

Raimondo Motroni

La *valutazione* della prestazione nei contratti di finanziamento*

SOMMARIO: 1. Alcune brevi premesse; - 2. Le variabili della “valutazione”; - 3. Casistica della “valutazione” nei mercati finanziari.

1. Alcune brevi premesse

Il tema generale della «valutazione della prestazione contrattuale» nel diritto italiano non ha costituito un autonomo campo di indagine da parte della dottrina, né ha rappresentato un oggetto specifico di controversie giurisprudenziali. Tuttavia, non mancano certo singole questioni trattate in sede giudiziaria o esaminate in singoli studi scientifici che possano essere ascritte alla tematica che ci occupa.

La ricostruzione di un tema vasto, caratterizzato da molteplici sfaccettature, che coinvolge questioni di tipo sostanziale e processuale, appare assai complessa e difficilmente riassumibile in modo esaustivo in questa sede.

Vale però porre in evidenza da subito che il concetto stesso di «valutazione della prestazione contrattuale», intesa quale determinazione dell'esattezza dell'adempimento dell'obbligazione o quantificazione del

valore economico di un bene o di un servizio, appare privo nell'ordinamento italiano di autonoma capacità ordinante e manifesta un'intrinseca vocazione generalista. Inoltre, quando esso è riferito al «contratto di finanziamento», sebbene ciò consenta di delimitare l'analisi ad un'area più contenuta, non permette, comunque, di trattare in modo approfondito tutte le complesse problematiche connesse all'ampissimo novero di contratti offerto nei mercati finanziari.

La nozione di «contratto di finanziamento», per ragioni di sintesi, va ricondotta al tipo contrattuale del mutuo¹, sia nella fattispecie onerosa, sia in quella gratuita. Tale ultima figura (mutuo gratuito) – quando effettivamente si realizza in concreto – appare meno rilevante sul piano economico, sebbene la recente diffusione di offerte di finanziamento a “tasso zero” si stia moltiplicando nei rapporti con la clientela e consentano di attribuire al mutuo gratuito una certa rilevanza sul piano economico. Inoltre, come si dirà meglio più innanzi, proprio la distinzione in concreto tra mutuo oneroso e mutuo gratuito non può che dipendere da una *valutazione* della prestazione che il mutuatario è chiamato ad eseguire in concreto, atteso che taluni mutui stipulati come «gratuiti» in realtà prevedono il pagamento di costi e commissioni che rappresentano, comunque, un corrispettivo della prestazione del mutuante.

*Il presente scritto riproduce con lievi modifiche e con l'aggiunta di note bibliografiche essenziali, il contenuto della relazione tenuta al convegno internazionale dal titolo “L'évaluation de la prestation contractuelle en droits français et italien”, svoltosi il 9 dicembre 2016, presso l'Università di Corsica Pasquale Paoli.

¹ La nozione di «mutuo» è contenuta nell'art. Art. 1813 c.c. secondo il quale il mutuo «è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità». Tale figura si declina nella prassi in una varietà di contratti atipici assai vasta. Per la disciplina del contratto di mutuo e delle altre fattispecie contrattuali ad esso riconducibili, senza pretese di completezza, si rinvia a GIAMPICCOLO, *voce «Mutuo (dir. priv.)»*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, Milano, p. 447 ss.; L. NIVARRA - G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, p. 9 ss.; P.M. VECCHI, *Il mutuo*, in V. Cuffaro (a cura di), *Il Mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, 2005, Bologna, p. 3 ss.

Lo schema contrattuale del mutuo si declina in molteplici figure contrattuali, ben note alla prassi dei mercati finanziari, che vanno dalle «operazioni di finanziamento ad utilizzo flessibile» (es.: finanziamento in conto corrente, credito *revolving*, anticipazioni su crediti e *factoring*) ai «finanziamenti con un piano di ammortamento prestabilito» (es.: prestito personale, mutuo di scopo, *leasing*, mutui ipotecari, finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione). Per tale ragione, le problematiche connesse alla valutazione della prestazione nei contratti di finanziamento mutano anche in ragione della diversità degli schemi negoziali adottati in concreto.

