur non essendovi in concreto obbligate²¹¹.

Se le cose stessero semplicemente così, si potrebbe individuare il rimedio per la gestione delle sopravvenienze nei contratti di mutuo e dell'usura sopravvenuta nel meccanismo della surroga, il quale consente – o attraverso la sostituzione del finanziatore o attraverso una rinegoziazione delle condizioni del contratto – un'efficiente ed equa gestione degli eventi sopravvenuti che alterino l'originario regolamento contrattuale.

Purtroppo, però, il discorso non è così semplice. Infatti, l'opzione di «negoziare» le modifiche necessarie al contratto per la gestione delle sopravvenienze presenta una serie di inconvenienti.

In primo luogo, pur essendo la surroga prevista senza alcuna penalità od onere per il cliente, vi è che la banca-mutuante originaria, nell'offrire una rinegoziazione del mutuo iniziale per prevenire la perdita del cliente-mutuatario, potrebbe addossare i costi «giuridici» dell'operazione interamente sul cliente stesso.

In secondo luogo, le banche-mutuantanti potrebbero fare «cartello» e impedire nei fatti il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali, presupposto indispensabile affinché la surroga dei mutui rappresenti una soluzione adeguata per i clienti-mutuatari. Tale rischio è tutt'altro che teorico in quanto l'articolo 120-*quater*, comma 4, t.u.b. prevede che la surroga sia gestita da tutte le banche coinvolte mediante «procedure di collaborazione» e,

²¹¹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 55.

in concreto, tali procedure, le cui modalità sono indicate dall'ABI, possono rappresentare l'occasione per creare indebite vicinanze tra le banche²¹².

Ad ogni modo, anche al di là di tali specifici rischi, l'insufficienza delle misure di liberalizzazione si manifesta soprattutto in relazione a quelle situazioni in cui il cliente-mutuatario non riuscirebbe a trovare, per le oggettive difficoltà di adempimento, alcuna banca disposta a gestire una sopravvenienza che abbia interessato l'originario finanziamento. In tali ipotesi, la banca originaria o potrebbe offrire un nuovo piano di ammortamento non sostenibile dal cliente-mutuatario; oppure, consapevole dell'inutilità di una rinegoziazione delle originarie condizioni, potrebbe ritenere più utile attivare immediatamente le procedure esecutive.

In altre parole, la «portabilità del mutuo» e la rinegoziazione «volontaria» rappresentano validi strumenti nelle situazioni fisiologiche, permettendo al cliente-mutuatario di beneficiare delle possibilità offerte dalla concorrenza per rendere meno gravose le rate del mutuo; tuttavia, tali misure non sono, al contrario, idonee a rappresentare un'adeguata soluzione per le situazioni patologiche derivanti da sopravvenienze che possono esporre il cliente-mutuatario a rischio d'insolvenza.

5. INADEGUATEZZA DEI RIMEDI «DIRIGISTICI»

Il legislatore, proprio a causa dell'insufficienza dei rimedi concorrenziali e anche per l'acuirsi degli effetti della crisi economica conseguente alla vicenda dei mutui *subprime*, è nuovamente intervenuto sul finire del 2007 e per tutto il 2008 con una seconda ondata di misure, ispirate a principi deliberatamente opposti rispetto a quelli alla base dei precedenti interventi «concorrenziali».

²¹² Il rischio che la procedura interbancaria suggerita dall'ABI sfoci in dinamiche anticoncorrenziali è stato segnalato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Segnalazione AS431, pubblicata nel Boll. 40/2007.

Nello specifico, la seconda ondata riformatrice si compone, come già *supra* rilevato, di quattro misure «dirigistiche» – o «paternalistiche» – aventi come obiettivo quello di evitare un inadempimento seriale e collettivo dei mutui con conseguente paralisi dell'intero sistema bancario e finanziario.

Per valutare se tali rimedi sono stati – o sono ancora – idonei a gestire il problema delle sopravvenienze, non è possibile svolgere un discorso unitario, se non in termini generalissimi, stante l'eterogeneità dei vari interventi.

Si va, infatti, dalla possibilità di sospendere il pagamento delle rate del mutuo, alla rinegoziazione «obbligatoria» delle condizioni del contratto, passando per la fissazione di un tetto del 4% per il tasso variabile degli interessi con accollo dell'eccedenza da parte dello Stato²¹³, e, infine, per la possibilità di calcolare i tassi d'interesse dei mutui secondo il tasso BCE e non secondo l'EURIBOR.

Inoltre, tutti gli interventi «dirigistici» sopra esaminati, frutto di una legislazione emergenziale d'urgenza, sono nati come interventi destinati ad avere un periodo di applicazione temporalmente limitato. Tra questi, infatti, solo la sospensione delle rate del mutuo risulta ad oggi ancora fruibile dai clienti-mutuatari grazie a una serie di proroghe e ad altri interventi collaterali che, nei fatti, hanno ampliato l'ambito temporale di applicazione di tale misura.

Partendo proprio dalla sospensione delle rate del mutuo, va subito rilevato che essa ha avuto un ampio successo operativo²¹⁴. Tale successo è dovuto al fatto che il rimedio fornisce una soluzione per tutte quelle situazioni che non si prestano a essere adeguatamente gestite attraverso i rimedi «concorrenziali», ossia la «portabilità del mutuo» o la rinegoziazione «volontaria»; in tali situazioni, infatti, il cliente-mutuatario – per eventi che, per quanto eccezionali, solitamente attengono alla propria sfera di rischio (la

²¹³ Articolo 2, commi 1-4, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 29 gennaio 2009, n. 2.

²¹⁴ Per una disamina più approfondita dei problemi e dell'impatto dell'istituto cfr. F. FIORUCCI, *I mutui bancari. Nuova disciplina e prassi*, Giuffrè, 2008, pp. 244 ss.

perdita del posto di lavoro, l'insorgenza di gravi malattie che richieda spese di rilevante entità) – non è in grado né di adempiere secondo le originarie condizioni né di reperire alternative più soddisfacenti sul mercato: il rischio di insolvenza è, pertanto, massimo.

In considerazione dell'efficacia di tale misura, il legislatore, con l'articolo 1, comma 246, legge 23 dicembre 2014, n. 190, ha previsto, previo accordo tra l'ABI e le associazioni dei consumatori, l'adozione di un ulteriore Piano al fine di consentire la sospensione delle rate del mutuo per il periodo 2015-2017 anche al di fuori dell'ambito di applicazione del «Fondo di solidarietà» di cui alla legge 24 dicembre 2007, n. 244.

L'Accordo²¹⁵ tra l'ABI e le associazioni dei consumatori è stato raggiunto nel 2015 e ha previsto un'ulteriore possibilità per i clienti-mutuatari di chiedere la sospensione delle rate del mutuo.²¹⁶ Ad oggi, secondo i dati riportati dall'ABI, sono state oltre 140.000 le famiglie che, o attraverso il «Fondo di solidarietà» o attraverso le misure concordate dall'ABI stessa con le associazioni dei consumatori, hanno beneficiato della sospensione.

Per quanto riguarda, invece, le altre misure «dirigistiche» adottate nel 2008, il discorso è, purtroppo, diverso. Infatti, nessuna ha avuto il successo ipotizzato al momento della loro introduzione.

La rinegoziazione «obbligatoria», prevista dal «decreto Tremonti», non ha dato i frutti sperati. Il motivo principale dell'insuccesso è probabilmente dovuto al meccanismo – sopra descritto – di rimodulazione del piano di ammortamento. In base a esso, infatti, lo squilibrio derivante da un'eventuale sopravvenienza non risultava equamente ripartito tra la banca e il cliente, ma finiva per essere sopportato *in toto* dal cliente-mutuatario, al quale veniva soltanto riconosciuta la possibilità di prorogare il periodo di ammortamento del finanziamento secondo le condizioni previste dalla legge.

²¹⁵ Cfr. «Accordo per la sospensione del credito alle famiglie», concluso dall'ABI e dalle Associazioni dei Consumatori il 31 marzo 2015 e accessibile su www.confconsumatori.it/wp-content/uploads/2015/04/AccordoMoratoriaFamiglie-31_3_15.pdf.

²¹⁶ La possibilità di chiedere la sospensione delle rate del mutuo, originariamente ammessa fino al 31 dicembre 2017, è stata prorogata fino al 31 luglio 2018.

L'unico effetto positivo, dunque, che il cliente-mutuatario poteva trarre da tale misura era – come taluno ha rilevato²¹⁷ – quello di alleggerire nell'immediato il peso derivante dalle rate del mutuo; e ciò, tuttavia, senza che vi fosse uno sconto nelle condizioni di restituzione, che, al contrario, risultavano più onerose dopo la rinegoziazione rispetto a quanto originariamente previsto.

Per di più, proprio a causa della complessità del meccanismo di «rinegoziazione», era difficile predeterminare a monte l'esito (positivo o negativo) che il ricorso a tale misura avrebbe avuto.

Pertanto, gli interpreti, immediatamente dopo la sua introduzione, nel valutare se tale intervento potesse rappresentare una soluzione adeguata alle sopravvenienze dei contratti di mutuo, ritennero che la rinegoziazione «obbligatoria» potesse essere un rimedio conveniente per quei soli clienti-mutuatari che non avrebbero potuto farne a meno a causa dell'indisponibilità di altri rimedi²¹⁸.

Stesso discorso vale per le altre misure «dirigistiche».

Partendo dalla fissazione del tetto del 4% per i tassi d'interesse – convenuti in misura variabile –, la scarsa utilità di tale misura è stata messa in evidenza dalla dottrina²¹⁹ fin da subito, sia per il ristretto ambito di applicazione, sia per la natura contingente di tale intervento che, in concreto, ha interessato esclusivamente i mutui con rate in scadenza nel 2009.

Anche la possibilità di calcolare gli interessi dovuti secondo il tasso BCE, in luogo del tasso EURIBOR, è stata valutata negativamente. Infatti, nel prevedere ciò, il legislatore si è limitato a consentire di calcolare la misura degli interessi secondo un parametro diverso (tasso BCE) rispetto a quello usuale (tasso EURIBOR); tuttavia, è rimasta inalterata la possibilità della

²¹⁷ Cfr. F. FIORUCCI, *I mutui bancari. Nuova disciplina e prassi*, cit., p. 234.

²¹⁸ Così cfr. M. BELLINAZZO, *Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 settembre 2008, p. 5.

²¹⁹ Cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit.

banca-mutuante di applicare uno *spread* anche maggiore al parametro di base scelto dal cliente²²⁰.

Inoltre, la possibilità di ancorare il mutuo al tasso BCE, anziché all'EURIBOR, pur assicurando una maggiore stabilità della rata, non garantiva, tuttavia, che l'ammontare della somma da restituire risultasse in concreto inferiore rispetto a quella che si sarebbe dovuta restituire seguendo il piano di ammortamento originario.²²¹

Da questi sommari rilievi si può dedurre che, in tutte le misure «dirigistiche», l'esito della complessa operazione, fatta eccezione per l'istituto della sospensione delle rate – i cui effetti sul piano di ammortamento sono chiari e prevedibili dal mutuatario –, era – ed è – del tutto incerto.

Tuttavia, anche la sospensione delle rate del mutuo presenta dei limiti. Infatti, tralasciando le ipotesi previste dall'Accordo tra l'ABI e le associazioni dei consumatori, la sospensione, secondo la disciplina del «Fondo di solidarietà», è ammessa esclusivamente in presenza di circostanze eccezionali tassativamente previste dal legislatore; pertanto, al di fuori di esse non è consentita alcuna sospensione e, dunque, non è possibile rintracciare in essa un rimedio di ordine generale per le sopravvenienze dei contratti di mutuo.

Inoltre – ed è questo il motivo principale della loro insufficienza –, tutti gli interventi «dirigistici» sopra esaminati hanno (avuto) un ambito temporale di operatività piuttosto limitato; pertanto, una volta scaduti i termini previsti per la loro applicazione – qualora non ancora scaduti –, non è (stato) più possibile il ricorso a tali misure. E ciò basta per escludere che gli interventi «dirigistici» possano costituire una soluzione di ordine generale per le sopravvenienze nei contratti di mutuo e, quindi, per l'usura sopravvenuta.

In conclusione del discorso fin qui svolto, è evidente che tanto le misure «concorrenziali» – ancora in vigore – quanto i rimedi «dirigistici» – alcuni dei quali non più applicabili – non sono idonei a rappresentare, per i

²²⁰ Cfr. F. CHESSA, *Tasso BCE: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, in *Immobili e proprietà*, 2009, pp. 152 ss.

²²¹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 57.

motivi sopra detti, una valida soluzione per la gestione delle sopravvenienze nei contratti di credito e per l'usura sopravvenuta.

Pertanto, occorre necessariamente rifarsi alla disciplina generale delle sopravvenienze.

6. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE I RIMEDI NELLA DISCIPLINA GENERALE

Il problema delle sopravvenienze, com'è stato già rilevato, è particolarmente avvertito nei contratti di mutuo e, in generale, di credito. La ragione è che in tali contratti il problema della gestione dei fatti sopravvenuti e della possibile incidenza che essi possono avere sul regolamento contrattuale ha una sua specificità. Molto spesso, infatti, dietro la conclusione di un contratto di mutuo vi è l'esigenza del cliente-mutuatario di reperire i fondi necessari per l'acquisto della propria abitazione. Ecco, dunque, che la scelta del rimedio esperibile a fronte di una sopravvenienza che impedisca o renda eccessivamente difficoltoso l'adempimento impone considerazioni non solo di efficienza, ma anche di equità.

La specificità di tale problema è confermata dagli spasmodici interventi settoriali, esaminati nei precedenti paragrafi, che si sono susseguiti per fronteggiare la gravissima crisi economica e finanziaria iniziata nel 2007. I rimedi previsti da tali interventi si sono, tuttavia, dimostrati insufficienti a rappresentare una soluzione di ordine generale per la gestione del problema delle sopravvenienze nei contratti di mutuo. È, dunque, alla disciplina generale che occorre fare riferimento per individuare i rimedi più idonei.

Ciononostante, dall'esame degli interventi settoriali è possibile trarre taluni importanti indici.

In primo luogo, soprattutto dalla *ratio* che ha ispirato gli interventi «concorrenziali», si evince che il rapporto contrattuale tra la banca-mutuante e il cliente-mutuatario è caratterizzato da una forte asimmetria contrattuale a

totale vantaggio della prima. Di ciò, pertanto, bisogna tenere conto nell'individuazione di un rimedio adeguato per le sopravvenienze.

Non a caso, il legislatore, con gli interventi summenzionati, ha cercato di riequilibrare l'asimmetria – informativa e contrattuale – che affligge il cliente prevedendo, ad esempio, il divieto generalizzato di penali od oneri per il cliente che intenda chiudere il rapporto con la banca; in questo modo, si è inteso restituire al mutuatario la libertà di rivolgersi al mercato in cerca di alternative adeguate per la gestione delle eventuali sopravvenienze, colmando, allo stesso tempo, il *deficit* di potere contrattuale nel rinegoziare i termini dello scambio.²²²

In secondo luogo, un ulteriore elemento che è possibile desumere dagli interventi degli scorsi anni nel settore del credito è il chiaro *favor* verso la «manutenzione» del contratto al fine di permettere al cliente-mutuatario di soddisfare le esigenze per cui il contratto stesso è stato concluso. Ciò è, anzitutto, evidente per tutti quei rimedi che mirano a consentire la prosecuzione del rapporto con la banca-mutuante originaria, come la rinegoziazione «volontaria», la rinegoziazione «obbligatoria» o la sospensione delle rate del mutuo; tuttavia, identica *ratio* si scorge anche in quelle misure, come la «portabilità del mutuo», che determinano l'estinzione del primo rapporto e la sostituzione dalla banca originaria con una nuova banca-mutuante. Infatti, la sostituzione della controparte e la rinegoziazione del contratto con la nuova banca sono comunque funzionali a garantire il conseguimento dell'utilità che il cliente-mutuatario intende – o ha inteso – realizzare con la conclusione del contratto originario.

