



VITALIANO DONATO

*Master of Arts in Economics - University of Lancaster (U.K.)
Dottore Commercialista e Revisore Contabile
Consulente Tecnico del Giudice*

STUDIO DI FINANZA ED ECONOMIA D'IMPRESA

12 febbraio 2009

**Esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile:
criteri ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e
chirografario nell'esecuzione singolare**

L'esatta determinazione del credito della banca nel caso di mutui ipotecari rileva sia nei confronti dei creditori concorrenti che nei confronti del debitore onde evitare che questi subiscano un danno ingiusto. E' sembrato pertanto opportuno riassumere in modo sintetico lo stato dell'arte a seguito dell'emanazione del TUB e della giurisprudenza della Cassazione in tema di anatocismo bancario. Sebbene le novità su tali due fronti non siano recenti, l'esercitazione è sembrata opportuna nell'ottica di predisporre un programma informatico in grado di fornire, oltre all'immediatezza del calcolo, l'assicurazione sull'integrità dei conteggi in un settore a normativa "intricata".

1) Nei contratti di mutuo vige, secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione¹, il cosiddetto criterio della *duplicità* delle obbligazioni che si assolvono con il pagamento della rata prevista dal piano di ammortamento. La prima di queste è quella di restituire la somma ricevuta in prestito (art. 1813 c.c.), la seconda di corrispondere gli interessi (art. 1815 c.c.). La circostanza che queste due obbligazioni si adempiano unitariamente con il pagamento della rata, nella quale sono comprese, è inidonea a mutare la loro natura e/o ad eliminarne l'autonomia trattandosi di una previsione che ha il solo scopo di scaglionare nel tempo le due distinte obbligazioni del mutuatario. Le due obbligazioni sono pertanto diverse sia ontologicamente che teleologicamente²;

2) la convenzione, contestuale alla stipulazione del mutuo, la quale stabilisca che sulle rate scadute decorrono gli interessi di mora sulla intera somma integra, secondo la predetta sentenza della Cassazione e nel caso di mutui ordinari, un fenomeno anatocistico vietato dall'art. 1283 c.c.. Ciò in quanto gli interessi possono produrre interessi soltanto dalla domanda giudiziale o in base a convenzione posteriore alla loro scadenza.

¹ CASS. CIV., Sez. III, 20/02/2003, n. 2593, Licata Giuseppe c. Credito Italiano spa

² Tale principio innova profondamente rispetto a risalenti massime della stessa Corte, che qualificavano il debito della rata come *unicum*, come ad esempio quella di Cass. 19/06/1990 n. 6153, radicata nella vecchia normativa di cui al TU del 1905, che recitava: "*Nella determinazione complessiva della semestralità, essendo l'interesse, soltanto una delle componenti seconda la tabella di ammortamento, le stesse vanno considerate nel loro insieme e ritenersi capitale*" (BBTC, 1991, II, p. 305).

Criteria ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e chirografario nell'esecuzione singolare: esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile

3) il divieto di cui all'art. 1283 c.c. può tuttavia essere derogato, seconda la Cassazione, solo da usi *normativi* preesistenti all'entrata in vigore del codice civile, volto che, trattandosi di regola imperativa, gli usi contrari non possono essersi formati successivamente. Sempre secondo la citata sentenza anteriormente al 1942 non esistevano però, nel campo specifico del mutuo bancario, usi normativi contrari.

4) l'art. 25, comma terzo, del D. Lgs. 04/08/1999 n. 342 (cosiddetta legge salva banche) non assume alcun rilievo essendo stato dichiarato costituzionalmente illegittimo³.

5) nel solo caso dei *mutui fondiari*, *esisteva tuttavia un principio legale che consentiva l'anatocismo*⁴, in base all'art. 38 R.D. 16/07/1905 n. 646⁵. Sennonché il testo unico fondiario è stato abrogato dal TUB (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, D. Lgs. 01/09/1993 n. 385, entrato in vigore il 01/01/1994) - il quale prevede peraltro una norma transitoria (art. 161 n. 6) del seguente tenore "*i contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori*". Ne consegue che in ogni esecuzione dovrà prioritariamente accertarsi a quando risalga la stipulazione del mutuo.

6) non è dato rinvenire nel TUB, come precisato dalla dottrina⁶, alcuna specifica norma derogatoria che ricalchi quella contenuta nell'art. 38 del TU 1905. Ne risulta che non si può ipotizzare una reviviscenza di tale norma, che prevedeva come detto espressamente la maturazione di interessi sulle rate insolute, con la conseguenza che anche nei mutui fondiari l'anatocismo, che nel nostro caso si concreta nel calcolo di interessi sulle rate scadute, è ora *contra-legem*.