In tale ambito, la «valutazione» si sostanzia in un'attività volta ad esprimere una prestazione contrattuale in una quantità di “valuta” o di moneta. Nelle diverse norme che riguardano i contratti finanziari il verbo «valutare» è spesso utilizzato sfruttandone le qualità polisemiche al fine di identificare diverse attività compiute dal mutuante, dal mutuatario o da terzi e riferibili all'esecuzione del contratto o alla fase *pre* o *post* contrattuale.

La «valutazione» dell'esatta prestazione del mutuatario ha generato diverse problematiche interpretative in giurisprudenza di natura complessa e di difficile soluzione, che, in alcuni casi, sono del tutto tipiche del sistema giuridico italiano.

2. Le variabili della «valutazione».

I profili giuridici inerenti alla «valutazione» delle prestazioni relative ai diversi contratti di finanziamento emersi nella prassi negoziale sono molteplici. Si possono, dunque, in prima approssimazione, porre in evidenza le seguenti variabili:

- a) La valutazione della prestazione nei contratti di finanziamento, riguarda la quantificazione della somma mutuata, del corrispettivo e degli oneri ad essa connessi, ovvero sia i profili negoziali che attengono al *quantum* dell'oggetto del contratto. Si può rendere

necessario comparare più offerte commerciali provenienti dallo stessa impresa finanziaria o da diversi soggetti giuridici del mercato (come può avvenire per chi debba scegliere la banca presso la quale accendere un mutuo) al fine di individuare quella più conveniente e che maggiormente risponda alle esigenze del mutuatario. La quantificazione della prestazione richiesta al mutuatario nelle sue diverse componenti (restituzione delle somme, interessi e oneri accessori) può, inoltre, rendersi necessaria per verificare il rispetto di talune norme di legge che indicano limiti alle tecniche di calcolo degli interessi o soglie massime di quantificazione del corrispettivo, vietando o circoscrivendo la possibilità di introdurre nei contratti di finanziamento clausole che prevedano anche ulteriori oneri accessori.

- b) Anche nei contratti di finanziamento la valutazione può essere non solo quantitativa, ma anche qualitativa con riguardo alle prestazioni del mutuante o del mutuatario. Come può avvenire, ad esempio, nelle fattispecie complesse in cui l'erogazione del credito sia subordinata al compimento di specifiche attività soggette a valutazione di corretta esecuzione, quali possono essere gli stati di avanzamento dei lavori nei mutui per la ristrutturazione di immobili urbani. Vale poi ricordare che vi sono ipotesi nelle quali il finanziamento può essere erogato in più *tranches* subordinate a una determinata condotta (*rectius*: prestazione) del mutuatario, che diviene oggetto di una specifica obbligazione contrattuale e deve essere valutata di volta in volta. Esistono numerosi contratti di finanziamento che subordinano, mediante specifiche clausole e contrattuali, l'erogazione del finanziamento o il mantenimento di un determinato tasso di interesse all'esecuzione esatta della prestazione, al mantenimento di uno specifico livello qualitativo della prestazione erogata verso terzi, ovvero al mantenimento di determinate garanzie

patrimoniali o di flussi di cassa. In tale ipotesi la valutazione della prestazione ha ad oggetto il comportamento tenuto dal mutuatario rispetto ai terzi e può essere di tipo quantitativo, ma anche qualitativo.

- c) Un altro aspetto attiene al momento in cui la valutazione viene eseguita: *ex ante*, *medio tempore* o *ex post*. Più precisamente, nei contratti di finanziamento appare di grande rilevanza la valutazione della prestazione caratterizzante eseguita dal cliente nella fase precontrattuale. Essa è - ovviamente - volta a stimare la convenienza dell'offerta oggetto del contratto che si intende concludere e si basa su una pluralità di informazioni diffuse o specificamente fornite da parte dell'impresa finanziaria. Ciò ha posto (e pone tutt'oggi) evidenti necessità di protezione dell'attività valutativa compiuta dal potenziale cliente a tutela del medesimo e del corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali nei mercati finanziari, proprio nella fase precedente alla conclusione del contratto, al fine di porre il cliente nella condizione di poter conoscere *ex ante* la prestazione che dovrà eseguire. In quest'ottica, il «preventivo» altro non è che una *valutazione* della prestazione che l'impresa finanziaria intende richiedere al cliente in caso di stipula del contratto.