A conferma di ciò, è stato giustamente evidenziato che la portabilità ha avuto un «effetto trainante» sulla rinegoziazione; e, infatti, le banche «*pur di non rischiare di perdere i propri clienti, (...) si sono rese più disponibili a ridiscutere le condizioni del mutuo preesistente*»²²³. In altri termini, il

²²² Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 58.

²²³ P. L. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., p. 753.

legislatore avrebbe «*tratto ispirazione dalla prassi, riconoscendo l'utilità sociale di un rimedio manutentivo, non ablativo al punto da imporne l'utilizzo*»²²⁴. Pertanto, nonostante i dubbi circa la piena assimilazione delle «rinegoziazioni» introdotte dagli interventi sopra descritti al concetto civilistico di rinegoziazione, dovrebbe quanto meno riconoscersi che tali interventi confermano che il nostro ordinamento mostra una chiara predilezione verso i rimedi «manutentivi» nel caso di sopravvenienze che colpiscano i contratti di mutuo, .

Tenendo in debito conto questi due elementi, è necessario, dunque, volgere lo sguardo ai rimedi generali previsti per le sopravvenienze contrattuali.

In termini generali, e come rilevato *supra*²²⁵, in presenza di una sopravvenienza giuridicamente rilevante si pongono due alternative.

La prima consiste nei rimedi «ablativi» – come ad esempio la risoluzione del contratto di cui all'articolo 1467 cod. civ. –, i quali, consentendo lo scioglimento del contratto, permettono alle parti di liberarsi dal vincolo contrattuale.

La seconda alternativa, invece, è rappresentata dai rimedi «manutentivi», o conservativi, del contratto. Tali rimedi, al contrario di quelli «ablativi», tendono alla conservazione del vincolo contrattuale mediante una rinegoziazione o una revisione delle condizioni contrattuali originariamente pattuite.

Orbene, bisogna verificare – anche alla luce delle peculiarità dei contratti di credito – quale tra i rimedi, «ablativi» o «manutentivi», analizzati nel secondo capitolo, si presta meglio a risolvere i problemi derivanti dalle eventuali sopravvenienze occorse e, nello specifico, dall'usura sopravvenuta.

²²⁴ P. L. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., ibidem.

²²⁵ Cfr. Cap. II, § 3.

Nel far ciò, occorrerà tenere presente – soprattutto una volta che il discorso s’incentra sui contratti di credito – che entrambe le tipologie dei rimedi presentano limiti e problemi operativi.

Per quanto riguarda i rimedi «ablativi», è già stato rilevato²²⁶ che non sempre le sopravvenienze che interessano i contratti di mutuo – e così anche l’usura sopravvenuta – si prestano a essere gestite tramite rimedi caducatori che importano conseguenze restitutorie difficilmente sostenibili per il cliente-mutuatario.

D’altro canto, anche per i rimedi «manutentivi» i problemi non sono pochi e riguardano, a monte, la loro stessa ammissibilità in assenza di una esplicita previsione di legge o delle parti. Tale annosa questione ha dato luogo a un cospicuo dibattito dottrinale di teoria generale del contratto²²⁷; tuttavia, è necessario verificare se alla luce delle peculiari caratteristiche del contratto di mutuo possa ritenersi pacificamente ammissibile la manutenzione del contratto in caso di sopravvenienze e, soprattutto, se tale soluzione risulti praticamente percorribile con riguardo alla specifica vicenda dell’usura sopravvenuta.

²²⁶ Cfr. Cap. II, § 5.

²²⁷ Per una disamina delle opinioni in merito ai rimedi manutentivi in generale cfr. Cap. II, § 5.

CAPITOLO IV

USURA SOPRAVVENUTA E RIMEDI «MANUTENTIVI»

SOMMARIO: 1. USURA SOPRAVVENUTA, SOPRAVVENIENZE E CONTRATTI DI MUTUO – 2. RIMEDI «ABLATIVI» – 3. NECESSITÀ DI RIMEDI «MANUTENTIVI» – 3.1 (*Segue*) RIMEDI «MANUTENTIVI»: LE SOLUZIONI CONVENZIONALI – 3.2 (*Segue*) RIMEDI «MANUTENTIVI»: OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE – 3.2.1 (*Segue*) OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE: UNA CONFERMA NELLA DISCIPLINA DEL CREDITO IMMOBILIARE – 4. REVISIONE GIUDIZIALE DEL CONTRATTO – 5. I LIMITI DELL'IMPOSTAZIONE DELLE SEZIONI UNITE SULL'USURA SOPRAVVENUTA.

1. USURA SOPRAVVENUTA, SOPRAVVENIENZE E CONTRATTI DI MUTUO

L'analisi condotta nel precedente capitolo ha dimostrato che, nell'individuare una soluzione adeguata per le sopravvenienze che colpiscono i contratti di mutuo, è necessario partire dall'analisi dei rimedi tipizzati nella disciplina generale del contratto.

Infatti, nonostante il legislatore abbia tentato di venire incontro alle esigenze delle parti e, in particolar modo, del cliente-mutuatario attraverso una serie di rimedi legislativi settoriali, tali interventi settoriali, tuttavia, non possono costituire una soluzione di ordine generale per le sopravvenienze nei contratti di mutuo e, tanto meno, per la specifica vicenda dell'usura sopravvenuta. La ragione principale di tale inadeguatezza va individuata nella settorialità che contraddistingue tali misure.

Inoltre, anche prescindendo da ciò, l'efficacia delle misure legislative introdotte per far fronte alla grave crisi economica degli scorsi anni è dubbia²²⁸. Basti pensare che tutte le predette misure hanno dimostrato dei limiti operativi che hanno reso evidente la loro inidoneità rispetto allo

²²⁸ Cfr. Cap. III, §§ 4-5.

specifico problema – le gravi conseguenze della crisi economica sui rapporti di mutuo – per cui erano state introdotte. Il che, a maggior ragione, conferma che risulta impossibile scorgere in tali misure «settoriali», o «legislative» – che dir si voglia –, dei rimedi di ordine generale per gestire adeguatamente le eventuali sopravvenienze che possono interessare i contratti di mutuo e, ancora più nello specifico, la vicenda dell'usura sopravvenuta.

Da tali considerazioni, come già detto²²⁹, deriva la necessità di individuare un rimedio adeguato volgendo lo sguardo alla disciplina generale del contratto e ai rimedi che nella stessa si possono scorgere.

A tal riguardo, dall'analisi condotta *supra*²³⁰ emerge che i rimedi che astrattamente possono darsi a fronte di una sopravvenienza sono essenzialmente di due tipi.

Da una parte, vi sono i rimedi risolutivi, o «ablativi», che, per l'appunto, tendono allo scioglimento del vincolo contrattuale al fine di permettere alle parti di «liberarsi» da un rapporto che non risponde più ai loro interessi²³¹.

Dall'altra, invece, vi sono i rimedi «manutentivi», o conservativi, che, al contrario dei rimedi «ablativi», tendono alla conservazione del vincolo contrattuale, previo adeguamento alle esigenze imposte da un'eventuale sopravvenienza. Nello specifico, l'adeguamento dell'originario regolamento contrattuale può avvenire o in modo automatico, ossia attraverso la previsione di clausole di adeguamento nel regolamento stesso, o attraverso una successiva manifestazione che rimoduli l'originario impianto contrattuale.

In questa seconda ipotesi, l'adeguamento può attuarsi in due modi. O attraverso una vera e propria rinegoziazione da parte dei contraenti, i quali, occorrendo una sopravvenienza che altera l'originario equilibrio contrattuale, si rendano disponibili a modificare l'originario impianto contrattuale. O attraverso un intervento correttivo del giudice, il quale, richiesto da una delle

²²⁹ Cfr. Cap. III, § 6.

²³⁰ Vedi Cap. II.

²³¹ Cfr. Cap. II, § 2.

parti, provveda a quella che si potrebbe definire una «revisione giudiziale del contratto».

Entrambe le categorie di rimedi presentano molteplici problemi e sollevano svariati interrogativi.

Per quanto riguarda i rimedi «ablativi», bisogna tenere presente che molto spesso la risoluzione del contratto non rappresenta la soluzione più adeguata a gestire una sopravvenienza contrattuale. Può darsi, infatti, che l'interesse delle parti sia nel senso del mantenimento del vincolo contrattuale, nonostante il sopraggiungere di un fatto idoneo ad alterare l'equilibrio contrattuale.

Inoltre, occorre tenere a mente che, in relazione ad alcuni specifici rapporti contrattuali (come quelli di «lunga durata» o «di relazione»), la risoluzione del contratto, anziché atteggiarsi come rimedio, potrebbe rappresentare un male ben peggiore del problema che con essa si mira a risolvere; e ciò per le gravi conseguenze che potrebbero derivarne in termini restitutori e ripetitori.

La situazione non è di certo migliore per quanto riguarda i rimedi «manutentivi» del contratto. Anzitutto, rispetto a tali rimedi, si pone a monte il problema relativo alla loro ammissibilità, non avendo il nostro ordinamento disciplinato uno specifico rimedio tendente alla conservazione del vincolo contrattuale, diversamente dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Questa è questione di non poco conto, finendo per involgere profili di centrale rilievo per il diritto dei contratti.

Da una parte, infatti, viene in gioco la cosiddetta «forza di legge» del contratto, la quale, secondo alcuni²³², verrebbe contraddetta nel ritenere che, a fronte di una sopravvenienza, le parti debbano, in primo luogo, tentare una

²³² Con diverse argomentazioni cfr. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 487; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, 2004; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 667.

soluzione che permetta il mantenimento del contratto mediante il suo adeguamento.

Dall'altra, nella misura in cui si ammette che l'adeguamento del contratto possa essere raggiunto anche tramite una revisione giudiziale, si rischia di compromettere il fondamentale principio di autonomia contrattuale delle parti, consentendo al giudice di scendere dallo scranno e di riscrivere di suo pugno il contratto, come se fosse una «terza parte contrattuale»²³³. Il che con ulteriori conseguenze negative in termini di certezza del diritto.

Questi problemi di ordine generale vanno, per giunta, sommati ai problemi che presentano, da un lato, i contratti di mutuo in rapporto ai vari tipi di rimedi e, dall'altro, le specifiche sopravvenienze che possono colpire tali contratti, con particolare attenzione alla vicenda dell'usura sopravvenuta.

Ecco perché, nell'individuazione di un rimedio adatto a gestire l'usura sopravvenuta e, più in generale, le sopravvenienze nei contratti di mutuo, occorre procedere con cautela.

Tuttavia, si deve rilevare che, proprio alla luce della specifica disciplina e delle peculiari caratteristiche del contratto di mutuo – come visto in conclusione del precedente capitolo²³⁴ –, gran parte dei problemi teorici e applicativi relativi ai rimedi generali risultano appianati.

Il discorso vale soprattutto per i problemi teorici sollevati in merito all'ammissibilità di un rimedio «manutentivo» che consenta e renda giuridicamente «realizzabile» l'adeguamento del contratto.

Le esigenze sottese ai contratti di mutuo, lo specifico assetto di interessi perseguito dalle parti e il chiaro *favor* per la conservazione del rapporto, manifestato dagli interventi settoriali degli scorsi anni, confermano che l'ipotesi della «rinegoziazione», o adeguamento del contratto, è tutt'altro che

²³³ Cfr. G. IUDICA, *Fair dealing e contratto d'appalto*, in ID. (a cura di), *Sette questioni in tema d'appalto*, EGEA, 2016, pp. 17-24; cfr. anche F. MACARIO – T. PASQUINO (a cura di), *Il rischio del running the business giurisprudenziale*, Giuffrè, 2014.

²³⁴ Cfr. Cap. III, § 6.

da escludere per la gestione delle sopravvenienze e – perché no? – dell'usura sopravvenuta.

Quanto detto trova conferma nella disciplina dettata dal legislatore europeo, soprattutto in materia di credito immobiliare, e nella conseguente normativa interna di recepimento.

Questi argomenti sono sufficienti per ritenere – il che costituisce il fine del presente lavoro – che, in tema di usura sopravvenuta, sia possibile seguire una chiave di lettura alternativa a quella fatta propria dalle Sezioni Unite della Cassazione.

In primo luogo, infatti, si è già dimostrato che tale vicenda rientra a pieno titolo tra le sopravvenienze contrattuali – e non già solo normative – che possono interessare i contratti di mutuo.

In secondo luogo, dall'inclusione dell'usura sopravvenuta tra le sopravvenienze contrattuali deriva che è possibile invocare i rimedi previsti in termini generali per le sopravvenienze stesse.

In terzo e ultimo luogo, proprio per tale ragione, non ha senso affermare – come invece hanno affermato le Sezioni Unite – che, ferma la generale e tendenziale irrilevanza dell'usura sopravvenuta, potrebbero esserci ipotesi eccezionali nelle quali gli interessi divenuti usurari non siano in concreto esigibili per contrarietà al principio di buona fede. Tale soluzione è stata verosimilmente imposta dal timore che, ammettendo una generica rilevanza dell'usura sopravvenuta al pari di ogni sopravvenienza, ne sarebbe derivata la conseguenza di individuare il relativo rimedio nella risoluzione del contratto, con evidenti conseguenze negative sui rapporti di mutuo.

Come già detto in precedenza e come verrà dimostrato più specificamente con riguardo al contratto di mutuo, non bisogna ritenere che l'unico rimedio esperibile a fronte di una sopravvenienza giuridicamente rilevante sia la risoluzione del contratto. Nuove vie alternative si aprono e, nello specifico, è ben possibile ammettere la manutenzione del rapporto come

rimedio idoneo a gestire una sopravvenienza giuridicamente rilevante, qual è l'usura sopravvenuta.

A tal fine, a conclusione del presente lavoro, s'impone di verificare se le conclusioni raggiunte in termini generali sino a questo punto possano valere in termini di tenuta logica e giuridica per il contratto di mutuo e per le sopravvenienze che rispetto ad esso possono verificarsi, come, per l'appunto, l'usura sopravvenuta.

Nello specifico, si dimostrerà, da una parte, che la via dell'adeguamento del contratto come soluzione per l'usura sopravvenuta appare facilmente percorribile; e, dall'altra, proprio sulla base di ciò, che l'approccio al fenomeno dell'usura sopravvenuta ben potrebbe essere diverso da quello seguito dalle Sezioni Unite della Cassazione.

2. RIMEDI «ABLATIVI»

Nonostante l'ampia rilevanza del fenomeno, il nostro ordinamento, come già detto²³⁵, ha rivolto al tema delle sopravvenienze contrattuali un'attenzione minima, prevedendo un'unica fattispecie di sopravvenienza «tipica», ossia l'eccessiva onerosità sopravvenuta, e ammettendo, conseguentemente, due soli rimedi, rispettivamente per i contratti a prestazioni corrispettive – articolo 1467 cod. civ. – e per i contratti unilaterali – articolo 1468 cod. civ. –. Limitando il discorso ai contratti sinallagmatici, il rimedio che il legislatore ha previsto è la risoluzione del contratto.

Orbene, alla luce del discorso generale affrontato nel secondo capitolo, occorre verificare se il rimedio risolutorio, previsto per l'eccessiva onerosità, si presti a gestire in modo adeguato l'usura sopravvenuta e, in generale, le sopravvenienze che interessano i contratti di mutuo.

²³⁵ Cfr. Cap. II, § 2.

Più propriamente, occorre, in primo luogo, accertare se l'articolo 1467 cod. civ. sia applicabile anche ai contratti di mutuo e, in secondo luogo, una volta risolta affermativamente la prima questione, bisogna verificare se il rimedio risolutorio ivi previsto risulti effettivamente adeguato per la gestione dei fatti sopravvenuti che alterano l'equilibrio dei contratti di mutuo.