7) come noto però, in base all'art. 120 (art. 3) del TUB, il CICR stabilisce le modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni bancarie prevedendo che sia assicurata la pari periodicità di conteggio degli interessi debitori e creditori. Tuttavia nel caso dei mutui è impossibile operare tale correlazione, utilizzando questa norma salva anatocismo, in quanto l'obbligo di pagare somme a titolo di interessi grava solo su una parte (mutuatario). Ne deriva quindi conclusivamente che le rate scadute non possono in alcun caso, allo stato, produrre interessi successivi se non, ovviamente, con riferimento alla sola componente capitale delle medesime. Ne consegue pertanto che non è valida la pattuizione contrattuale (*anatocismo convenzionale*) che preveda che ogni somma dovuta e non pagata

³ CORTE COST. 17/10/2000 n. 425

⁴ GIORGIANNI F. – TARDIVO C.M. (2006), *Diritto bancario*, Giuffrè, pag. 739

⁵ Normativa richiamata dal DPR 21/01/1976 n. 7 (art. 14, comma 2), nonché dalla successiva legge 06/06/1991 n. 175 (art. 16, comma 2)

⁶ GIORGIANNI F. – TARDIVO C.M. (2006), *Op. cit.*, p. 740; TARDIVO C.M., (2003), *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Giuffrè, p. 220

**Criteri ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e chirografario
nell'esecuzione singolare: esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile**

produrrà di pieno diritto dal giorno della scadenza l'interesse di mora a carico del mutuatario ed a favore della banca.

8) ove vi siano pagamenti a fronte di rate arretrate (infra), i medesimi si imputano prima ai frutti (convenzionali e moratori) e poi al capitale;

9) per quantificare l'entità del credito della banca da ammettere al riparto dell'esecuzione singolare, nel rispetto della legge, è necessario richiamare prioritariamente il seguente principio generale: le obbligazioni riguardanti gli interessi sono quelle contrattualmente fissate in quanto la portata dell'art. 2855 ha lo scopo esclusivo di determinare l'ampiezza della sola massa prelatizia (infra) mediante l'adozione di un sistema, *tetto delle annate privilegiate*, che risulta penalizzante per le condotte dilatorie del creditore (e che si risolve nell'incentivo ad attivare prontamente il ricorso all'esecuzione). Si tratta infatti degli interessi, a tasso contrattuale, delle sole due annate antecedenti e di quella in corso alla data del pignoramento, oltre a quelli legali fino alla vendita qualora ciò avvenga nell'anno successivo (*infra*).

10) la determinazione della massa del creditore ipotecario procedente (prelatizia e chirografaria) presuppone la formazione di tre sotto-masse: *a) massa del capitale; b) massa degli interessi corrispettivi; c) massa degli interessi moratori*. La massa del capitale è privilegiata; le masse degli interessi sono privilegiate o chirografarie a seconda del periodo di tempo cui si riferiscono (la legge usa l'infelice locuzione di *annata*). E' forse utile rammentare che gli interessi corrispettivi sono quelli compresi nelle rate fine alla scadenza di queste; sono invece moratori gli interessi che maturano, in caso di inadempimento del debitore, dalla predetta scadenza fino alla data di effettivo pagamento (che è identificata con quella del decreto di trasferimento), in base al più elevato tasso contrattuale di mora (incentivo economico ad adempiere e/o ad adempiere prima possibile).

11) **Massa del capitale**: si determinano prioritariamente le rate non pagate (ΣRi) alla data del decreto di trasferimento in base al piano di ammortamento, allegato al rogito del mutuo. Tali rate vengono scisse nella componente capitale ed interessi ($\Sigma Ri = \Sigma Ci + \Sigma Ii$). La componente capitale delle rate insolte (ΣCi) maggiorata del debito capitale residuo alla data del decreto di trasferimento (Dr), che risulta dal piano predetto, costituisce la massa del capitale ($\Sigma Ci + Dr$) ed ha, come detto, rango prelatizio.