La valutazione della prestazione può rendersi necessaria anche in costanza di contratto, come accade con i mutui a tasso variabile, che comportano una valutazione “quotidiana” del parametro di riferimento (comunemente l'Euribor²) per quantificare la rata

² L'Euribor (acronimo di Euro Inter Bank Offered Rate) è un tasso di riferimento giornaliero, concernente il tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in euro intercorrenti tra alcuni istituti bancari europei. Esso costituisce il principale indicatore cui è ancorato il calcolo delle rate dei mutui a tasso variabile. Il «tasso annuo nominale» di un finanziamento si ottiene sommando la percentuale di spread al tasso Euribor. Si può osservare che dal gennaio 2015 la percentuale dell'Euribor è divenuta negativa così da dover essere sottratta allo «spread» di cui si è detto nel testo.

variabile da versare (o il numero degli anni residui nelle ipotesi di “rata costante”).

Spesso può accadere che il momento in cui devono valutare le prestazioni contrattuali del mutuatario si collochi dopo che esse sono state già eseguite, ovverosia dopo lo scioglimento del contratto. Può, inoltre, rendersi necessario riquantificare l’importo delle prestazioni eseguite in costanza di rapporto dal cliente, che intenda richiedere la restituzione di quanto abbia versato indebitamente (come accade nelle controversie aventi ad oggetto l’accertamento di pratiche anatocistiche o usurarie).

- d) Nei contratti di finanziamento la valutazione delle prestazioni delle parti può essere eseguita in un momento di fisiologico svolgimento del rapporto negoziale o in un momento patologico. La valutazione, nel primo caso, può limitarsi a stabilire l’entità delle prestazioni eseguite al fine di determinare *inter partes* il saldo del dovuto. Esemplificando: in un contratto di conto corrente con “scoperto di conto”, alla chiusura del rapporto è necessario compiere una compensazione del dare/avere, per stabilire se sia possibile una chiusura a “saldo zero” o se residuino obbligazioni di dazione di danaro. Nella fase patologica occorre tener conto di numerosi altri aspetti che concorrono a determinare il *quantum* della prestazione richiedibile, poiché, specie nelle obbligazioni pecuniarie, il calcolo degli interessi moratori e delle penali contrattuali può modificare sensibilmente l’importo della prestazione.
- e) Non meno rilevante appare la prospettiva soggettiva con la quale si esegue una valutazione della prestazione contrattuale. Segnatamente, può rilevarsi che i parametri e gli aspetti rilevanti che devono essere contemperati dal cliente, ove voglia comparare la convenienza di più offerte, sono differenti dalla prospettiva che può assumere un consulente tecnico d’ufficio o di parte in fase di redazione di una

perizia, in quanto cambiano notevolmente le finalità e le norme di riferimento.

Il cliente terrà conto, in un'ottica prognostica, della convenienza dell'offerta secondo le proprie disponibilità economiche. Il mutuante potrà valutare le garanzie offerte dal potenziale mutuatario, stimandole a ribasso, al fine di massimizzare il contenimento dei rischi di insoluto. Ove tale compito venga poi delegato a soggetti terzi, occorrerà che se ne garantiscano, non solo le competenze tecniche, ma anche l'imparzialità.

All'interno di un giudizio, naturalmente, il soggetto che per definizione è chiamato a *valutare* l'insieme delle prove relative a una determinata prestazione contrattuale è il Giudice, il quale, nei limiti imposti dalla legge (anche processuale), specie nei giudizi che riguardano contratti di finanziamento e comportano, quindi, complessi calcoli matematici, potrà avvalersi di ausiliari specializzati.

In particolare, il c.t.u. dovrà fornire una valutazione *pro-veritate*, nei limiti dei quesiti e delle indicazioni posti dal giudice in sede di conferimento dell'incarico. Per contro, il c.t.p. presterà la sua opera in un'ottica difensiva, tesa a valorizzare gli aspetti del fatto che supportano le azioni e le eccezioni del proprio cliente. Sia il c.t.u. sia il c.t.p. dovranno operare, inoltre, nel rispetto dei principi processuali, in particolare dell'*alligata ac probata partium*, così che la valutazione avrà ad oggetto non il fatto storico, ma il fatto accertato nel processo.

- f) La valutazione di una prestazione contrattuale è influenzata anche dal luogo in cui essa viene eseguita, sia per il particolare regime monetario ed economico vigente in un dato territorio, sia per le leggi e i criteri tecnici di valutazione che in esso si rinvencono, ovvero per il particolare valore ivi attribuito a determinate tipologie di beni.