Partendo dalla prima questione, è alquanto dubbio se la disciplina dell'eccessiva onerosità trovi applicazione per i contratti di mutuo. È, infatti, pacifico²³⁶ che l'articolo 1467 cod. civ. si applichi esclusivamente ai contratti sinallagmatici e non, invece, ai contratti unilaterali, nei quali le obbligazioni sono a carico di una sola parte. Il contratto di mutuo, in considerazione del fatto che da esso sembrerebbero derivare esclusivamente obbligazioni a carico del mutuatario, parrebbe *prima facie* rientrare proprio nella categoria dei contratti unilaterali.

Non a caso, infatti, la dottrina più risalente qualificava il mutuo come contratto unilaterale; tale tesi si basava sulla concezione, dominante sotto il vigore del codice civile del 1865 e largamente seguita anche subito dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, secondo cui un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale – nel caso di specie la *traditio rei* – non potesse essere al tempo stesso atto esecutivo del contratto e, dunque, prestazione²³⁷. Pertanto, inquadrato il contratto di mutuo nella categoria dei contratti reali e ricondotta la consegna della somma da parte del mutuante a elemento perfezionativo del contratto stesso, si desumeva che il mutuante non avesse a suo carico alcuna obbligazione: il contratto di mutuo era considerato, dunque, un contratto unilaterale²³⁸.

Tale tesi, sostenuta dalla dottrina fino agli anni Cinquanta dello scorso secolo, era, peraltro, fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, anche nei primi anni di vigenza del codice del 1942, escludeva

²³⁶ Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 622.

²³⁷ Cfr. E. BETTI, *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Tipografia Cooperativa, 1920, p. 152, nota 36.

²³⁸ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 50, nota 20.

fermamente l'invocabilità dei rimedi risolutivi e, quindi, dell'eccessiva onerosità nei contratti di mutuo²³⁹.

Tuttavia, tale insoddisfacente soluzione si basava su una concezione eccessivamente formalistica, che non teneva conto delle reali esigenze di tutela delle parti. Per tale ragione, la giurisprudenza e la dottrina tentarono di elaborare diverse ricostruzioni.

In primo luogo, la giurisprudenza iniziò a configurare anche in capo al mutuante una sorta di obbligazione di *patti* consistente nel lasciar godere al mutuatario le cose o la somma di denaro per il tempo previsto nel contratto²⁴⁰.

Tuttavia, fu la dottrina che, ragionando in termini più generali, superò definitivamente la precedente impostazione. In particolare, si arrivò alla conclusione che il termine «prestazione» nella nozione di contratto a prestazioni corrispettive sia utilizzato con un significato diverso rispetto al significato classico di «oggetto o contenuto dell'obbligazione». Infatti, nell'articolo 1467 cod. civ. il concetto di «prestazione corrispettiva» va inteso non già come oggetto dell'obbligazione, ma più propriamente come attribuzione prodromica al risultato che con il contratto le parti intendono conseguire²⁴¹. In altri termini, la corrispettività indica una relazione di scambio tra due attribuzioni patrimoniali legate da un vincolo di causalità giuridica che implica, a sua volta, un nesso di reciprocità tra le utilità e i risultati che le parti intendono conseguire. Il mutuo è un contratto a prestazioni corrispettive per il nesso che s'instaura tra la somma ricevuta dal mutuatario e la somma, solitamente maggiorata dagli interessi, che il mutuatario stesso restituisce al

²³⁹ Cfr. Cass. 29 luglio 1950 n. 2156; Cass. 27 gennaio 1951 n. 222.

²⁴⁰ Sulla vicenda cfr. G. OSTI, voce «Contratto», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, UTET, 1959, pp. 492-493: «la nostra giurisprudenza, antivenendo i tentativi di ricostruzione dommatica (...) fu sospinta a sottoporre a critica la tesi tradizionale sulla natura del contratto, cercando di dimostrare che dal contratto reale (di comodato o di mutuo) non sorge semplicemente l'obbligazione di restituire la cosa (cosa determinata o quantità di cose), a carico di colui che la riceve, bensì anche, e necessariamente, a carico di chi dà la cosa, l'obbligazione di lasciare la cosa (o la quantità di cose) a disposizione del ricevente per il tempo determinato dal contratto, o per quello necessario allo scopo di utilità, per cui la cosa fu consegnata (o data)».

²⁴¹ Cfr. G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958, pp. 452-495.

mutuante. Dunque, ne deriva che il contratto di mutuo soggiace alla disciplina dell'eccessiva onerosità, di cui all'articolo 1467 cod. civ.

Tale conclusione è, peraltro, confermata dalla dottrina più recente, la quale configura pacificamente il contratto di mutuo come un contratto bilaterale a prestazioni corrispettive; nello specifico, sulla base della considerazione che formazione ed esecuzione del contratto, pur essendo momenti logicamente distinti, non necessariamente debbano ritenersi in contrapposizione tra loro²⁴², si sostiene che un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale ben possa essere al tempo stesso prestazione, ossia oggetto del contratto. Dunque, se ciò che rileva ai fini della qualifica di un contratto come sinallagmatico è il nesso di corrispettività che viene a crearsi tra attribuzioni – o risultati –, allora ne deriva che il mutuo oneroso è un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto all'obbligazione di corrispondere gli interessi si contrappone sinallagmaticamente l'attribuzione patrimoniale già realizzata a favore del mutuatario mediante la consegna della somma²⁴³.

Dunque, ammettendo che la disciplina dell'eccessiva onerosità si applichi anche ai contratti di mutuo, il cliente-mutuatario, di fronte a una sopravvenienza o, più nello specifico, a un caso di usura sopravvenuta, potrebbe agire contro la banca-mutuante e domandare la risoluzione del contratto.

Tuttavia, come già rilevato in termini generali²⁴⁴, la risoluzione non sembra essere il rimedio adeguato per la gestione delle sopravvenienze che colpiscono il contratto di mutuo e, nello specifico, per risolvere i problemi conseguenti all'usura sopravvenuta.

Anzitutto, la sopravvenienza «tipica» dell'eccessiva onerosità risulta ancorata a presupposti eccessivamente rigidi. Si potrebbe replicare che,

²⁴² Cfr. E. SIMONETTO, voce «Mutuo», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990, p. 2.

²⁴³ Cfr. R. CRISTOFARI, *Mutuo e risoluzione del contratto*, Giuffrè, 2002, pp. 138 ss.

²⁴⁴ Cfr. Cap. II, § 5.

malgrado la rigidità, la maggior parte dei casi di usura sopravvenuta, come dimostrato²⁴⁵, soddisfi comunque tutti i presupposti per l'applicazione del rimedio risolutorio, di cui all'articolo 1467 cod. civ.

Tuttavia, nonostante ciò, l'inadeguatezza della disciplina dell'eccessiva onerosità a far fronte all'usura sopravvenuta si avverte soprattutto con riguardo al rimedio predisposto dal nostro ordinamento, ossia lo scioglimento del vincolo contrattuale.

In primo luogo, infatti, occorre notare²⁴⁶ come la risoluzione del contratto lasci la parte colpita dalla sopravvenienza del tutto priva di tutela rispetto all'interesse al mantenimento del vincolo contrattuale. Infatti, seguendo una lettura formale, la possibilità di formulare l'offerta di «*reconductio ad aequitatem*» è attribuita esclusivamente alla parte convenuta in risoluzione; in tale senso, il mantenimento del contratto non è costruito come rimedio per la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, ma come anti-rimedio per la controparte.

In secondo luogo, nei contratti di mutuo, la risoluzione potrebbe rappresentare per il cliente-mutuatario un male ben peggiore della sopravvenienza stessa. Va rammentato, infatti, che la risoluzione del contratto ha effetto retroattivo, salvo si tratti di prestazioni a esecuzione periodica o continuata; tuttavia, l'effetto retroattivo della risoluzione si ha anche qualora una prestazione sia a esecuzione istantanea e l'altra, al contrario, sia a esecuzione periodica o continuata²⁴⁷, come nel caso dei contratti di mutuo. Pertanto, nel caso in cui il cliente-mutuatario a fronte di una sopravvenienza – come l'usura sopravvenuta – agisca a norma dell'articolo 1467 cod. civ. e ottenga la risoluzione del contratto, egli si vede costretto a restituire, anzitempo e in misura non preventivata, l'intero finanziamento erogato.

²⁴⁵ Cfr. Cfr. Cap. II, §§ 2-2.5.

²⁴⁶ Cfr. Cap. II, §§ 4-5.

²⁴⁷ Cfr. Cap. II, § 4.

È evidente che in queste ipotesi, viceversa, il cliente-mutuatario, invece che risolvere il contratto, avrebbe bisogno di rinegoziarlo nell'ottica della prosecuzione del rapporto²⁴⁸.

Da tale prospettiva, un rimedio di tipo esclusivamente risolutorio per la gestione delle sopravvenienze e, in particolare, dell'usura sopravvenuta non sarebbe per nulla adeguato al fine di tutelare le esigenze del cliente-mutuatario; e ciò non solo perché – come detto – il cliente sarebbe costretto a restituire immediatamente l'intero finanziamento ricevuto, ma anche perché, essendo il mutuo solitamente finalizzato al pagamento dell'immobile costituente l'abitazione principale del cliente stesso, la restituzione anticipata della somma pregiudicherebbe, in via definitiva, la possibilità di far fronte al regolare pagamento delle rate dell'immobile e, dunque, in ultima analisi, il diritto a conservare la proprietà dell'abitazione²⁴⁹.

Ma anche sotto un profilo di analisi economica, il rimedio risolutorio risulta del tutto inefficiente e, quindi, inadeguato. Di fronte a più rimedi, infatti, bisognerebbe di regola privilegiare l'opzione che consente la traslazione del rischio in capo al soggetto che è maggiormente in grado di assorbirlo o distribuirlo; cosa che, al contrario, non avverrebbe nel caso della risoluzione, finendo per addossarsi l'intero rischio della sopravvenienza su una sola parte – peraltro, la più debole –. Pertanto, da un punto di vista economico, *«è certamente più efficiente cercare di mantenere in vita il rapporto contrattuale, ancorché con tutte le variazioni necessarie per ricondurlo ad equità, che non giungere puramente e semplicemente al rimedio estremo della risoluzione del contratto»*²⁵⁰.

In conclusione, è, dunque, evidente che, nel caso di usura sopravvenuta e, in generale, di qualsiasi altra sopravvenienza che colpisca un contratto di

²⁴⁸ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., pp. 51-52.

²⁴⁹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 46.

²⁵⁰ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1041-1042.

mutuo, non è possibile ritenere adeguata la soluzione tipica della risoluzione del contratto, prevista dall'articolo 1467 cod. civ.

Si potrebbe allora ipotizzare una sorta di risoluzione parziale che operi in funzione protettiva del cliente-mutuatario. Ma, a dire il vero, tale soluzione appare francamente troppo audace.

In primo luogo, perché, per sostenere la natura parziale della risoluzione, dovrebbe postularsi un'impossibilità sopravvenuta della prestazione del cliente nella parte in cui gli interessi eccedono la soglia anti-usura. Tuttavia, come visto *supra*²⁵¹, in caso di usura sopravvenuta non è possibile predicare alcuna impossibilità sopravvenuta, neppure parziale, della prestazione del cliente-mutuatario.

E, in secondo luogo, perché, diversamente dalla categoria della «nullità di protezione», in assenza di indici sufficientemente univoci nell'ordinamento, sembra difficile prospettare l'esistenza di una figura di risoluzione «di protezione».

3. NECESSITÀ DI RIMEDI «MANUTENTIVI»

L'inadeguatezza del rimedio risolutorio per la gestione dell'usura sopravvenuta impone di indagare se, con riguardo a tale sopravvenienza, non sia effettivamente possibile il ricorso a qualche rimedio «manutentivo».

Preliminarmente, occorre rilevare che la necessità di un'indagine in merito ai rimedi «manutentivi» deriva dalla non invocabilità del meccanismo d'integrazione automatica, di cui agli articoli 1339 e 1419 cod. civ., in caso di usura sopravvenuta. Qualora, al contrario, tale meccanismo avesse potuto trovare applicazione, esso, senz'altro, avrebbe rappresentato la soluzione più adeguata per la gestione di tale sopravvenienza. Tale meccanismo, com'è noto, presuppone l'esistenza di una nullità parziale; nullità che, in tale

²⁵¹ Cfr. Cap. I, § 3.4.

specifica ipotesi, dovrebbe atteggiarsi come «nullità di protezione». Tuttavia, in caso di usura sopravvenuta, come dimostrato *supra*²⁵², non è possibile postulare l'esistenza di alcuna nullità.

Non una nullità virtuale, ai sensi dell'articolo 1418, primo comma, cod. civ., perché, come già detto²⁵³, non vi è alcun illecito da sanzionare e, ad ogni modo, si tratterebbe di una nullità sopravvenuta, la cui ammissibilità sotto un profilo dogmatico è dubbia²⁵⁴.

Non una nullità strutturale, ai sensi dell'articolo 1418, secondo comma, cod. civ., giacché l'usura sopravvenuta non riguarda nessuno dei requisiti del contratto.

Non una nullità testuale, ai sensi dell'articolo 1418, terzo comma, cod. civ., in quanto manca un'espressa norma che commini la nullità della clausola che prevede il pagamento di interessi divenuti solo successivamente usurari.

Di qui la necessità di ricercare una strada alternativa, sempre di carattere «manutentivo, che consenta ugualmente l'adeguamento del regolamento contrattuale.

Esclusa, dunque, l'operatività del meccanismo d'integrazione di cui agli articoli 1339 e 1419 cod. civ., è necessario rilevare che l'adeguamento dell'originario regolamento contrattuale può avvenire o in modo automatico, ossia tramite la previsione di clausole di adeguamento nel regolamento stesso, o attraverso una successiva manifestazione che rimoduli l'originario impianto contrattuale.

In tale seconda ipotesi, occorre ulteriormente distinguere i casi in cui la modificazione del regolamento si deve a un'attività di rinegoziazione condotta dalle parti da quelli in cui, al contrario, l'adeguamento deriva da una revisione giudiziale. Ed è bene precisare che la revisione giudiziale del contratto, sebbene si trovi solitamente in posizione alternativa rispetto alla

²⁵² Cfr. Cap. I, § 3.2.

²⁵³ Cfr. Cap. I, § 3.

²⁵⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 749-750.

rinegoziazione, nella pratica può porsi in una posizione di subordinazione rispetto a quella.

Nello specifico, è evidente che la soluzione maggiormente auspicabile rimane sempre quella di una rinegoziazione ad opera delle parti: esse, infatti, conoscendo al meglio gli interessi riposti nel contratto, potranno reagire nel modo più efficiente possibile all'allocazione del rischio. Tuttavia, nel caso in cui le parti rifiutino di rinegoziare le condizioni del contratto o, pur avendo iniziando una trattativa al fine di modificare l'originario regolamento, non riescano a ottenere alcun risultato, allora non si può escludere un successivo intervento suppletivo-integrativo del giudice²⁵⁵.

Limitando per ora il discorso alla rinegoziazione condotta dalle parti, occorre specificare quanto detto²⁵⁶ in termini generali in merito ai rimedi che consentono la conservazione del vincolo contrattuale.

La rinegoziazione, in particolare, può essere originata da:

- i. una libera manifestazione di autonomia contrattuale delle parti, le quali, pur non essendo obbligate a rinegoziare il contratto, pervengano a una modificazione dell'originario regolamento;
- ii. un obbligo di rinegoziare il contratto di fonte convenzionale;
- iii. un obbligo di rinegoziare il contratto di fonte legale.

Nel caso in cui siano le parti a rinegoziare liberamente le originarie condizioni del mutuo, non si pongono particolari problemi teorici. Infatti, l'ammissibilità di una rinegoziazione volontaria delle parti è senz'altro indubbia, rientrando tale possibilità nella normale autonomia contrattuale.

Tuttavia, l'effettività del rimedio dipende, da una parte, dalla disponibilità della banca-mutuante a ridiscutere le condizioni inizialmente pattuite con il cliente-mutuatario e, dall'altra, dall'idoneità del contesto in cui la rinegoziazione avviene a realizzare il risultato voluto.