12) **Massa degli interessi corrispettivi**: la componente interessi delle rate scadute (ΣIi) va distinta a seconda della scadenza di queste nel modo che segue:

12a1) l'importo delle quote interessi comprese nelle rate scadute nel periodo compreso fra le due annate anteriori alla data del pignoramento

Criteria ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e chirografario nell'esecuzione singolare: esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile

e la data del decreto di trasferimento⁷, se emesso nell'anno in corso, ha natura privilegiata ex art. 2855 c.c..⁸

ovvero alternativamente:

12a2) l'importo delle quote interessi comprese nelle rate scadute nel periodo compreso fra le due annate anteriori alla data del pignoramento e la fine dell'anno in corso, se il decreto di trasferimento è emesso successivamente, ha natura privilegiata ex art. 2855; e qualora si verifichi tale fattispecie:

12b) gli interessi calcolati al tasso legale sulla massa del capitale ($\Sigma Ci + Dr$) per il periodo intercorrente fra la fine dell'anno in corso e la data del decreto hanno rango prelatizio e vanno aggiunti a quelli sub 12a2 (questa è l'unica deroga legale al criterio secondo cui gli interessi corrispettivi da considerare privilegiati vanno calcolati al tasso contrattuale);

12c) l'importo delle quote interessi comprese nelle rate scadute prima dell'inizio del biennio anteriore alla data del pignoramento, ha natura chirografaria ex art. 2855 c.c.;

12d) gli interessi corrispettivi, risultanti dal piano di ammortamento, che eccedono la misura di cui al sub 12b per il periodo in esso previsto vanno collocati al chirografo (si tratta del disincentivo già indicato);

13) **Massa degli interessi moratori**: stante il divieto anatocistico, gli interessi moratori si calcolano sul capitale scaduto e non pagato e non sulle rate insolute. L'importo di questi interessi, avuto riguardo alla distinzione fra interessi moratori ipotecari ed interessi moratori chirografari ricalca quanto precisato al sub 12, con talune importanti modificazioni. Si determina prioritariamente la sequenza delle quote capitale insolute, in corrispondenza di ciascuna scadenza, e si calcola il monte capitale insoluto, ossia la somma delle quote capitale non rimborsate, sempre in corrispondenza di ciascuna scadenza. Con riferimento ad ogni monte capitale, così determinato, si calcola l'interesse sul medesimo al tasso di mora contrattualmente previsto e per il periodo compreso fra ogni scadenza e quella successiva (*assenza di anatocismo*⁹). Analogamente agli interessi corrispettivi, sono prelatizi gli interessi moratori relativi al periodo compreso fra l'inizio delle due annate anteriori alla data di pignoramento e la data del decreto di trasferimento, se questa cade nell'anno in corso al momento del pignoramento, ovvero fino al 31/12 di tale anno se essa è successiva (*periodo privilegiato degli interessi moratori*). Hanno invece natura

⁷ secondo la dottrina prevalente non vi è dubbio che il momento della vendita vada identificato nella data del decreto di trasferimento, inteso come atto terminale del procedimento esecutivo, volto che la garanzia si trasferisce dal bene sulla somma ricavata, sicché il decorso degli interessi deve continuare nei confronti della medesima⁷. Così pure: FERRARA F., (1974), *Il Fallimento*, Giuffrè, p. 318; BOZZA G. – SCHIAVON G., (1992), *Op. cit.*, p. 344; MINUTOLI G., (2003), *Op. cit.*; CASS. 08/09/1983, *Dir. Fall.*, 1983, II, p. 1066.

⁸ Si ritiene che il riferimento alla scadenza sia il criterio esatto di inclusione nel periodo privilegiato volto che prima di essa il creditore non potrebbe agire. Gli interessi privilegiati non sono pertanto quelli che maturano nel periodo precisato dalla legge, bensì quelli contenuti nelle rate che vengono a scadere in quel periodo.

⁹ Normalmente questo monte capitale sarà una grandezza crescente, salvo il caso di successivi pagamenti.

**Criteria ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e chirografario
nell'esecuzione singolare: esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile**

chirografaria gli interessi moratori relativi rispettivamente a periodi anteriori l'inizio e successivi alla fine del periodo privilegiato degli interessi moratori (come sopra definito);