Come appena sinteticamente illustrato, le variabili della valutazione di una medesima prestazione sono molteplici e incidono notevolmente sul risultato cui si può pervenire. Come vedremo, in concreto, i diversi piani del discorso sopra richiamati si intersecano e, talvolta, si sovrappongono, essendo solo parzialmente regolati dalle norme di settore e dando luogo a una casistica giurisprudenziale assai complessa e ricca di spunti di interesse per la tematica in esame.

3. Casistica della “valutazione” nei mercati finanziari

La casistica offerta dalla disciplina dei mercati finanziari in tema di «valutazione della prestazione» appare assai vasta. Talune fattispecie, in cui la «valutazione» è stata espressamente disciplinata nella normativa di settore o è divenuta oggetto di taluni orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel tempo, riguardano singolari vicende del rapporto intercorrente tra impresa finanziaria e cliente, di cui, in questa sede, si può fornire solo una parziale e sintetica disamina a fini esemplificativi.

Muovendo dalla normativa più recente riguardante la fase precontrattuale, si può certamente menzionare il d.lgs 21 aprile 2016, n. 72, emanato in attuazione della direttiva 2014/17/UE; concernente i contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. In esso sono contenute importanti modifiche sul punto al T.U.B. 385/1993.

In particolare, il «Capo I-bis Credito immobiliare ai consumatori» del TUB contiene anche l'art. 120 *-novies (Obblighi precontrattuali)*³, che prevede l'obbligo per l'impresa finanziaria di concedere al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni nella fase precontrattuale al fine

³ Sulla rilevanza dell'informazione precontrattuale del potenziale cliente v. G. COLANGELO, *Trasparenza (e non) nella nuova direttiva sul credito al consumo alla vigilia del recepimento*, in *Danno e resp.*, 2010, f. 5, p. 437 ss.; S. PELLEGRINO, *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obb. cont.*, 2011, f. 4, p. 296 ss.; E. CARGNIEL - G. DE VELLIS, *Disciplina del credito ai consumatori: nuovi "strumenti di trasparenza" e forma dei contratti bancari*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, f. 1, p. 312 ss.

di consentirgli di «confrontare le diverse offerte di credito sul mercato, *valutarne*⁴ le implicazioni e prendere una decisione informata».

Nella norma in parola la «valutazione» è palesemente un'attività propria del cliente, da svolgersi nella fase precontrattuale, ovverosia quando il contratto non è stato ancora concluso e nessuna prestazione è stata ancora eseguita.

L'art. 120 *quinquies*, rubricato «Definizioni», alla lettera m) definisce, inoltre, il «Tasso annuo effettivo globale» o «TAEG», come il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito. Si tratta di un parametro di sintesi dei costi del finanziamento, cioè uno strumento volto proprio a semplificare la *valutazione* di una prestazione che non è ancora stata eseguita e che deve essere «valutata» nella sua convenienza con riguardo ad altre offerte concorrenti reperibili sul mercato rispetto alle esigenze specifiche del singolo cliente. Sotto questo profilo la *valutazione* assume una connotazione soggettiva, diviene parte del meccanismo di formazione della volontà contrattuale del potenziale cliente e necessita di una specifica protezione.

La norma in parola fornisce anche alcuni elementi determinanti per una corretta *valutazione* della prestazione del mutuatario, includendo tra le spese anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi⁵. Sono inoltre inclusi i costi della *valutazione* dei beni (come una stima o una perizia di un immobile) se essa è necessaria per ottenere il credito, mentre sono esclusi i costi connessi alla trascrizione dell'atto di compravendita del bene immobile e le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito.

⁴ Corsivo nostro.

⁵ Ciò nell'ipotesi in cui la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte.