²⁵⁵ Più ampiamente cfr. Cap. II, § 5.4.

²⁵⁶ Cfr. Cap. II, § 5 e, più nello specifico, § 5.3.

A tal riguardo, si deve rilevare che la rinegoziazione «volontaria», sebbene rappresenti senza dubbio l'epilogo maggiormente auspicabile, può non avere successo per mancanza delle condizioni necessarie. In questo senso, occorre rammentare²⁵⁷ come i rapporti di credito tra banche e rispettivi clienti siano caratterizzati da una forte asimmetria contrattuale; asimmetria che finisce per ripercuotersi negativamente sia sulla disponibilità della banca a rinegoziare le condizioni del mutuo, sia sull'effettiva possibilità di successo di un'eventuale rinegoziazione già intrapresa.

Proprio per tale ragione, è molto probabile che, a fronte di un fenomeno di usura sopravvenuta, alla richiesta del cliente di ridiscutere le originarie condizioni del mutuo per ristabilire l'equilibrio perduto o per rientrare entro i margini della soglia anti-usura, la banca-mutuante si dimostrerà insensibile o, peggio ancora, proporrà nuove condizioni materialmente non sostenibili dal cliente.

Tuttavia, occorre comunque rilevare che attualmente, sulla base della disciplina settoriale, esistono condizioni maggiormente favorevoli rispetto al passato per la rinegoziazione «volontaria» delle condizioni del mutuo.

Da una parte, infatti, su impulso della disciplina consumeristica, ma con un ambito di applicazione ormai generalizzato²⁵⁸, gravano sulla banca specifici obblighi di informazione, che non riguardano esclusivamente le condizioni del regolamento contrattuale, ma che, contenendo necessariamente degli elementi valutativi, finiscono per consistere in una vera e propria attività di consulenza²⁵⁹. Tale attività di consulenza, nello specifico, consente al cliente di essere maggiormente edotto non solo sulle condizioni relative al suo rapporto, *in facto* o *in fieri*, con la banca che fornisce le suddette informazioni,

²⁵⁷ Vedi Cap. III, § 6 e cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 58.

²⁵⁸ In particolare, il Titolo VI del t.u.b., in materia di trasparenza e informazione precontrattuale, si applica a favore di qualsiasi «cliente», intendendosi per «cliente»: «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario».

²⁵⁹ Cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., pp. 260-262.

ma anche sulle condizioni offerte sul mercato dalle altre banche concorrenti²⁶⁰. Così facendo, il cliente ha a sua disposizione più «armi» per reagire allo strapotere contrattuale della banca-mutuante.

Dall'altra parte e in stretto rapporto con quanto appena detto, la nuova disciplina frutto degli interventi «concorrenziali», disposti dal legislatore a partire dal «decreto Bersani-*bis*»²⁶¹, ha senz'altro agevolato la rinegoziazione «volontaria» tra la banca e il cliente-mutuatario.

Il cliente, infatti, maggiormente informato delle condizioni offerte dai concorrenti della propria banca grazie agli obblighi informativi summenzionati, potrà optare per la surroga del mutuo al fine di gestire un'eventuale sopravvenienza occorsa e, più nello specifico, un'ipotesi di usura sopravvenuta, verosimilmente dovuta a un aumento delle componenti variabili, imputabili alla banca-mutuante, contenute nel TEG.

Tale possibilità, apparentemente neutra rispetto alla rinegoziazione volontariamente raggiunta dalle parti, è, in realtà, in stretto collegamento con essa. Com'è stato rilevato²⁶², infatti, l'introduzione dell'istituto della «portabilità» ha avuto un effetto «volano» sulle rinegoziazioni delle condizioni dei mutui. Nello specifico, le banche, pur di non correre il rischio di perdere i propri clienti, si sono via via dimostrate sempre più propense a ridiscutere le originarie condizioni del contratto.

Il rapporto causa-effetto tra la surroga dei finanziamenti e la rinegoziazione delle condizioni con l'originario finanziatore è stato riconosciuto finanche dal legislatore, il quale, poco dopo l'introduzione della «portabilità», ha dettato una specifica disciplina²⁶³ in merito alle

²⁶⁰ Sul punto è sufficiente fare riferimento all'articolo 124, comma 1, t.u.b., il quale impone alla banca di fornire «le informazioni necessarie per consentire il confronto tra le diverse offerte sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole». Ulteriori previsioni si rintracciano nell'articolo 124, comma 5, e nell'articolo 120-novies t.u.b.

²⁶¹ Art. 8, decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, conv. in legge 2 aprile 2007, n. 40. Per un'analisi più ampia di tali interventi «concorrenziali» vedi Cap. III, § 2 e cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit.; cfr. anche P. L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 34.

²⁶² Cfr. P. L. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., p. 753.

²⁶³ Articolo 2, comma 450, legge 24 dicembre 2007, n. 244.

rinegoziazioni volontariamente raggiunte tra le parti, prevedendo una serie di semplificazioni formali e l'assenza di qualsivoglia costo a carico del cliente²⁶⁴.

Alla luce del mutato contesto normativo, pertanto, appare evidente che la rinegoziazione consensuale delle condizioni del mutuo rappresenta un rimedio facilmente percorribile per la gestione dell'usura sopravvenuta e, in generale, delle altre sopravvenienze.

Da un lato, si può senz'altro affermare che attualmente esistono tutti i presupposti per fare in modo che la banca si renda disponibile a rinegoziare le condizioni del mutuo. Infatti, la possibilità che il cliente, optando per la «portabilità» del mutuo, trovi sul mercato un'altra banca disposta a gestire una vicenda riconducibile all'usura sopravvenuta e, più in generale, a un'eventuale sopravvenienza può, a sua volta, avere come conseguenza che la banca originaria, pur di non perdere il cliente, si renda disponibile a rinegoziare le condizioni del finanziamento, riportandolo, eventualmente, nell'alveo della soglia anti-usura o reagendo, comunque, all'eventuale sopravvenienza.

Dall'altro lato, inoltre, le condizioni in cui oggi la rinegoziazione può aver luogo consentono più facilmente di raggiungere l'obiettivo della «manutenzione» del contratto. Infatti, la disciplina dettata dal legislatore in materia di rinegoziazione «volontaria» (ossia collegata alla surroga), all'articolo 120-*quater*, comma 5, t.u.b., aumenta sensibilmente le possibilità di successo, essendo previsto, da una parte, che l'accordo risultante dalla rinegoziazione possa essere redatto mediante scrittura privata e, dall'altra, che il cliente non debba essere gravato di alcun onere aggiuntivo per la rinegoziazione.

Ovviamente, è necessario che ricorrano alcune condizioni affinché questo meccanismo possa in concreto favorire la rinegoziazione «volontaria».

In primo luogo, il meccanismo sopra descritto «tiene» se vi è almeno una banca, diversa da quella originaria, alla quale il cliente possa rivolgersi per gestire l'eventuale sopravvenienza.

²⁶⁴ Cfr. Cap. III, § 2.

È evidente, infatti, che, qualora non vi sia la possibilità per il cliente di reperire sul mercato un'altra banca disposta a gestire la sopravvenienza occorsa, quella originaria non ha alcun interesse a ridiscutere le condizioni del mutuo, non prospettandosi il rischio di perdere il cliente.

Pur dovendo tenere conto di ciò, si può, tuttavia, ritenere che, per quanto riguarda la specifica sopravvenienza dell'usura sopravvenuta, vi sia un'alta probabilità per il cliente di trovare sul mercato una banca in grado di offrire condizioni rispettose della disciplina anti-usura. Molto spesso, infatti, l'usura sopravvenuta è originata, come visto²⁶⁵, da una variazione in aumento, imputabile alla banca-mutuante, di alcune delle componenti comprese nel TEG. In tali ipotesi, vi sarà senz'altro sul mercato una banca che, anche a costo di realizzare un minor *surplus*, sarà disposta a conquistare il cliente con condizioni più favorevoli.

In secondo luogo – ed è qui che sorgono i problemi –, la combinazione «portabilità» e «rinegoziazione volontaria», essendo basata su una logica di chiara ispirazione concorrenziale, funziona solo se funzionano correttamente i meccanismi concorrenziali sottostanti. Infatti, qualora le banche, in un modo o nell'altro, evitino di farsi «concorrenza», è evidente che tutto il meccanismo sopra descritto s'incepta e si ritorna al punto di partenza.

Quest'ultimo è un rischio tutt'altro che teorico.

Ed è per questo che, sebbene la rinegoziazione «volontaria» appaia la soluzione preferibile per gestire le sopravvenienze e anche i fenomeni di usura sopravvenuta, occorre pur sempre fare i conti con il fatto che le banche, in assenza di uno specifico obbligo, potrebbero, in concreto, non essere disponibili a rinegoziare le originarie condizioni del mutuo.

²⁶⁵ Cfr. Cap. I, § 2.1.

3.1 (Segue) RIMEDI «MANUTENTIVI»: LE SOLUZIONI CONVENZIONALI

L'impossibilità di fare affidamento sulla rinegoziazione consensuale per far fronte ai fenomeni di usura sopravvenuta impone di considerare altri rimedi «manutentivi».

Come visto *supra* in termini generali²⁶⁶, i rimedi convenzionali per la gestione delle sopravvenienze comprendono una serie di previsioni, negozialmente accettate dalle parti, che consentono l'adeguamento del contratto attraverso meccanismi tra loro molto eterogenei.

In tal senso, tralasciando i casi in cui l'adeguamento è deferito dalle parti a un terzo, è utile distinguere fra clausole che producono un adeguamento automatico del contratto al verificarsi di determinati presupposti individuati *ex ante* e clausole che prevedono, invece, la produzione di un adeguamento solo in seguito ad una nuova e successiva manifestazione di autonomia contrattuale²⁶⁷.

Nella prima categoria rientrano le clausole di adeguamento automatico del contratto. Tali clausole rappresentano un'autonoma forma di gestione *ex ante* del rischio contrattuale da parte dei contraenti. Nello specifico, al verificarsi di uno dei fatti sopravvenuti contemplati a monte in tali clausole, le parti convengono che il regolamento contrattuale si modifichi in modo automatico secondo parametri, più o meno complessi.

In quest'ottica, le clausole di indicizzazione possono rappresentare una soluzione adeguata per la gestione dell'usura sopravvenuta e delle altre sopravvenienze nei contratti di mutuo. Non a caso, risultano molto diffuse nella prassi dell'operazioni di credito.

Nello specifico, spesso le banche inseriscono nei contratti delle clausole di «salvaguardia» nelle quali si prevede che il TEG relativo al singolo

²⁶⁶ Cfr. Cap. II, § 5.2.

²⁶⁷ Sul punto cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 856-859.

contratto s'intende comunque pattuito entro i limiti fissati dalla disciplina anti-usura²⁶⁸. La validità di tali clausole, anche dopo la pronuncia a Sezioni Unite del 2017 in merito all'usura sopravvenuta²⁶⁹, è indubbia²⁷⁰. Infatti, attraverso tali previsioni la banca-mutuante si limita a tutelarsi contro il possibile rischio di un abbassamento dei tassi d'interesse, evitando, dunque, che il tasso, originariamente pattuito sotto-soglia, possa divenire usurario.

Per quanto riguarda, invece, le clausole di rinegoziazione, diversamente dalle clausole di adeguamento – o «salvaguardia» –, è molto difficile che se ne faccia ricorso nei contratti conclusi tra banca e cliente al fine di gestire un'eventuale sopravvenienza o, anche, un'ipotesi di usura sopravvenuta.

La ragione principale è data dalla particolare conformazione del rapporto tra la banca e il cliente; rapporto, come già detto, caratterizzato da una forte asimmetria contrattuale a totale vantaggio dell'operatore professionale. Stando così le cose, è ben difficile ipotizzare che in un contratto di mutuo il cliente riesca a «strappare» alla banca una clausola, anche specifica, di rinegoziazione.

Tuttavia, nonostante questa via sembri apparentemente difficile da percorrere, essa potrebbe rappresentare una soluzione ottimale per gestire il problema dell'usura sopravvenuta e, più in generale, di qualsiasi sopravvenienza che alteri l'originario equilibrio contrattuale.

In questi termini, si potrebbe auspicare che le banche si rendano disponibili a inserire nei contratti con i clienti delle clausole di *hardship*, dirette a gestire non solo ipotesi di usura sopravvenuta, ma anche qualsiasi altra sopravvenienza che potrebbe verificarsi.

Se così dovesse essere, è opportuno che le clausole siano formulate secondo determinate modalità.

²⁶⁸ Cfr. V. SANGIOVANNI, *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio usura*, in *Contratti*, 2016, pp. 463-464.

²⁶⁹ Cass. SS. UU., 19 ottobre 2017, n. 24675; cfr. Cap. I, § 5.

²⁷⁰ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere giuridico*, XII, 2017, p. 1464.

Da una parte, è ovviamente consigliabile che le clausole abbiano contenuto specifico²⁷¹. Le clausole generiche, infatti, finiscono spesso per sollevare controversie in merito all'accertamento dei relativi presupposti applicativi e all'(eventuale) attuazione dei (poco chiari) criteri di revisione dell'accordo originario. Soltanto la previsione specifica delle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto può rappresentare una soluzione adeguata per la gestione delle sopravvenienze.²⁷²

Dall'altra parte, e a prescindere dalle circostanze concrete, risulta decisamente auspicabile la formulazione e la diffusione di clausole «miste» dirette ad assicurare prioritariamente la conservazione del rapporto attraverso l'adeguamento contrattuale e, in subordine, ove l'adeguamento non fosse possibile, lo scioglimento del rapporto. Tale soluzione realizzerebbe un giusto temperamento tra i rimedi «ablativi» e i rimedi «manutentivi», rappresentando una sorta di «terza via convenzionale» di gestione del rischio contrattuale²⁷³.

Tali previsioni «miste» potrebbero rappresentare una soluzione adeguata per la gestione delle sopravvenienze nello specifico ambito dei rapporti di credito. E ciò non solo nell'ottica degli interessi del cliente-mutuatario, ma anche della banca-mutuante. Infatti, di fronte all'intenzione del cliente di sciogliere il rapporto e di rivolgersi a un'altra banca attraverso il meccanismo della surroga del mutuo, la banca originaria potrebbe cercare, in prima battuta, di non perdere il cliente e di rinegoziare le condizioni del mutuo.

Tali previsioni – senz'altro non contrastanti con la disciplina di cui all'articolo 120-*quater* t.u.b. – consentirebbero, in altre parole, di formalizzare e rendere giuridicamente cogente il meccanismo di rinegoziazione

²⁷¹ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.2.2.

²⁷² Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 885.

²⁷³ Cfr. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 882-885.

conseguente alla richiesta di «portabilità del mutuo» da parte del cliente, previsto dallo stesso articolo 120-*quater*, comma 5, t.u.b.

3.2 (Segue) RIMEDI «MANUTENTIVI»: OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE

L'effettività dei rimedi convenzionali sopra descritti rimane condizionata dalla scelta delle parti di inserirli nel regolamento contrattuale. Ecco perché, qualora le parti nulla abbiano previsto, occorre individuare un altro rimedio, sempre di carattere «manutentivo», al quale fare riferimento.

Una parte della dottrina, come visto²⁷⁴, è propensa a ritenere che, anche in mancanza di un'esplicita previsione, esista un obbligo generale di rinegoziare i contratti di durata – o durevoli²⁷⁵ – al verificarsi di sopravvenienze idonee ad alterare l'originario equilibrio contrattuale.

È necessario a questo punto ritornare su quanto detto *supra*²⁷⁶ per capire se, con riguardo ai contratti di mutuo e all'usura sopravvenuta, valgono le medesime conclusioni raggiunte in termini generali²⁷⁷.

Il primo nodo da sciogliere riguarda l'ammissibilità di un obbligo legale di rinegoziare il contratto di mutuo colpito da una sopravvenienza o, nello specifico, da un fenomeno di usura sopravvenuta. Come visto in termini generali, la dottrina ha prospettato due diverse soluzioni interpretative per ricostruire l'esistenza di tale obbligo.