14) non è condivisibile la tesi della Cassazione¹⁰ (Cass. 26/04/99 n. 4124), cui si è adagiata la dottrina prevalente¹¹, secondo cui per “annata in corso” deve intendersi non già l'anno solare, entro cui è avvenuto il pignoramento, bensì l'arco arco temporale della durata di dodici mesi, in quanto “l'art. 2855 adopera il termine annata nel dettare la disciplina degli interessi, che hanno una periodicità annuale, e quindi, si riferisce evidentemente alle annate degli interessi”. No!. La circostanza che gli interessi possano avere una cadenza annuale, come assume la Corte, è infatti questione assolutamente eventuale ed anche meno ricorrente; sempre più spesso infatti è dato riscontrare nella pratica, per ragioni di contenimento del rischio bancario¹², periodi di interesse che hanno durata semestrale, trimestrale ed addirittura mensile con la conseguenza che applicare il concetto di annata, elaborato dalla Cassazione, a tali fattispecie è impossibile. Ne consegue che lo strumento interpretativo elaborato dalla Corte è inutile. Parimenti privi di logica appaiono taluni tentativi di aggirare il problema affermando che per annata deve intendersi il periodo di tempo di 365 giorni decorrente dalla data di insorgenza del debito¹³, dato che tale proposizione non ha alcun riscontro nel dato testuale della legge. Interpretare l'annata come anno solare supera invece tale ostacolo e risulta più coerente sul piano sistematico avendo il legislatore con riferimento al pegno, che condivide la stessa natura di garanzia reale dell'ipoteca, statuito, all'art. 2788, che “la prelazione ha luogo anche per gli interessi **dell'anno in corso alla data del pignoramento**”. A corredo si riporta infine un pertinente rilievo formulato da una dottrina¹⁴ secondo cui “non è possibile definire in astratto quale sistema (anno solare o 365 giorni precedenti) sia più favorevole per il creditore o per la massa dei creditori per cui un criterio interpretativo che facesse riferimento al parametro della convenienza e della tutela dei creditori o del debitore sarebbe inutilizzabile”.

15) si ritiene senz'altro errato il principio enunciato in alcune sentenze della Cassazione e pronunce della giurisprudenza¹⁵, secondo cui gli interessi corrispettivi e quello moratori costituiscono categorie differenti con la conseguente impossibilità di “assimilazione delle due categorie di interessi”, di tal che gli interessi moratori vanno collocati al chirografo. Sebbene l'art.

¹⁰ Il Fallimento, 2/2000, p. 170

¹¹ MINUTOLI G., (2003), *Op. cit.*, p. 704; PUCCINI (2000), *La disciplina degli interessi del fallimento*, Riv. Dir. Proc., p. 837; PAJARDI P., (2004) (a cura di) COLESANTI V., *Op. Cit.*, Giuffrè p. 422; CASS 26/04/99 N. 4124, Il fallimento, 2/2000, p. 170; FERRO M., a cura di, (2005), *Le insinuazioni al passivo*, Tomo I, p. 464, Cedam

¹² A parità di durata totale, una maggiore frammentazione del numero delle rate, determina un diminuzione della cosiddetta *duration*, ossia della durata media effettiva del rientro della banca. v. BENNINGA S., (2008), *Financial modeling*, The MIT Press, p. 671-691

¹³ MINUTOLI G. (2003), *Op. cit.*, pag. 704

¹⁴ BOZZA G. – SCHIAVON G. (1992), *Op. cit.*, p. 336 (nota 108)

¹⁵ Cass. CASS 26/04/99 n. 4124. *cit.*; CASS. 10070/99; CASS, 8657/98; TRIB. PADOVA 13/01/04 citate in FERRO, *Op. cit.*, p. 464 par. 39

Criteri ed algoritmi per l'esatta determinazione del debito ipotecario e chirografario nell'esecuzione singolare: esame economico-giuridico dell'art. 2855 codice civile

2855 usi genericamente il termine “interessi”, è d'uopo riconoscere che l'interesse costituisce il prezzo dell'uso del capitale¹⁶ con la conseguenza che interessi corrispettivi e moratori si confondono, rivestendo la stessa natura e funzione economica, sicchè una loro separazione, che penalizza in modo ingiusto le possibilità pratiche del loro recupero, è sul piano logico assurda¹⁷.

16) è stato ritenuto dalla Cassazione¹⁸ che la penale spettante alla banca per l'anticipata estinzione del mutuo abbia natura chirografaria. Si ritiene che tale statuizione sia esatta in quanto l'estensione del privilegio ipotecario è definita dall'art. 2855 che non comprende la fattispecie. Tale compenso, essendo previsto in contratto, non va dunque escluso dal reparto ma va collocato al chirografo.

¹⁶ FRIEDMAN M., (1962), *Price Theory*, Aldine Publishing Company, Chicago

¹⁷ Secondo la dottrina il comma 2° dell'art. 2855, che determina unicamente la dimensione degli interessi privilegiati, si riferisce sia a quelli corrispettivi che a quelli moratori, ove si consideri anche che esso non pone alcuna limitazione al riguardo. Così BOZZA G. – SCHIAVON G., (1992), *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Giuffrè, p. 337-339; MINUTOLI G., (2003), *Crediti insinuati al passivo fallimentare ed interessi*, Il Fallimento, p. 704

¹⁸ CASS. 6487/66, citata in FERRO, *Op. cit.*, Tomo I, p. 465,