Si può ricordare che una *valutazione* in senso letterale è richiesta anche dall'art. 120 *duodecies*, riguardante una specifica disciplina delle modalità di «valutazione dei beni immobili»⁶ concessi in garanzia dal mutuatario. In tale ipotesi è sancito l'obbligo per le imprese finanziatrici di applicare «standard affidabili» nella predetta valutazione degli immobili, ovvero affidare tale compito a soggetti terzi che assicurino i medesimi standard. Pertanto, l'impresa finanziaria si deve affidare a «professionisti competenti e indipendenti dal processo di commercializzazione del credito», allo scopo di fornire una «valutazione imparziale ed obiettiva, documentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole». In senso tecnico si tratta una *valutazione* che precede il contratto (che potrebbe successivamente anche non concludersi) e concerne una garanzia e non già la prestazione primaria del mutuatario. Tuttavia è una «valutazione» che può assumere un'autonoma rilevanza nel sinallagma contrattuale in quanto l'art. 120 *quinquiesdecies* (Inadempimento del consumatore)⁷ contiene una norma che è stata al centro dell'attenzione, anche della stampa anche non specializzata, in tutta Europa. Si tratta della previsione per la quale, fermo «quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo». In questa ipotesi, pertanto, la valutazione del bene immobile concesso in garanzia può divenire un sistema di quantificazione del corrispettivo pagato dal cliente per l'uso del denaro.

⁶ Art. 120 -duodecies (Valutazione dei beni immobili).

⁷ Art. 120-quinquiesdecies (Inadempimento del consumatore).

Pertanto, ove il valore dell'immobile, come stimato dal perito, ovvero l'ammontare dei proventi della vendita, sia superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto alla rifusione dell'eccedenza. In ogni caso, «il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo».

Venendo più propriamente alla fase dell'esecuzione del contratto di finanziamento, vi sono diversi esempi di contratti assai diffusi nella prassi intorno ai quali il contenzioso è consistente e per la cui soluzione è risultata fondamentale la valutazione delle prestazioni eseguite dalle parti contrattuali.

Si pensi ai mutui c.d. a tasso variabile, nei quali l'interesse sul capitale è il corrispettivo che il mutuatario paga per l'uso del denaro concesso a mutuo e viene di solito quantificato in uno «spread»⁸ da sommarsi al “tasso Euribor”. Tale prassi negoziale (tasso variabile su Euribor) rende l'esatta *valutazione* della prestazione da parte del cliente in fase precontrattuale sostanzialmente impossibile, in quanto essa si sostanzia in un giudizio prognostico sulle possibili variazioni del mercato del costo del denaro e su una *valutazione* volta a comparare i diversi *spread* offerti dalle imprese concorrenti, ovvero tra tasso variabile e il tasso fisso, rimanendo comunque incerto il *quantum* (nell'ipotesi di tasso variabile⁹ puro) dell'importo che il mutuatario andrà a pagare a titolo di corrispettivo sia sotto forma di singola rata, sia complessivamente. In tale ipotesi sarà l'impresa finanziaria a dover calcolare, sulla base del valore dell'Euribor in un determinato momento storico e dei parametri dei contratti, l'importo della rata secondo un procedimento automatizzato implicante, comunque, una *valutazione*.

⁸ Lo spread è un valore espresso in misura percentuale, che le banche sommano al costo del denaro concesso a mutuo al fine di ottenere il tasso nominale dell'interesse corrispettivo.

⁹ Per le diverse metodologie di computo degli interessi sui mutui e sulle variazioni che da esse possono derivare nella quantificazione delle rate cfr. V. SANGIOVANNI, *Tasso fisso e tasso variabile nei piani di ammortamento alla francese*, (Nota a Giudice di pace Santa Maria Capua Vetere 20 gennaio 2015), in *Corr. giur.*, 2016, f. 3, p. 347 ss.

Il tema è divenuto di grande attualità quando l'Antitrust europeo ha sanzionato nel 2013 (per 1,7 miliardi) alcune banche¹⁰ per la manipolazione del tasso Euribor¹¹ tra il 2005 e il 2008. Solo recentemente si è conosciuto il contenuto del provvedimento. La sanzione di 1,7 mld. di euro inflitta dalla Commissione Europea al cartello bancario che ha manipolato¹² l'Euribor potrebbe avere un effetto diretto nei confronti delle banche multate, e potrebbe portare a dubitare della legittimità del tasso Euribor che avrebbe così generato degli importi delle rate dei mutui variabili del tutto inattendibili.

Ciò offrirebbe ai clienti, che si sono trovati a stipulare contratti con riferimento ad un indice illecito (l'Euribor, tra il 2005 ed il 2008¹³), formatosi in violazione delle norme di ordine pubblico economico¹⁴, la

¹⁰ Société Générale, Barclays, Deutsche Bank e Royal Bank of Scotland.