Secondo la prima ricostruzione, l'obbligo di rinegoziare il contratto discenderebbe da una rilettura della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta alla luce delle clausole generali: più nello specifico, o della

²⁷⁴ Cfr. Cap. II, § 5.3.

²⁷⁵ Cfr. Cap. II, § 2.1.

²⁷⁶ Cfr. Cap. II, § 5.3.

²⁷⁷ Sul tema della rinegoziazione nei contratti di mutuo cfr. F. P. TRASCIO, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, ESI, 2003, pp. 368-372. Sull'usura e sull'obbligo di rinegoziazione cfr. A. RICCIO, *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 14-15.

clausola di buona fede, di cui all'articolo 1375 cod. civ., o del criterio dell'equità integrativa, di cui all'articolo 1374 cod. civ.

In base alla seconda chiave di lettura, invece, l'obbligo di rinegoziazione si fonderebbe su un'articolata ricostruzione del sistema di gestione delle sopravvenienze, per come desumibile dalla disciplina – non solo generale ma anche speciale – dettata dal nostro ordinamento in materia contrattuale. Più nello specifico, si ritiene che esistano due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze, fondati rispettivamente sull'articolo 1467 cod. civ. e sull'articolo 1664 cod. civ.

Il primo modello, definito «consensualistico», tenderebbe allo scioglimento del contratto e riguarderebbe esclusivamente quei contratti che realizzano uno scambio istantaneo non caratterizzato dalla reciproca integrazione della sfera patrimoniale e decisionale dei contraenti.

Il secondo, definito «conservativo», al contrario, sebbene sembri dettato esclusivamente con riguardo al contratto di appalto, sarebbe applicabile a tutti i contratti di scambio che realizzano un'integrazione o un reciproco condizionamento tra i contraenti.

In altre parole, l'articolo 1467 cod. civ. avrebbe un'applicazione «particolarizzata», limitata ai soli scambi puntuali e istantanei, mentre l'articolo 1664 cod. civ. troverebbe applicazione «generalizzata», estesa al di là dell'appalto a tutti gli scambi «integrativi».

Premesso ciò, occorre rilevare che la tesi che si basa su una «particolarizzazione» del modello risolutorio e su una «generalizzazione» del modello conservativo non si presta a rappresentare una valida base per l'affermazione di un obbligo legale di rinegoziare il contratto di mutuo in caso di usura sopravvenuta o, in generale, di sopravvenienze.

In primo luogo, suscita perplessità l'idea di limitare – e rendere puntuale – l'applicazione di una disposizione, l'articolo 1467 cod. civ., che è collocata nella disciplina generale del contratto e, al contrario, di generalizzare – ed estendere – l'applicazione di una disposizione, l'articolo 1664 cod. civ.,

che è collocata nella disciplina particolare di un singolo contratto tipico (l'appalto)²⁷⁸.

Tutt'al più, si sarebbe potuta prospettare un'applicazione analogica del modello di gestione dettato in materia di appalto. Sennonché, anche rispetto a tale possibilità, la dottrina ha rilevato²⁷⁹ che la contingenza della norma contenuta nell'articolo 1664 cod. civ. non permette, da sé, di individuare un meccanismo operativo idoneo a costruire un nuovo istituto che disciplini senza limiti il «diritto» ed il correlativo «obbligo» alla rinegoziazione²⁸⁰.

In secondo luogo, anche ammettendo che il modello di cui all'articolo 1664 cod. civ. riguardi tutti gli scambi «integrativi», sorge comunque il dubbio di poter ricomprendere all'interno di tale categoria anche i contratti di mutuo e, in generale, di credito. In effetti, come rilevato *supra*²⁸¹, sebbene tra la banca-mutante e il cliente-mutuatario s'instauri un rapporto in base al quale la prima non può pretendere l'immediata restituzione della somma mutuata e il secondo è soggetto a un obbligo restitutorio di rilevante incidenza, non si può sostenere che, per effetto del contratto di mutuo, si realizzi un'integrazione o un reciproco condizionamento tra le parti, sulla scia di altri contratti come l'appalto, la somministrazione, o l'*outsourcing*.

In base a tali considerazioni, è, dunque, più opportuno valutare la bontà della tesi che individua l'obbligo di rinegoziare il contratto di mutuo nella rilettura dell'articolo 1467 cod. civ. alla luce o del principio di buona fede o del criterio dell'equità integrativa.

In quest'ottica, la norma più adatta a fondare un obbligo legale di rinegoziazione è senz'altro l'articolo 1375 cod. civ., il quale sancisce il dovere

²⁷⁸ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., pp. 62-63.

²⁷⁹ Cfr. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 775 ss., nello specifico p. 781.

²⁸⁰ Nello stesso ordine di idee cfr. R. TOMMASINI, voce «Revisione del rapporto (diritto privato)», *Enciclopedia del diritto*, XL, Giuffrè, 1989, p. 104 ss., nello specifico pp. 123-124.

²⁸¹ Cfr. Cap. II, § 2.1 e in questo Cap. il § 2.

di buona fede e correttezza contrattuale²⁸². La buona fede, infatti, deve essere intesa non solo come clausola generale deputata a regolare le fasi di conclusione, interpretazione ed esecuzione del contratto, ma anche come fonte d'integrazione del regolamento contrattuale, in quanto richiamata dall'articolo 1374 cod. civ., *sub specie legis*²⁸³.

In questi termini, il dovere di correttezza si pone come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva attribuita contrattualmente. Essa concorre «*alla conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (articolo 2, Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (articolo 1374, cod. civ.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (articolo 1366, cod. civ.) e l'esecuzione (articolo 1375, cod. civ.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio*»²⁸⁴.

In tal senso, secondo la dottrina più autorevole²⁸⁵, la buona fede contrattuale è idonea a introdurre nel regolamento doveri e, più nello specifico, regole di condotta che le parti avevano omesso di considerare, ma che risultano indispensabili al fine di raggiungere lo specifico assetto di interessi voluto²⁸⁶.

²⁸² Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 546.

²⁸³ Cfr. G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723.

²⁸⁴ La citazione è tratta da Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, nota come «sentenza Fiuggi».

²⁸⁵ Cfr. C. M. BIANCA, *Il contratto*, in ID., *Diritto civile*, 3, Giuffrè, 2000, p. 501, il quale afferma che il principio di buona fede ha valore di ordine pubblico e, in quanto tale, costituisce fonte primaria di integrazione contrattuale addirittura prevalente rispetto alle determinazioni (contrastanti) delle parti. Così anche P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 547.

²⁸⁶ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 550.

Essendo questa la funzione della buona fede contrattuale, si può facilmente ritenere, soprattutto in considerazione della particolare natura dei contratti destinati a protrarsi nel tempo – come per l'appunto il contratto di mutuo –, che essa possa essere fonte dell'obbligo di rinegoziare il regolamento contrattuale al verificarsi di sopravvenienze giuridicamente rilevanti. L'inclusione di un siffatto obbligo nei contratti di durata – o durevoli – non è in contrasto con l'autonomia contrattuale, ma è anzi massimamente rispettosa della stessa, in quanto, conformemente alle esigenze sottese ai contratti destinati a protrarsi nel tempo, consente la realizzazione dell'interesse riposto dalle parti nel contratto stesso²⁸⁷.

Chiarito, dunque, che è la clausola di buona fede a fondare l'obbligo legale di rinegoziazione, occorre comunque spendere alcune parole sul riferimento, da alcuni fatto, al criterio dell'equità integrativa, di cui all'articolo 1374 cod. civ.

Nello specifico, una parte della dottrina²⁸⁸ ritiene che la fonte del citato obbligo vada rintracciata nell'articolo 1374 cod. civ., e non nell'articolo 1375 cod. civ., in quanto il richiamo all'equità, quale fonte d'integrazione del contratto, sarebbe idoneo a introdurre nei contratti di durata un'implicita clausola di «revisione» in grado di aggiornare il regolamento ogniqualvolta le originarie previsioni risultino, per fatti sopravvenuti, obsolete e non più funzionali.

Tuttavia, va rilevato che l'equità, nell'ottica dell'integrazione suppletiva di cui all'articolo 1374 cod. civ., rappresenta un criterio residuale che opera solo in difetto di una previsione contrattuale o legislativa. Pertanto, richiamare l'equità come fonte dell'obbligo di rinegoziazione significa, da una parte, negare il suo carattere residuale e, dall'altra, sminuire il ruolo della clausola generale di buona fede, di cui all'articolo 1375 cod. civ., che, al

²⁸⁷ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., pp. 552-553.

²⁸⁸ R. SACCO, *Il contratto*, II, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, UTET, 2004, III, pp. 722-723.

contrario del criterio dell'equità, è fonte legittima di obblighi per le parti in quanto richiamata, *sub specie legis*, dall'articolo 1374 cod. civ. stesso²⁸⁹.

Tale impostazione è coerente con le conclusioni raggiunte dalla dottrina prevalente²⁹⁰, la quale esclude che l'equità possa valere come clausola generale ed essere, in quanto tale, autonoma fonte di obblighi e diritti.

Pur dovendosi escludere che l'equità sia idonea da sola a fondare l'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato, essa conserva un'importanza centrale in rapporto con la buona fede. Più nello specifico, sia la buona fede sia l'equità mirano a garantire l'esecuzione del contratto secondo l'originario programma, ancorché siano diverse le aree di incidenza. La buona fede serve per reprimere eventuali abusi contrattuali e costituisce il presupposto per poter riequilibrare il contratto secondo equità; tuttavia, non è essa stessa autonomo strumento di giudizio equitativo²⁹¹.

In conclusione, dunque, la buona fede opera in funzione correttiva *ex post*, pur non potendosi escludere che il giudice, eventualmente adito da una delle parti, possa fare ricorso al criterio equitativo per stabilire ciò che è secondo buona fede e ciò che è contrario a buona fede; nel far ciò, infatti, egli deve tenere conto delle regole del costume, che possono essere molto più elastiche e lontane del suo personale concetto di correttezza. L'applicazione della clausola generale di buona fede non è, se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge; è, più propriamente, diritto giurisprudenziale: applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge²⁹².

Specificato il fondamentale ruolo della clausola di buona fede nella configurazione dell'obbligo di rinegoziazione, occorre, tuttavia, chiarire come tale obbligo possa convivere con la disciplina dettata dall'articolo 1467 cod.

²⁸⁹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 69.

²⁹⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, p. 214.

²⁹¹ Cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 92.

²⁹² Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, CEDAM, 2004, p. 631.

civ., la quale è senza dubbio applicabile anche ai contratti di mutuo²⁹³. Nello specifico, sono state prospettate diverse tesi.

Secondo alcuni, la soluzione andrebbe rintracciata nella natura delle norme in esame. In particolare, si ritiene che la norma di cui all'articolo 1375 cod. civ. sia inderogabile, mentre quella di cui all'articolo 1467 cod. civ. sia, al contrario, dispositiva. Pertanto, si sostiene che il sistema di gestione delle sopravvenienze di cui all'articolo 1467 cod. civ., essendo derogabile per volontà delle parti, possa, a maggior ragione, essere derogato dalla legge e, nello specifico, da una previsione imperativa, come, per l'appunto, il dovere di buona fede contrattuale²⁹⁴.

Altri, al contrario, hanno sostenuto che, in base all'articolo 1366 cod. civ., nei contratti destinati a protrarsi nel tempo sarebbe implicitamente sottesa una clausola contenente l'obbligo di rinegoziare il contratto. In altre parole, si afferma che le parti, pur non avendo dettato un'esplicita previsione in tal senso, scegliendo di concludere un contratto destinato a protrarsi nel tempo, abbiano implicitamente accettato di dover rinegoziare, qualora sopravvengano fatti idonei ad alterare l'assetto originario²⁹⁵. In tal senso, si ritiene che tale sistema di gestione delle sopravvenienze, in quanto contrattualmente previsto – ancorché in modo implicito –, prevalga su quello imposto dall'articolo 1467 cod. civ.

Quest'ultima tesi, sebbene per alcuni si scontri con l'insormontabile carattere sussidiario del criterio interpretativo secondo buona fede, il quale, in quanto tale, non sarebbe in grado di creare previsioni non espressamente convenute dalle parti²⁹⁶, sembra particolarmente idonea a fondare un obbligo di rinegoziazione dei contratti di mutuo. Infatti, l'interpretazione del contratto secondo buona fede, in considerazione della particolare natura dell'affare e

²⁹³ Cfr. in questo Capitolo, § 2.

²⁹⁴ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., pp. 553-554.

²⁹⁵ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., pp. 554-555.

²⁹⁶ Così vedi P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., pp. 555-556.

delle esigenze solitamente sottese ai contratti di mutuo, può rappresentare una valida base per supportare il configurarsi di un obbligo *ex bona fide* – e, dunque, *ex lege* – di rinegoziazione²⁹⁷. E, riconosciuta la sussistenza di un simile obbligo, sempre la clausola di buona fede potrebbe porsi quale strumento sostanziale di adeguamento giudiziale del contenuto del contratto, qualora la strada della rinegoziazione fallisca²⁹⁸.

3.2.1 (Segue) OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIARE: UNA CONFERMA NELLA DISCIPLINA DEL CREDITO IMMOBILIARE

Una conferma del ruolo della buona fede contrattuale nell'affermazione di un obbligo *ex lege* di rinegoziare i contratti di mutuo e, in generale, di credito si trova nella recente disciplina di derivazione europea in materia di credito immobiliare ai consumatori.

La Direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 «in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010», sebbene non riguardi precipuamente le sopravvenienze nei contratti di mutuo né, tantomeno, la specifica vicenda dell'usura sopravvenuta, offre interessanti indicazioni che supportano l'affermazione di un obbligo di rinegoziare il contratto di mutuo²⁹⁹.

Anzitutto, la direttiva individua le situazioni di criticità nel settore dei mutui ipotecari per l'acquisto dell'abitazione; situazioni che accentuano la condizione di debolezza del cliente-mutuatario e alle quali la dir. 2014/17/UE cerca di porvi rimedio attraverso due tipi di interventi.

²⁹⁷ Secondo F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 443, nota 16 «È (...) contraddittorio degradare l'interpretazione secondo buona fede a criterio meramente sussidiario rispetto all'interpretazione soggettiva».

²⁹⁸ Cfr. *infra* in questo Capitolo, § 4.

²⁹⁹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., pp. 71-72.

Da una parte, il legislatore unionale ha imposto sugli operatori professionali una serie di obblighi di comportamento³⁰⁰ che mirano a riequilibrare la posizione di strutturale debolezza del cliente-mutuatario. Sotto questo profilo, è importante la circostanza che il legislatore comunitario abbia inteso isolare la materia dei mutui contratti per finalità abitative all'interno del *genus* dei finanziamenti bancari. Una simile scelta presuppone la considerazione della specifica debolezza in cui versa il mutuatario/consumatore; debolezza dovuta, da un lato, alla natura del bisogno sotteso al contratto e, dall'altro, alle dimensioni dell'impegno finanziario³⁰¹.

Dall'altra parte, la direttiva detta una serie di previsioni in materia di gestione delle sopravvenienze che sembrano confermare il *favor* per i rimedi «manutentivi».

Infatti, l'articolo 25 della direttiva, rubricato «Estinzione anticipata», impone agli Stati membri di garantire ai clienti il diritto di rimborsare il proprio credito prima della scadenza del contratto. Tale disposizione – come sottolineato dalla relazione di proposta alla direttiva – è stata dettata nell'ottica di un aumento della concorrenza nel settore; tuttavia, essa riveste un'importanza centrale anche nell'ottica di una possibile rinegoziazione delle condizioni del mutuo al verificarsi di una sopravvenienza. Com'è stato rilevato³⁰², infatti, «*il mutuatario, invero, con la minaccia dell'estinzione anticipata finalizzata alla sostituzione del finanziatore, potrebbe indurre l'operatore a rinegoziare condizioni più favorevoli; almeno in via di fatto, dunque, ne risulterebbe rafforzato il meccanismo della rinegoziazione*».