¹¹ La procedura di calcolo del tasso è semplice. Ogni giorno l'agenzia Thomson Reuters interpella 44 grandi banche europee per sapere a quali tassi si siano prestate reciprocamente il denaro¹¹. Dalle rilevazioni vengono estromessi il 15% più alto e il 15% più basso, mentre l'Euribor è il frutto di una media tra le altre rilevazioni. La Commissione Ue ha accertato che «alcune volte, almeno uno dei trader coinvolti in queste discussioni si rivolgeva all'incaricato dell'invio dei dati Euribor della propria banca per chiedere un invio di dati che seguisse una certa direzione o un livello specifico».

¹² L'Antitrust, ha stabilito, tra l'altro, che «almeno uno dei trader coinvolti in queste discussioni asseriva che avrebbe riferito o riferiva la risposta dell'incaricato prima del momento dell'invio giornaliero dei dati» e che «alcune volte alcuni trader impiegati discutevano il risultato della finalizzazione del tasso Euribor, anche compresi i dati specifici inviati dalle banche, dopo che i tassi Euribor di una giornata fossero stati decisi e pubblicati». La rilevanza dell'Euribor nei mercati finanziari e la sua funzione di determinazione delle prestazioni contrattuali dei mutuatari era già oggetto di attenzione da parte della dottrina. Cfr. M. GALLO, *L'influenza del tasso euribor sul "pricing" dei prestiti bancari nell'euro-zona durante il periodo 2003-2010*, in *Banca Imp. Soc.*, 2011, f. 2, p. 143 ss.; M. MANDARÀ - M. ROSSI, *Analisi giurimetrica sull'ipotesi di manipolazione dell'Euribor*, in *Banca Imp. Soc.*, 2013, f. 1, p. 25; N. BRUTTI (a cura di), *La manipolazione degli indici finanziari: un illecito in cerca di identità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, f. 5, p. 302 ss.; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso "floor" ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, f. 1, p. 25 ss.

¹³ L'indice Euribor, nell'anno 2008, superò del 5,3%.

¹⁴ Tali contratti appaiono irrimediabilmente nulli per indeterminazione relativa al tasso corrispettivo manipolato (in applicazione dell'art. 1284 c.c.) e per contrarietà dell'oggetto del contratto all'ordine pubblico ed economico (in applicazione del combinato disposto degli artt. 1418 2° comma e 1346 c.c.) ed alla banca va restituita la sola sorte capitale, al

possibilità di ottenere una nuova *valutazione* degli importi pagati. La prestazione eventualmente eseguita dal mutuatario (durante il rapporto contrattuale o dopo l'estinzione dello stesso) deve essere, quindi, (ri)valutata, alla luce di quanto detto circa il tasso Euribor, con la possibilità per il cliente di conseguire una situazione attiva che consente di poter richiedere quanto indebitamente pagato. L'eventuale ripetizione dell'indebito dovrebbe passare per una *valutazione* della differenza tra quanto effettivamente versato dal cliente e quanto in realtà dovuto in assenza di un parametro quantificato secondo meccanismi illegittimi come l'Euribor. Tale *valutazione* è verosimile che si compia, non più nell'ambito della fisiologia del rapporto, ma in una fase contenziosa con l'ausilio di un CTU durante il rapporto contrattuale o al termine di esso.

Una vicenda tutta italiana, per certi versi simile a quella appena descritta, che ha caratterizzato il mercato del credito negli ultimi anni, è costituita dalla disciplina dell'anatocismo¹⁵ e dai *revirement* della Cassazione su cui si è innestata una giurisprudenza univoca con linee che non possono essere compiutamente riassunte in questa sede.

Premesso che la «fine dell'anatocismo» è stata disposta per legge (L. n. 147/2013 - c.d. legge di stabilità 2014) che ha modificato il testo unico bancario (TUB) ponendo fine alla prassi degli interessi sugli interessi dei

netto di ogni spesa e competenza, dilazionata secondo il piano di ammortamento allegato ai contratti.

¹⁵ Sulle conseguenze derivanti dalla diffusissima pratica dell'anatocismo bancario cfr. E. SCARANTINO, *L'anatocismo bancario e le conseguenze della nullità delle clausole del contratto*, (Nota a Cass. sez. I civ. 29 settembre 2015, n. 19341), in *Giur. it.*, 2016, f. 8-9, p. 1876 ss.; F. CAPPALÀ, *Il rilievo degli oneri economici eventuali nel vaglio dell'usura dei contratti di mutuo*, (Nota a Trib. Padova 13 gennaio 2016; Trib. Ferrara 16 dicembre 2015; ord. Trib. Ascoli Piceno 13 ottobre 2015), in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, f. 4, p. 482 ss.; G. MUCCIARONE, *Anatocismo bancario: ultimi sviluppi - compound interest: latest developments*, (Relazione al Convegno "Quali regole per quali mercati?", Milano, 11-12 dicembre 2015), in *Banca Imp. Soc.*, 2016, f. 2, p. 355 ss.; V. FARINA, *La (ennesima) resurrezione dell'anatocismo bancario*, in *Contratti*, 2016, f. 7, p. 705 ss.; M. TOLA, *Anatocismo e conto corrente bancario nel diverso approccio alla giustizia*, (Nota a Trib. Cagliari 20 maggio 2015; Coll. arbitr. Arbitro bancario finanziario 8 ottobre 2015, n. 7854), in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, f. 3, p. 327 ss.

conti correnti, occorre ricordare che la giurisprudenza ha fissato il principio secondo cui, indipendentemente dall'arco temporale annuale o trimestrale in cui sia applicato il calcolo anatocistico degli interessi, tale pratica è da considerarsi illecita e costituisce un'ipotesi di pagamento dell'indebito¹⁶. Pertanto, a partire dalla sentenza Cass. n. 3096/1999¹⁷ si è aperta una vera e propria stagione giudiziaria di azioni volte alla ripetizione degli interessi anatocistici versati dai correntisti. Ciò ha comportato la necessità di (ri)valutare i rapporti dare-avere nei conti correnti bancari anche a distanza di diversi anni. Ciò è avvenuto e avviene tuttora sulla base di una *valutazione* della prestazione del correntista eseguita in costanza di rapporto mediante una CTU nel corso di un giudizio ordinario o, spesso, di una ATP.

Le questioni coinvolte nella valutazione del saldo del conto corrente a favore del correntista o della banca sono molteplici e non si esauriscono in calcoli matematici ma coinvolgono una pluralità di questioni strettamente giuridiche connesse alla natura dei pagamenti (solutoria o ripristinatoria), al relativo regime di prescrizione, alla validità della determinazione convenzionale del saggio di interesse corrispettivo, alla ripartizione dell'onere della prova ed altre.

Problemi non dissimili ha portato l'odiosa pratica dell'usura¹⁸ sotto il profilo della *valutazione* della prestazione del soggetto finanziato.

¹⁶ Da ultimo vedi anche Cass. 6 maggio 2015, n. 9127, in www.dirittobancario.it.

¹⁷ "la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale, essendo stata tale diversa periodicità della capitalizzazione (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore del cliente sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare) adottata per la prima volta in via generale su iniziativa dell'ABI nel 1952 e non essendo connotata la reiterazione del comportamento dalla opinio iuris ac necessitatis".

¹⁸ V. FARINA, *Gli interessi "usurari" alla luce del d.l. n. 394/2000, convertito in legge n. 24/2001 (Commento al d.l. 29 dicembre 2000, n. 394)*, in *Notariato*, 2001, f. 3, p. 316 ss.; V. FARINA, *La costituzionalità della normativa antiusura (Nota a ord. Trib. Napoli 20 luglio 1999)*, in *Notariato*, 2000, f. 3, p. 259 ss.; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Contratti*, 2016, f. 3, p. 279 ss.; F. PISTELLI, *L'usura sopravvenuta tra invalidità ed inefficacia*, in *Pers. merc.*, 2016, f. 2, p. 14 ss.; A. BOMPANI, *Usura*

È, infatti, noto che il pagamento di interessi sopra la soglia di usura è una pratica illecita sanzionata con la nullità del contratto sotto il profilo civilistico¹⁹ e pone, pertanto, problemi di *valutazione* della prestazione e di ripetizione di quanto indebitamente pagato dal mutuatario. Di particolare attualità sono il problema dell'assoggettamento o meno delle commissioni di massimo scoperto²⁰ e degli interessi moratori²¹ al giudizio di usura e, in caso affermativo, il problema della valutazione congiunta o disgiunta dagli interessi corrispettivi. Sul tema è emersa una diversa sensibilità dell'ABF²²

bancaria: aspetti paradossali e questioni irrisolte (artt. 1 e 2 della l. 7 marzo 1996, n.108), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, f. 1-2, p. 313 ss.