Nella medesima prospettiva «manutentiva» si pongono il 9° e il 27° Considerando della citata direttiva.

³⁰⁰ Nello specifico, articolo 7: l'obbligo di agire «in maniera onesta, equa trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori»; articolo 10: l'obbligo di adottare forme di pubblicità e di marketing corrette, chiare e non ingannevoli; articolo 18: l'obbligo di valutare il merito creditizio; articoli 14 e 15: l'obbligo di informativa precontrattuale; articolo 16: obbligo di fornire spiegazioni adeguate al cliente.

³⁰¹ Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 73.

³⁰² Cfr. M. SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, cit., p. 74.

Sulla base del 9° Considerando, «gli Stati membri possono mantenere o introdurre norme nazionali relative (...) alle questioni post-contrattuali»; il 27° Considerando, invece, segnala l'opportunità di incoraggiare i creditori «ad affrontare in maniera proattiva il rischio del credito emergente in una fase precoce», nonché la necessità di disporre «le misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione prima di dare avvio a procedure di pignoramento» e di trovare, ove possibile, «soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento».

È evidente il *favor* che emerge da tali disposizioni per la «manutenzione» del rapporto nel caso di sopravvenienze e finanche in presenza di ipotesi di inadempimento.

Tuttavia, si deve segnalare che tale *favor* risultava in modo ancora più evidente dal testo originario della proposta di direttiva, il quale, al Considerando 27°, prevedeva che il finanziatore avrebbe dovuto «contattare il consumatore per discutere le varie alternative disponibili per evitare la possibilità di inadempimento, come la ristrutturazione delle scadenze del debito» e che non avrebbe dovuto ipotizzare «il ritiro del credito senza aver prima studiato con il consumatore tutte le possibili alternative per evitare l'inadempimento». Si trattava, in buona sostanza, di un esplicito riconoscimento del rimedio della rinegoziazione.

La dir. 2014/17/UE è stata attuata nel nostro ordinamento con il decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72, il quale ha introdotto nel Titolo VI del t.u.b. il capo I-*bis*, composto dagli articoli 120-*quinquies* – 120-*noviesdecies*.

Sulla base delle citate disposizioni della direttiva e, in particolare, del 9° Considerando, il legislatore italiano ha dettato all'articolo 120-*quinquiesdecies*, comma 1, t.u.b. una disciplina peculiare che impone al finanziatore di adottare «procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti», tenendo conto «degli obblighi informativi e di

correttezza del finanziatore e dei casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore».

La flessibilità imposta al finanziatore nella gestione delle sopravvenienze e l'inedita rilevanza data finanche alla situazione di debolezza economica o di bisogno del cliente portano a ritenere che il legislatore italiano, nel disciplinare tali procedure di «gestione», abbia avuto in mente, *in primis*, l'esperimento di rimedi «manutentivi», comprensivi – anche alla luce del testo originario della proposta di direttiva – di un vero e proprio obbligo della banca di rinegoziare le condizioni del mutuo³⁰³.

4. REVISIONE GIUDIZIALE DEL CONTRATTO

Esaminati i possibili rimedi «manutentivi» che consentono l'adeguamento del contratto, o per via convenzionale o per via legale, occorre chiedersi quali rimedi siano ulteriormente esperibili dalla parte interessata alla conservazione del vincolo contrattuale nel caso in cui, per un fatto imputabile – o meno – a una delle parti, non si pervenga all'adeguamento del contratto.

In questi casi, non vi sono dubbi che le soluzioni per la parte non inadempiente siano, anzitutto, quelle consuete: risoluzione dell'intero contratto ed eventuale risarcimento del danno³⁰⁴.

Tuttavia, è stato rilevato³⁰⁵ che limitare la tutela alla sola risoluzione del contratto significherebbe ritornare a quel risultato, ossia la «distruzione» del rapporto contrattuale, che l'obbligo, legale o convenzionale, di rinegoziazione mirava a evitare. Ecco perché taluni sostengono³⁰⁶ che debba ritenersi ammissibile un intervento eteronomo del giudice di integrazione del contratto.

³⁰³ In quest'ordine di idee anche R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., pp. 539-540.

³⁰⁴ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 561.

³⁰⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047.

³⁰⁶ Cfr. P. GALLO, *Rinegoziazione e revisione del contratto*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, 2011, VI, pp. 804-821; per la stessa tesi cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 286; V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e*

I dubbi che ruotano intorno a tale tesi sono molti. Non a caso, parte della dottrina ha ritenuto che ammettere un generale potere d'intervento del giudice sarebbe incompatibile con il duplice rilievo secondo cui nel nostro ordinamento il contratto è atto costruito sostanzialmente dalle parti e l'autonomia privata ha una sua sfera di intangibilità quasi sacrale³⁰⁷. Nello specifico, essendo l'intervento integrativo del giudice strumento residuale e suppletivo, si ritiene che, da una parte, non sia possibile per il giudice «correggere» o «sostituire» la volontà delle parti in senso equitativo e, dall'altra, che ogni suo intervento debba ritenersi limitato a quei soli casi eccezionali tassativamente previsti dalla legge³⁰⁸.

Questi argomenti, sebbene formalmente corretti, non tengono conto della specificità dei problemi sollevati, di volta in volta, dalle sopravvenienze. Per tale ragione, ferma l'impossibilità di un discorso di ordine generale, è necessario limitare le riflessioni alla specifica vicenda dell'usura sopravvenuta e, dunque, alle sopravvenienze (ovviamente non imputabili alle parti) nei contratti di mutuo.

In termini generali, infatti, le riflessioni sopra riportate in merito a una tendenziale preclusione alla revisione giudiziale del contratto sono da condividere. Il giudice, infatti, anche nel caso in cui si verificano delle sopravvenienze e sorga il problema di adeguare l'originario regolamento, non può mai diventare la «terza parte del contratto». L'intervento del giudice nei casi, per l'appunto, eccezionali in cui è consentito dall'ordinamento è comunque segnato dai rigidi presupposti della fattispecie³⁰⁹.

Tuttavia, pur essendo vero quanto appena detto, va rilevato che, nel caso di sopravvenienze che colpiscono il contratto di mutuo e, più nello

conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., pp. 256 ss.; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Giuffrè, 1992, p. 316.

³⁰⁷ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 567.

³⁰⁸ Cfr. G. SICCHIERO, voce «*La rinegoziazione*», in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, II, 2006, pp. 1200 e ss.; cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit., p. 597.

³⁰⁹ Cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., pp. 424-425.

specifico, dell'usura sopravvenuta, non sorgono particolari problemi teorici e applicativi nel consentire un intervento di revisione del contratto.

In primo luogo e in termini generali³¹⁰, trovando l'istituto della revisione giudiziale fondamento nell'equivalenza soggettiva e non oggettiva delle prestazioni (ossia per come intesa dalle parti), non sorgono problemi relativi al ruolo istituzionale del giudice e alla possibile interferenza nei confronti dell'autonomia privata³¹¹.

In altri termini, una possibile revisione giudiziale dei contratti di mutuo colpiti da usura sopravvenuta non determinerebbe alcuna ingerenza nella sfera di autonomia lasciata alle parti, ma, viceversa, sarebbe fondamentale al fine di rispettare l'originaria volontà delle stesse. Nello specifico, infatti, non si tratta cioè di un problema di giustizia contrattuale, ma di mantenimento dei rapporti di equivalenza fissati dalle parti.

In secondo luogo, persino chi nega una generale ammissibilità della revisione giudiziale del contratto in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione ritiene che non sia, tuttavia, da escludere che, in casi particolari, il giudice possa procedere a un'integrazione del contratto colpito da una sopravvenienza³¹². Nello specifico, tale intervento integrativo dovrebbe ritenersi ammissibile in tutti i casi in cui è possibile fare riferimento a parametri precisi ai quali già le parti devono attenersi nel rinegoziare il regolamento contrattuale. In tali casi, infatti, la rinegoziazione sarebbe un mero strumento applicativo per l'adeguamento del contratto e, pertanto, oggetto dell'obbligo sarebbe proprio l'adeguamento e non la semplice rinegoziazione.

³¹⁰Sul punto è stata la dottrina tedesca ad aprire la strada alle riflessioni della dottrina italiana sul punto. Cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Berlin, 1963; L. FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992; In Italia cfr G. OPPO, *Lo "squilibrio" tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 533; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 21.

³¹¹ Cfr. P. GALLO, *Rinegoziazione e revisione del contratto*, cit.

³¹² Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 567

In altri termini, l'intervento eteronomo del giudice avrebbe, in tali casi, una funzione meramente ricognitiva che non surroga (creativamente) l'autonomia privata, ma si limita a svilupparne i contenuti sulla base di linee ricostruttive sufficientemente determinate³¹³.

In caso di usura sopravvenuta, è evidente che l'eventuale revisione giudiziale si atteggierebbe esattamente in questi termini. Il giudice, infatti, può contare su indici sufficientemente determinati per riportare il contratto di mutuo entro la soglia della disciplina anti-usura e il suo intervento, pertanto, non andrebbe a violare in alcun modo la sfera di autonomia privata delle parti.

Un ulteriore argomento a conferma di tale conclusione si trova nella teoria dell'abuso del diritto³¹⁴. È, infatti, pacifico in giurisprudenza che il giudice, per il tramite dell'articolo 1375 cod. civ., possa controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi; e ciò anche al fine di reprimere eventuali abusi³¹⁵. Secondo tale orientamento, nello specifico, non basta che un diritto sia legittimamente attribuito *ex contractu* per ritenere legittima ogni modalità di esercizio del diritto stesso. In alcune circostanze, infatti, potrebbero imporsi modalità di esercizio diverse da quelle contrattualmente previste al fine di non mortificare in modo eccessivamente ingiustificato gli interessi della controparte. In quest'ottica, il giudice, nello svolgere la fondamentale attività ermeneutica di cui agli articoli 1362 e seguenti cod. civ., potrebbe, soprattutto per il tramite dell'articolo 1366 cod. civ., nei fatti, integrare o modificare il regolamento contrattuale al fine di reprimere eventuali abusi di diritto.

Alla luce di ciò, risulta evidente che, nel caso in cui la banca rifiuti in modo ingiustificato di rinegoziare le condizioni del mutuo colpito da usura sopravvenuta, il giudice, nell'esercizio della delicata funzione sopra citata,

³¹³ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 568.

³¹⁴ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.

³¹⁵ Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

potrebbe – ovviamente se richiesto dal cliente – reprimere l’abuso della banca e procedere a una revisione giudiziale dello statuto negoziale.

In altre parole, la repressione dell’abuso con la buona fede sarebbe il presupposto logico e giuridico per riequilibrare il contratto³¹⁶. E nel caso dell’usura sopravvenuta non vi sarebbe neppure la necessità di fare riferimento ai criteri equitativi solitamente richiamati, stante la facilità di individuare parametri determinati in base ai quali riequilibrare il regolamento contrattuale.

La conclusione raggiunta vale senz’altro per l’ipotesi di usura sopravvenuta. Più dubbi, invece, sorgono nel caso delle altre sopravvenienze che possono colpire il contratto di mutuo. In tali altri casi, infatti, si ripresenta l’insormontabile problema di individuare i parametri in base ai quali il giudice possa intervenire sul regolamento contrattuale, senza che ciò, tuttavia, si traduca in una sovrapposizione della valutazione del giudice stesso a quella delle parti e, quindi, in una violazione dell’autonomia contrattuale privata.

Come già detto, non è possibile dare una risposta in termini generali al problema, essendo necessario valutare caso per caso se esistono parametri sufficientemente obiettivi ai quali il giudice possa fare riferimento.

Sul punto, tuttavia, occorre rilevare che, secondo un’autorevole dottrina³¹⁷, non si potrebbe affermare l’ammissibilità di un intervento giudiziale che si rifaccia ai valori di mercato – unico riferimento che potrebbe apparire sufficientemente obiettivo per evitare una valutazione meramente soggettiva –, in quanto ciò postulerebbe che ogni contratto debba necessariamente corrispondere a quei valori e, del pari, negherebbe rilievo alla contrattazione privata e all’equilibrio che, all’esito di tale contrattazione, è stato raggiunto e accettato dalle parti.

A tale orientamento si può, però, facilmente muovere un’obiezione. Di regola, infatti, è innegabile che l’autonomia delle parti e le scelte raggiunte

³¹⁶ Cfr. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 565; cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 86 e ss.

³¹⁷ Cfr. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 808.

all'esito delle trattative e della contrattazione sarebbero mortificate qualora si consentisse di sindacare l'equilibrio delle prestazioni sulla base dei corrispondenti valori di mercato. Tuttavia, tale conclusione è valida solo se e in quanto sia possibile rintracciare una vera e propria fase di contrattazione e di trattativa.

Nei contratti bancari, infatti, diversamente da altri ambiti, il cliente non ha alcuna possibilità di incidere sulle condizioni offerte dalla banca. La scelta è, dunque, secca: prendere o lasciare. Ne deriva che, in tali contratti, non è possibile parlare di equilibrio delle prestazioni per come risultante da una specifica contrattazione. È facile, pertanto, ritenere che il giudice, utilizzando i parametri risultanti dalle condizioni generalmente praticate sul mercato dei mutui dalle altre banche o – perché no? – anche dalla stessa banca nei confronti di altri clienti, possa intervenire sul regolamento contrattuale per ristabilire l'«equilibrio».

In conclusione, dunque, non sembrano esistere grossi ostacoli, di ordine teorico o pratico-applicativo, ad ammettere una revisione giudiziale dei contratti di mutuo in caso di sopravvenienze. Ciò vale senza dubbio per l'usura sopravvenuta. Ma lo stesso, come visto, può ritenersi valido anche nel caso di altre sopravvenienze, pur dovendosi valutare, caso per caso, la concreta possibilità di un intervento eteronomo del giudice.

5. I LIMITI DELL'IMPOSTAZIONE DELLE SEZIONI UNITE SULL'USURA SOPRAVVENUTA: CONCLUSIONI

In conclusione della presente indagine, occorre tornare al punto di partenza.

La Cassazione, con una sentenza a Sezioni Unite³¹⁸, sembrava aver posto una pietra tombale sulla vicenda dell'usura sopravvenuta. Gli

³¹⁸ Cass., SS. UU., 17 ottobre 2017, n. 24675.

interpreti³¹⁹, tuttavia, non hanno tardato a rilevare l'inadeguatezza della soluzione offerta, soprattutto in termini di tutela del cliente-mutuatario. Il che ha portato a interrogarsi sulle possibili soluzioni alternative alla tesi negazionista fatta propria dalla Suprema Corte.

Sul punto, l'analisi condotta nel presente lavoro ha confermato che non esistono particolari difficoltà teoriche a ricomprendere la vicenda dell'usura sopravvenuta all'interno del *genus* delle sopravvenienze che possono colpire i contratti di credito³²⁰.

L'usura sopravvenuta, infatti, presenta tutte le caratteristiche di una sopravvenienza giuridicamente rilevante e, come tale, impone di individuare i rimedi adeguati che possono darsi alla luce della disciplina generale dettata dal nostro ordinamento.

L'inclusione – per quanto criticata da alcuni interpreti³²¹ – dell'usura sopravvenuta tra le sopravvenienze che possono interessare i contratti bancari consente, come visto *supra*, di analizzare i possibili rimedi senza imbattersi in quelle sovrastrutture teoriche che hanno condizionato la dottrina immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, prima, e della legge 28 febbraio 2001, n. 24 d'interpretazione autentica, poi³²².

Dall'analisi dei rimedi generali, pertanto, è emerso che, alla luce delle caratteristiche specifiche dei contratti di mutuo, siano da preferire i rimedi «manutentivi» che consentono la conservazione del rapporto e, quindi, la realizzazione degli interessi riposti nel contratto, specialmente dal cliente-mutuatario.

³¹⁹ Per una disamina delle posizioni in dottrina cfr. L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *Contratti*, 2017, pp. 640 ss.

³²⁰ Cfr. *amplius* Cap. II.

³²¹ Cfr. G. D'AMICO, *Usurarietà sopravvenuta: un problema ancora (parzialmente) aperto*, in www.giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/approfondimenti/usurarieta-sopravvenuta-un-problema-ancora-parzialmente, 2017.

³²² Per un esame d'insieme alle varie posizioni si rimanda nuovamente a F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le sezioni unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*, cit.; cfr. anche G. SALVI, *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, pp. 517 e ss. Cfr. sul punto anche Cap. I, §§ 3 e ss.

Tuttavia, a prescindere dal fatto che si condividano o meno le conclusioni (anche teoriche) raggiunte all'esito della presente indagine, è evidente che l'impostazione, apparentemente negazionista, fatta propria dalle Sezioni Unite presenta dei limiti argomentativi non di poco conto.

Anzitutto e indipendentemente dalle singole critiche che possono muoversi, occorre rilevare che la sentenza in questione – da alcuni definita addirittura «*lasca*»³²³ – è interamente costruita su un impianto di affermazioni, poi contraddette da conseguenti eccezioni, che rendono tale pronuncia inidonea a risolvere in modo definitivo il problema³²⁴. Usando una metafora, molto di quello che la Suprema Corte tenta di «cacciare» dalla porta ritorna, in un modo o nell'altro, dalla finestra. Pertanto, diversamente da quanto ritenuto da alcuni³²⁵, questa sentenza non rappresenta un «*de profundis*» alla vicenda dell'usura sopravvenuta. E ciò anche in considerazione del fatto che l'oggetto di tale decisione, riguardando i contratti di credito a tasso fisso stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n.108, risulta sensibilmente limitato rispetto alle possibili sfaccettature che l'usura sopravvenuta può assumere.

Da ciò deriva la necessità, evidenziata all'inizio del presente lavoro, di «*percorrere vie alternative*» rispetto alla strada apparentemente tracciata dalle Sezioni Unite³²⁶.

Per inquadrare al meglio il discorso, occorre richiamare e ripercorrere l'*iter* logico seguito dalla Suprema Corte.

Volendo sintetizzare³²⁷, l'intero impianto argomentativo della Cassazione si fonda sul seguente sillogismo:

- i. la legge 7 marzo 1996, n. 108, all'articolo 2, individua il limite oltre il quale gli interessi risultano usurari;

³²³ Così si esprime S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1487.

³²⁴ Cfr. G. D'AMICO, *Usurarietà sopravvenuta: un problema ancora (parzialmente) aperto*, cit.

³²⁵ Su tutti cfr. F. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1495 e ss.

³²⁶ Cfr. Cap. I, § 6.

³²⁷ Per più ampi riferimenti cfr. Cap. I, § 5.

tuttavia,

- ii. la nozione di «usura» recepita dal citato articolo 2 deriva *per relationem* dalla fattispecie criminosa dell'articolo 644 cod. pen.;

pertanto,

- iii. considerata la norma d'interpretazione autentica di cui all'articolo 1, legge 28 febbraio 2001, n. 24, ne deriva che, potendosi l'usura configurare solo al momento della «promessa» e non della «dazione» degli interessi, l'usura sopravvenuta è un fenomeno che, giuridicamente parlando, non esiste e non ha rilevanza³²⁸.

La Cassazione, dunque, ritiene che l'usura sia fenomeno unico che ha, pertanto, rilevanza unitaria sia in ambito penale sia in ambito civile. Ne deriva, secondo la Corte, che non c'è spazio per l'usura, nemmeno *sub specie* sopravvenuta, al di fuori dell'articolo 644 cod. pen. – interpretato alla luce della norma d'interpretazione autentica – e, quindi, dell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. Gli interessi originariamente pattuiti nel rispetto della disciplina anti-usura, ma divenuti in seguito usurari, sono, pertanto, perfettamente validi, al pari della relativa clausola del contratto.

Inoltre – dicono le Sezioni Unite –, se alla luce di quanto detto la clausola relativa agli interessi divenuti usurari è valida, la pretesa di tali interessi, in sé considerata, non può costituire una violazione del canone di buona fede. Tali interessi risultano, quindi, perfettamente esigibili.

Molte le critiche che possono muoversi a tale impostazione, ma su un punto – come è stato osservato³²⁹ – la Cassazione coglie nel segno, ossia quando afferma che soltanto l'usura originaria esprime un disvalore da sanzionare, sia penalmente sia civilmente. Non a caso, infatti, l'usura è legata alla repressione di una condotta estorsiva e predatoria.

³²⁸ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., pp. 1488-1489.

³²⁹ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1490.

Tuttavia, da ciò non si può trarre l'ulteriore conclusione – come, invece, fanno le Sezioni Unite – che un tasso d'interesse divenuto nel frattempo usurario e, quindi, antiggiuridico sia comunque esigibile.

Il fatto che il tasso – e, quindi, la clausola contrattuale – fosse originariamente valido non ha e non può avere, infatti, la forza di rendere immune la misura degli interessi per tutta la durata del rapporto; e ciò soprattutto qualora tale misura risulti in seguito sproporzionata sia in base alle norme vigenti sia riguardo ai tassi medi praticati nel mercato del credito³³⁰.

Il problema di tale impostazione è dato dai presupposti logico-giuridici dai quali le Sezioni Unite partono per sostenere l'irrilevanza dell'usura sopravvenuta.

Le conclusioni alle quali è pervenuta la Suprema Corte si fondano, infatti, da una parte, su una perfetta sovrapposizione dell'ambito di rilevanza penale e dell'ambito di rilevanza civile dell'usura; e, dall'altra, sull'idea che l'usura debba necessariamente configurarsi come un illecito – penale e, quindi, civile – da reprimere.

Sul punto, tuttavia, si può facilmente obiettare che le Sezioni Unite sembrano ignorare che un fenomeno, ancorché astrattamente idoneo a rilevare sia penalmente che civilmente, possa avere rilevanza esclusivamente sul piano civile.

In secondo luogo, la Cassazione, nell'affrontare la questione dell'usura sopravvenuta, argomenta sulla base di un'indebita commistione tra «illiceità» e «antigiuridicità». Occorre rilevare, infatti, che non è detto che «antigiuridico» sia solo ciò che è «illecito»; può darsi che un fatto, pur non costituendo un «illecito», sia comunque «antigiuridico» e, dunque, necessiti di un rimedio. In altre parole, i due termini stanno in un rapporto di *genus*, l'«antigiuridicità», a *species*, l'«illiceità»; rapporto, però, che, a prima vista, sembra sfuggire alla Suprema Corte.

³³⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID. (a cura di), *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, 2003, p. 432.

Lo si è detto fin dal primo capitolo³³¹, nel caso dell'usura sopravvenuta, diversamente dall'usura originaria (ossia dell'usura penalmente rilevante), non essendo in discussione la (il)liceità degli interessi pattuiti, originariamente non usurari, non si tratta di dover sanzionare, neppure solo sul piano civilistico, una previsione illecita – in quanto contraria a una norma imperativa –, bensì di riportare il contratto entro i binari legali in un modo comunque rispettoso della volontà delle parti. In altri termini, qualora si verifichi un caso, *lato sensu*, di usura sopravvenuta, si tratta di individuare i rimedi, e non le sanzioni, che permettano alle parti di riportare il contratto nell'alveo della normalità.

E di ciò fu consapevole anche la Corte Costituzionale³³², che, all'indomani dell'entrata in vigore della norma d'interpretazione autentica, pur riconoscendo che la sola usura rilevante come illecito, civile e penale, sia quella originaria, ha statuito che nel caso di usurarietà sopravvenuta degli interessi restano salvi gli «*ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali*».

È proprio nel richiamo che le Sezioni Unite fanno alla pronuncia della Consulta, ritenuta «*indubbiamente esatta*», che il già fragile impianto argomentativo dimostra la sua piena fallacia. Così facendo, infatti, si genera un vero e proprio cortocircuito logico, perché ritenere praticabili i rimedi previsti dalla disciplina generale a tutela del cliente-mutuatario significa ammettere che gli interessi divenuti sopra-soglia siano antigiuridici e che, pertanto, l'usura sopravvenuta, ritenuta inesistente dalla Cassazione, al contrario, rilevi pienamente³³³.

La ragione di tale cortocircuito logico si deve, verosimilmente, al fatto che le Sezioni Unite abbiano frainteso il *diktat* della Corte Costituzionale. Nella citata pronuncia del 2002, infatti, la Consulta, investita di una questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 1 della legge 28 febbraio 2001,

³³¹ Cfr. Cap. I, § 3.

³³² Corte Costituzionale, sentenza 25 febbraio 2002, n. 29, cit.

³³³ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1490.

n. 24, ha provveduto a individuare gli stretti margini di legittimità della norma d'interpretazione autentica. Secondo la Corte, infatti, fuori dall'ambito del penalmente rilevante, il fenomeno della cosiddetta usura sopravvenuta può comunque avere rilevanza e, pertanto, la citata norma d'interpretazione autentica deve essere interpretata nel senso che, qualora gli interessi, originariamente non usurari, diventino tali successivamente alla loro pattuizione, ferma la non invocabilità dell'articolo 1815, secondo comma, cod. civ. per l'assenza di un illecito da sanzionare, restano salvi gli altri rimedi previsti dalla disciplina generale a tutela del mutuatario.

Tale richiamo alla disciplina generale, che, a prima vista, sembra essere fatto salvo anche dalle Sezioni Unite, non può rimanere un «*inciso innocuo*»³³⁴. La summenzionata disciplina generale, infatti, comprende non solo una regolamentazione dei requisiti del contratto, ma anche una regolamentazione delle clausole generali, le quali si riconnettono ai principi costituzionali³³⁵. Da ciò deriva che il problema relativo alla «salvezza» della disciplina generale si risolve nell'individuare, alla luce di tale disciplina e, in particolare, delle clausole generali, una soluzione che sia comunque compatibile con l'eventuale disciplina puntuale esistente³³⁶.

Tornando nello specifico ambito dell'usura sopravvenuta, alla luce di quanto appena detto, si comprende meglio l'affermazione della Corte Costituzionale. L'usura è sanzionata, penalmente, attraverso l'articolo 644 cod. pen.; civilmente, attraverso l'articolo 1815, secondo comma, cod. civ.; in tutte le altre ipotesi, indipendentemente dal fatto che il fenomeno venga, o meno, chiamato «usura»³³⁷, non sarà applicabile la disciplina puntuale

³³⁴ Cfr. U. BRECCIA, *Tempi e luoghi nel diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 8.

³³⁵ Cfr. G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, pp. 49 ss.; per una completa analisi sulla clausola di buona fede cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, G. Giappichelli, 2015, pp. 42 ss.

³³⁶ Cfr. U. BRECCIA, *Tempi e luoghi nel diritto dei contratti*, cit., p. 9.

³³⁷ Secondo alcuni, infatti, fuori dall'area dell'illecito non dovrebbe parlarsi di usura, cfr. A. GENTILI, *Usurarietà sopravvenuta e interpretazione autentica del diritto giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1127.

dell'usura, ma, ciononostante, è possibile che vi sia comunque un bisogno di tutela del cliente-mutuatario; bisogno che andrà ovviamente soddisfatto sulla base della disciplina generale e, nello specifico, dell'articolo 1375 cod. civ.³³⁸, stante la non applicabilità della disciplina particolare.

Tuttavia, la Cassazione, pur ritenendo «*indubbiamente esatta*» l'affermazione della Consulta, diversamente da quest'ultima, alza una barriera all'esperibilità dei rimedi generali³³⁹. Per la Suprema Corte, infatti, la pretesa, in sé considerata, di interessi divenuti usurari – e quindi antiggiuridici – non costituisce abuso, corrispondendo all'esercizio di «*un diritto validamente riconosciuto dal contratto*»; solo in presenza di «*determinate modalità o circostanze*», la pretesa degli interessi suddetti può ritenersi *contra ius*, in quanto contraria al canone di buona fede, di cui all'articolo 1375 cod. civ. In altri termini, la pretesa di interessi divenuti usurari non costituisce di per sé abuso, ma può diventarlo qualora ricorrano determinate modalità o circostanze³⁴⁰.

È qui che la sentenza delle Sezioni Unite presenta tutti i suoi limiti.

In primo luogo, la Corte non chiarisce – neppure in maniera esemplificativa – a quali «*particolari modalità o circostanze*» faccia riferimento. Secondo alcuni³⁴¹, si potrebbe pensare al caso in cui la banca abbia dissuaso il cliente-mutuatario dall'intento, da lui manifestato, di esercitare il diritto alla «portabilità del mutuo», promettendo di rinegoziare le condizioni del mutuo, ma poi abbia rifiutato di rinegoziare, continuando a pretendere il pagamento degli interessi previsti originariamente dal contratto.

³³⁸ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Dopo le sezioni unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 560.

³³⁹ La Cassazione, diversamente da quanto sostenuto da alcuni, non si limita a un'analisi letterale e poi teleologica della disciplina anti-usura, ma, discostandosi dalla sentenza della Corte Costituzionale, specifica i limiti di esperibilità dei rimedi di ordine generale sulla base di argomenti sistematici. Per questa impostazione cfr. G. LA ROCCA, *Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rivedere la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore.*, in *Foro italiano*, 2017, p. 3285.

³⁴⁰ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1491

³⁴¹ Cfr. G. D'AMICO, *Usurarietà sopravvenuta: un problema ancora (parzialmente) aperto*, cit.

In secondo luogo, la Corte afferma che l'usura sopravvenuta è fenomeno che giuridicamente non esiste, ma poi, attraverso il richiamo alle «*particolari modalità o circostanze*», finisce per negare nei fatti la precedente affermazione³⁴².

Ma, soprattutto, lo schermo delle «*particolari modalità o circostanze*» rischia di sminuire il richiamo ai rimedi previsti dalla disciplina generale³⁴³ e, in particolare, il ruolo che la clausola generale di buona fede riveste nel nostro ordinamento.

Nello specifico, seguendo l'impostazione delle Sezioni Unite, si trae la conclusione che la buona fede non sarebbe di per sé sufficiente a «bloccare» la pretesa di interessi divenuti usurari (e, dunque, *contra legem*), ma opererebbe solo in rapporto a specifici fatti ulteriori che si pongono nella fattispecie concreta. Risulta, così, riesumata l'immagine di una buona fede a giuridicità imperfetta che dovrebbe rimanere rilegata negli annali del passato³⁴⁴. La ragione di tale «*sottovalutazione*»³⁴⁵ va probabilmente individuata nell'attuale tendenza di alcuni interpreti a voler innalzare uno scudo di protezione avverso una possibile ingerenza giudiziale nel contratto³⁴⁶. Tuttavia, è pacifico³⁴⁷ che la funzione della buona fede non sia quella di consentire un intervento giudiziale nel contratto, bensì quella, più alta, di rendere effettiva la tutela dei diritti e di individuare il rimedio più adeguato agli interessi delle parti.

L'impostazione delle Sezioni Unite, al contrario, sembra completamente ignorare il profilo di un possibile abuso del diritto nella pretesa di interessi divenuti usurari; omettendo di considerare, pertanto, che non basta

³⁴² Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1492.

³⁴³ Tant'è vero che taluno si chiede che senso abbia avuto richiamarsi alla pronuncia della Consulta, definendo «*un'affermazione indubbiamente esatta*» quella della Corte Costituzionale. Così cfr. S. PAGLIANTINI, *Dopo le sezioni unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, cit., p. 560.

³⁴⁴ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit., p. 1491. Cfr. sulla buona fede S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede, nota a Cass. 16 febbraio 1963, n. 357*, in *Foro padano*, 1964, pp. 1283 ss.

³⁴⁵ Per usare un termine di U. BRECCIA, *Tempi e luoghi nel diritto dei contratti*, cit., p. 8.

³⁴⁶ Cfr. F. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, cit., pp. 1498 ss.

³⁴⁷ Cfr. G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Giuffrè, 2017, p. 389.

che un diritto sia contrattualmente previsto per escludere qualsiasi controllo o rimedio successivo³⁴⁸.

Nello specifico, occorre rammentare che si ha abuso del diritto ogniqualvolta intervenga un fatto che «dequalifica» un diritto attribuito contrattualmente; nulla vieta, infatti, che «una situazione si consideri conforme a diritto solo finché non intervenga una circostanza che la dequalifichi»³⁴⁹.

Nel caso dell'usura sopravvenuta, pertanto, non viene in gioco la clausola – della cui validità, come detto, non si discute –, bensì la condotta della banca-mutuante che continui a pretendere gli interessi, nonostante la sopravvenuta anti giuridicità. Il comportamento, in altre parole, vale a «dequalificare» il diritto contrattualmente previsto agli interessi, rendendolo «abuso»³⁵⁰.

Tuttavia, sebbene alcuni ritengano che la pretesa in sé non possa considerarsi abusiva – essendo l'abuso propriamente vizio e non semplice esercizio di un potere³⁵¹ –, deve essere chiaro che l'abuso del diritto è precipuamente ravvisabile nella violazione del canone di buona fede risultante dalla pretesa di interessi usurari e, quindi, illegali.

Chiarito ciò, il passo successivo è breve. Infatti, tutti quei paradossi che secondo alcuni si opporrebbero al riconoscimento dell'usura sopravvenuta sfumano e tutto si risolve in un problema relativo alla «non qualificabilità di una condotta come esercizio di un diritto in grado di rilevare in favore»³⁵² della banca.

L'usura sopravvenuta, in conclusione, si pone come una sopravvenienza a cui l'ordinamento giuridico può – e deve – riconoscere

³⁴⁸ Cfr. U. BRECCIA, *Tempi e luoghi nel diritto dei contratti*, cit., p. 10.

³⁴⁹ Cfr. R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, 2011, p. 310.

³⁵⁰ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Dopo le sezioni unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, cit., p. 561.

³⁵¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, p. 108, il quale pone in evidenza che, qualora si considerasse abusiva la pretesa in sé, si ritornerebbe al punto di partenza di un controllo sulla clausola del contratto e non sul comportamento delle parti.

³⁵² Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 112.

rilevanza. Nello specifico, non vi è nulla di eversivo nel bilanciare la disciplina puntuale dedicata all'usura – originaria, intesa come illecito – con la disciplina generale dei rimedi esperibili ogniqualvolta, ancorché al di fuori dell'area dell'illiceità, si ponga un bisogno di tutela del cliente-mutuatario.

In quest'ottica – e si è visto –, è la clausola generale di buona fede, di cui agli articoli 1366 e, specialmente, 1375 cod. civ., a giocare un ruolo cruciale.

In primo luogo, imponendo alle parti e, in particolare, alla banca-mutuante una gestione della sopravvenienza attraverso i rimedi «manutentivi» del contratto.

E in secondo luogo, consentendo al giudice di intervenire attraverso una revisione dell'originario regolamento contrattuale, reprimendo l'abuso di diritto commesso dalla banca; abuso che è individuabile, ad esempio, nella pretesa di interessi (divenuti) usurari, nonostante questi fossero stati pattuiti fin dall'inizio nello «*stretto margine inferiore del tasso-soglia*», pur conoscendo la «*marcata e duratura discesa dei tassi di mercato*»³⁵³; ma che è anche individuabile, più semplicemente, nella reiterata pretesa di tali interessi usurari, malgrado l'eventuale precedente richiesta del cliente di rinegoziare il tasso d'interesse.

³⁵³ Così ABF, Collegio di coordinamento, 10 gennaio 2014, decisione n. 77, cit. e in modo conforme cfr. S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit.

BIBLIOGRAFIA

A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017

ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, G. Giappichelli, 2017, II

ALPA G., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002

BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, CEDAM, 2000

BALESTRA L., *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2017

BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, UTET, 2006

BELLINAZZO M., *Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 settembre 2008

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, 1969

BETTI E., *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Tipografia Cooperativa, 1920

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, 1943

BIANCA C. M., *La responsabilità*, in C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, Giuffrè, 1994

BIANCA C. M., *Il contratto*, in C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Giuffrè, 2000

BOSCO S., *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010

BOSELLI A., voce «Eccessiva onerosità», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, UTET, 1960

BRECCIA U., *Tempi e luoghi nel diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018

CAMERANO F., *L'usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003

CARPINO B., *Pagamento con surrogazione*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Delle obbligazioni. Artt. 1201-1205*, Zanichelli, 1988

CARRESI F., *Il contratto*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Giuffrè, 1987

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015

CERVINI A., *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" - Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008

CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, ESI, 2000

CHESSA F., *Decreto «anticrisi»: un vero limite alle rate di mutuo?*, in *Immobili e proprietà*, 2009

CHESSA F., *Tasso BCE: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, in *Immobili e proprietà*, 2009

CICERONE M. T., *De officiis*, a cura di G. PICONE – R. R. MARCHESE, Nuova Universale Einaudi, 2012

CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, 2005, Giuffrè, II

COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Giuffrè, 1992

CRISTOFARI R., *Mutuo e risoluzione del contratto*, Giuffrè, 2002

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010

D'AMICO G. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. Giappichelli, 2016

D'AMICO G., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017

D'AMICO G., *Usurarietà sopravvenuta: un problema ancora (parzialmente) aperto*, in *Giustizia civile*, www.giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/approfondimenti/usurarieta-soppravvenuta-un-problema-ancora-parzialmente, 2017

DE NOVA G., *Legge sull'usura e mutui anteriori*, in *Italia oggi*, 4 marzo 1998

DI MARZIO F., *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giustizia civile*, 2000

DALMARTELLO A., *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Rivista di diritto civile*, 1955

DOLMETTA A. A., *D.L. 394/00: Il Governo invade la giurisdizione e salva l'«interesse» delle banche*, in *Diritto e giustizia*, 2001

DOLMETTA A. A., *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008

DOLMETTA A. A., *Al vaglio delle Sezioni Unite l'usura sopravvenuta*, in *Il Caso*, www.blog.ilcaso.it/news_564/28-02-17/Al_vaglio_delle_Sezioni_Unite_lusura_sopravvenuta, 2017

DONISI C., *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1967

FARINA V., *Gli interessi «usurari» alla luce del D.L. n. 394 del 2000 convertito in L. n. 24 del 2001*, in *Rivista del notariato*, 2001

FASTRICHT L., *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992

FAUCEGLIA G., *sub art. 1815*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, UTET, 2011

FAUSTI P. L., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007

FAUSTI P. L., *La «rinegoziazione» dei mutui*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte speciale, Vol. 2, II, I delitti contro il patrimonio*, UTET, 2015

FICI A., *Il contratto «incompleto»*, G. Giappichelli, 2005

FICI A., *Sopravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, in AA. VV., *Il nuovo contratto*, Zanichelli, 2007

FIORUCCI F., *I mutui bancari. Nuova disciplina e prassi*, Giuffrè, 2008

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999

GABRIELLI E., *Alea e rischio nel contratto*, ESI, 1997

GABRIELLI E., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale, II*, UTET, 2006

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, II, 1*, CEDAM, 2004

GALGANO F., *Il contratto*, CEDAM, 2011, II

GALGANO F., *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011

GALLO P., *Rinegoziazione e revisione del contratto*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, 2011, VI

GAMBINO F., *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Giuffrè, 2001

GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, 2004

GAMBINO F., *L'usura sopravvenuta e l'indigenza del dato positivo*, in *Giustizia Civile*, 2014

GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970

GAZZONI F., *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Rivista del notariato*, 2000

GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, 2, G. Giappichelli, 2003

GENTILI A., *Usurarietà sopravvenuta e interpretazione autentica del diritto giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003

GENTILI A., *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contratti*, 2007

GIAMPICCOLO G., *Comodato e mutuo*, F. Vallardi, 1972

GIULIANI F., *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le sezioni unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *Giureta*, 2018

GIULIANO M., *Usura sopravvenuta e tutele contrattuali, nota a ABF., Coll. coord., dec. 10 gennaio 2014, n. 77*, in *Giurisprudenza commentata*, 2015

GRANDE STEVENS F., *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, 1998

GUIZZI F., *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, *Corriere giuridico*, 2017

GUIZZI F., *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corriere giuridico*, 2017

IUDICA G., *Fair dealing e contratto d'appalto*, in G. IUDICA (a cura di), *Sette questioni in tema d'appalto*, EGEA, 2016

LANDOLF G., *Brevi note in tema di interessi usurari «sopravvenuti» ai sensi della l. n. 108 del 1996*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1999, II

LA ROCCA G., *Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rivedere la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore*, in *Foro italiano*, 2017

LARENZ K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Berlin, 1963

LUMINOSO A., *Il rapporto di durata*, in *Rivista di diritto civile*, 2010

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovenne, 1996

MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, 2, Giuffrè, 2006

MACARIO F., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia civile*, 2014

MACARIO F. – PASQUINO T. (a cura di), *Il rischio del running the business giurisprudenziale*, Giuffrè, 2014

- MANIACI A., *Contratti in corso ed usurarietà c.d. sopravvenuta*, in *Contratti*, 2001
- MARASCO P. G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005
- MARCELLI R., *Lo jus variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto*, in www.tidona.com/lo-jus-variandi-nei-contratti-bancari-costi-di-chiusura-e-trasferimento-del-conto/, 2006
- MARCELLI R.– VALENTE A., *La mora e l'usura: criteri di verifica*, in *Il caso*, www.ilcaso.it/articoli/431.pdf, 2014
- MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010
- MAZZINI F., *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui: le difese contro l'aumento dei tassi variabili*, in *Guida al diritto*, 2009
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1950
- MORISI L., *L'usura sopravvenuta*, in *Contratti*, 2017
- MORISI L., *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *Contratti*, 2017
- NICOLÒ R., voce «*Alea*», in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, 1958
- NIVARRA L., *Il mutuo civile e l'usura*, in AA. VV., *I contratti per l'impresa, II, Banca, mercati, società*, a cura di G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI, Il Mulino, 2012
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943
- OPPO G., *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Rivista di diritto civile*, 1999

- OPPO G., *La legge «finta»*, in *Rivista di diritto civile*, 2001
- OSTI G., *La cosiddetta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto civile*, 1912
- OSTI G., voce «*Contratto*», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, UTET, 1959
- OSTI G., voce «*Clausola rebus sic stantibus*», in *Novissimo Digesto italiano*, III, UTET, 1967
- PAGLIANTINI S., *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usura sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corriere giuridico*, 2017
- PAGLIANTINI S., *L'usura sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere giuridico*, 2017
- PAGLIANTINI S., *Dopo le sezioni unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018
- PANUCCIO DATTOLA F., *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, 1990
- PARDOLESI R., *Regole di «default» e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996
- PARISOTTO R. – RENELLA G., *Dal 2009 mutui variabili ancorati al saggio BCE*, in *Guida al diritto*, 2008
- PASSAGNOLI G., *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale e interpretazione «autentica»*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, CEDAM, 2002

- PASSAGNOLI G., *Ancora su regole e principi: l'usuraietà sopravvenuta*, in *Persona e mercato*, 2016
- PEDRAZZI C., *Sui tempi della nuova fattispecie di usura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, 2003
- PIGNALOSA M. P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, G. Giappichelli, 2015
- QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Giuffrè, 1973
- QUADRI E., *Le clausole monetarie*, in P. U. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, UTET, 1999, II
- RICCIO A., *Usurarietà sopravvenuta nei mutui*, in *Contratto e impresa*, 2001
- RICCIO A., *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003
- RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede, nota a Cass. 16 febbraio 1963, n. 357*, in *Foro padano*, 1964
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969
- ROPPO V., *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 2001
- ROSARIO F., *Mutui prima casa e «decreto anticrisi»: luci ed ombre*, in *Rivista del notariato*, 2009

SACCO R., *Il contratto*, II, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, UTET, 2004, III

SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, 2011

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, UTET, 2016, IV

SALVI G., *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018

SANGIOVANNI V., *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio usura*, in *Contratti*, 2016

SCALFI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958

SCALFI G., voce «*Risoluzione del contratto*», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991

SCALI M., *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, in *Cultura e Diritti*, 2017

SCALISI V., voce «*Inefficacia (diritto privato)*», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Giuffrè, 1971

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovenne, 1969, II

SCOGNAMIGLIO R., *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, CEDAM, 1996

SENECA L. A., *De beneficiis*, a cura di M. MENGHI, Laterza, 2012

SERRAO D'AQUINO P., *Interessi moratori ed usura*, in www.dirittobancario.it/rivista/credito/usura/interessi-moratori-ed-usura, 2014

SERRAO D'AQUINO P., *L'usura sopravvenuta: una polisemia irrisolta?*, in *Rivista di diritto bancario*, www.dirittobancario.it/rivista/credito/usura/l-usura-sopravvenuta-una-polisemia-irrisolta, 2017

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002

SICCHIERO G., voce «*La rinegoziazione*», in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, II, 2006

SIMONETTO E., voce «*Mutuo*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990

SINESIO D., *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Jovenne, 1999

TARTAGLIA P., voce «*Onerosità eccessiva*», in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, 1980

TATARANO M., *Il mutuo bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, UTET, 2016

TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Artt. 1467-1469, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario del codice civile*, Giuffrè, 1995

TETI R., *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Rivista di diritto privato*, 1997

TOMMASINI R., voce «*Invalidità*» (*diritto privato*), in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Giuffrè, 1972

TOMMASINI R., voce «Revisione del rapporto (diritto privato)», *Enciclopedia del diritto*, XL, Giuffrè, 1989

TRAISCI F. P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, ESI, 2003

TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, CEDAM, 2018

TUCCARI E., *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2018

VANORIO F., *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contratto e impresa*, 1999

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 1999

VETTORI G., *Contratto e rimedi*, CEDAM, 2017, III

VETTORI G., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Giuffrè, 2017

VIOTTI S., *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008

GIURISPRUDENZA

Cass., 30 aprile 1949, n. 1077

Cass., 29 luglio 1950, n. 2156

Cass., 27 gennaio 1951, n. 222

Cass., 28 novembre 1958, n. 3799

Cass., 7 aprile 1992, n. 4251

Cass., 20 aprile 1994, n. 3775

Cass., 22 aprile 2000, n. 5286

Cass., 14 novembre 2000, n. 14899

Cass., 26 giugno 2001, n. 8742

Cass., 24 settembre 2002, n. 13868

Cass., 13 dicembre 2002, n. 17813

Cass., 25 marzo 2003, n. 4380

Cass., 4 aprile 2003, n. 5324

Cass., 25 febbraio 2005, n. 4092

Cass., 25 febbraio 2005, n. 4093

Cass., 8 marzo 2005, n. 5004

Cass., 31 gennaio 2006, n. 2149

Cass., 19 marzo 2007, n. 6514

Cass., 22 agosto 2007, n. 17854

Cass., 11 maggio 2009, n. 10741

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106

Cass., 17 dicembre 2009, n. 26499

Cass., 9 gennaio 2013, n. 350

Cass., 11 gennaio 2013, n. 602

Cass., 11 gennaio 2013, n. 603

Cass., 14 marzo 2013, n. 6550

Cass., 27 settembre 2013, n. 22204

Cass., 19 gennaio 2016, n. 801

Cass., 17 agosto 2016, n. 17150

Cass., 12 aprile 2017, n. 9405

Cass., SS. UU., 19 ottobre 2017, n. 24675

C. Cost., sent., 25 febbraio 2002, n. 29

Trib. Benevento, ord. 2 gennaio 2001

DECISIONI ABF

ABF, Collegio di Napoli, decisione 20 novembre 2013, n. 5877

ABF, Collegio di Napoli, decisione 7 gennaio 2014, n. 21

ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 10 gennaio 2014, n. 77

ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 19 marzo 2014, n. 1875