¹⁹ L'art. 1815, II comma, c.c., nella disciplina del mutuo stabilisce che se «sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». Il mutuatario potrà, dunque, agire nei confronti del finanziatore per la restituzione degli interessi indebitamente versati e per la trasformazione della natura del rapporto contrattuale da oneroso a gratuito. Non deve poi essere dimenticato che l'usura è anche sanzionata penalmente ex art. 644 c.p quando chiunque «si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari (...)».

²⁰ Il tema dell'usura è stato oggetto di molteplici interventi dottrinali e giurisprudenziali; cfr., esemplificativamente, R. CAPRA - A. DE CARLO, *Usura bancaria. Ancora sulla cms e sul ruolo delle istruzioni della Banca D'Italia (Nota a Cass. sez. I civ. 22 giugno 2016, n. 12965)*, in *Riv. dott. comm.*, 2016, f. 4, p. 652 ss.; U. SALANITRO, *Usura e commissione di massimo scoperto: la cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria (Nota a Cass. sez. I civ. 22 giugno 2016, n. 12965)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, f. 12, p. 1600 ss.;

²¹ Sull'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale si richiamano da ultimo A. STILO, *Interessi moratori e "principio di simmetria" nella determinazione del tasso usurario*, in *Contratti*, 2016, f. 11, p. 1043 ss.; V. SANGIOVANNI, *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio usura (Nota a ord. Trib. Bari 14 dicembre 2015)*, in *Contratti*, 2016, f. 5, p. 455 ss.; E. BIVONA, *Il divieto d'usura tra interessi corrispettivi e interessi moratori*, in *Pers. merc.*, 2016, f. 1, p. 14 ss.; C. ROBUSTELLA, *Sull'applicabilità del limite dei tassi "soglia" agli interessi moratori (Nota a ord. Trib. Roma 7 maggio 2015, n. 9168)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, f. 3, p. 1003 ss.; T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *Dir. mercato ass. fin.*, 2016, f. 1, p. 5 ss.

²² Cfr. ABF Collegio di coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875, in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it>, secondo cui gli «interessi moratori non sono presi in considerazione dalle «Istruzioni per le rilevazioni dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura» della Banca d'Italia nella determinazione del «tasso soglia» e, pertanto, non possono essere computati nel costo del credito ai fini della valutazione di usurarietà del negozio».

rispetto all'orientamento della Corte di Cassazione²³. Nei «finanziamenti con un piano di ammortamento prestabilito» il sindacato di usura si concentra prevalentemente sulla verifica del contenimento del tasso effettivo globale (teg) all'interno del tasso-soglia, con particolare riguardo al problema della rilevanza o meno degli interessi moratori in aggiunta a quelli corrispettivi. La Cassazione si è espressa riconoscendo l'attitudine di questa specifica tipologia di interessi a concorrere al computo per la valutazione del superamento del c.d. tasso soglia usurario; al contrario, l'ABF ha risolto la questione in senso opposto escludendo la possibilità del computo a tali fini.

Ne risulta anche in questo caso un insieme di criteri da utilizzarsi *ex post* nella valutazione della prestazione contrattuale eseguita dal mutuatario, che ha ingenerato una profonda incertezza circa la possibilità di stabilire univocamente il *quantum* del dovuto dai soggetti finanziati.

In conclusione, può rilevarsi come gli esempi di variabili appena esposti dimostrino che ogni tentativo di ricondurre ad unità le diverse attività di *valutazione* delle prestazioni contrattuali, sia pure eseguite nell'ambito dei soli contratti di finanziamento, non conduca a risultati soddisfacenti, che conferiscano ad essa la dignità di categoria concettuale utile all'individuazione di criteri utilizzabili sul piano applicativo.

²³ Ultima in ordine temporale è Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca, Borsa tit. cred.*, 2013, 5, II, p. 498 ss. con nota di Dolmetta, secondo cui in «tema di contratto di mutuo, il riferimento contenuto nell'art. 1, comma 1, d.l. n. 394/2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori».