

PROFILI CIVILISTICI DELL'USURA NEL CONTRATTO DI MUTUO E DI APERTURA DI CONTO CORRENTE

MAURO BERNARDI
Magistrato in Mantova

Sommario: 1. Introduzione - 2. La novellata disciplina del mutuo - 3. Le questioni di diritto intertemporale - 4. Profili particolari: gli interessi moratori – 5. Segue: la clausola penale - 6. Segue: la clausola penitenziale – 7. Segue: le spese per la cancellazione dell'ipoteca e di chiusura - 8. Il contratto di apertura di credito: la capitalizzazione, le valute, il *ius variandi* - 9. Segue: la commissione di massimo scoperto - 10. Gli effetti del superamento del tasso-soglia.

1. Introduzione

La disciplina giuridica dell'usura è articolata in un complesso di misure di sia di carattere civile che penale, il cui coordinamento appare indispensabile onde consentire una più efficace repressione del fenomeno e si colloca in un contesto ove, accanto al principio dell'autonomia contrattuale e della libertà di iniziativa economica (v. art. 41 I co. Cost.), trova affermazione anche quello solidaristico (v. artt. 2, 3, 41 II co. Cost.) sicché non risultano più accettabili né un eccessivo squilibrio contrattuale né una illimitata libertà delle parti nel fissare il contenuto del contratto.

Già il codice civile conteneva una serie di disposizioni volte a regolare il fenomeno dell'usura ed a tal fine vengono in considerazione, in particolare, l'art. 1815 c.c. in tema di mutuo e l'art. 1448 c.c. in tema di rescissione *ultra dimidium*.

Altre norme vengono inoltre in considerazione ai fini della disciplina del fenomeno in esame e cioè l'art. 1384 c.c. (che concerne la riduzione giudiziale della clausola penale eccessivamente onerosa), l'art. 1526, 2° comma, c.c. (che consente la riduzione giudiziale dell'indennità convenuta per il caso di risoluzione della vendita con riserva di proprietà), l'art. 1500, 2°

co., c.c. (che statuisce la nullità del patto con il quale, nel caso di vendita con patto di riscatto, si convenga la restituzione di un prezzo superiore a quello pattuito al momento della vendita) ed ancora gli artt. 2744 e 1963 c.c. in tema di patto commissorio (è sancita la nullità del patto il cui venir meno non implica, peraltro, né l'estinzione del credito garantito dalla cosa data in pegno o in ipoteca, né l'estinzione di tali garanzie, bensì la mera estinzione del patto stesso)¹.

Il legislatore del 1942 è ricorso talora al meccanismo della nullità parziale o della riduzione delle clausole usurarie (v. artt. 1815 II° co. c.c.; 1500 II° co. c.c.), talaltra alla riconduzione ad equità del rapporto (v. art. 1384 c.c.; art. 1526, II co. c.c.), imponendo come regola generale quella dello scioglimento del contratto su domanda della parte lesa, salva la possibilità di ricondurre ad equità il rapporto lesivo (v. artt. 1450 c.c.): l'intento perseguito è stato dunque quello della conservazione del contratto in un ambito ove assumeva preminente rilievo, per l'integrazione della fattispecie vietata, una particolare connotazione dell'elemento soggettivo (sussistenza dello stato di bisogno di una parte di cui l'altra avesse approfittato per trarne vantaggio: vedasi il testo, rimasto inalterato, dell'art. 1448 c.c. che costituiva il completamento in sede civile della repressione del fenomeno usurario attuata in sede penale dall'art. 644 c.p.).

Agli inizi degli anni novanta il legislatore, resosi conto della necessità di affrontare con maggiore efficacia il fenomeno usurario, divenuto uno dei punti di forza della criminalità organizzata, è ripetutamente intervenuto operando su diversi livelli che vanno dalla prevenzione (si vedano le disposizioni contenute nel d.l. 8 giugno 2002 n. 306 convertito con legge 7 agosto 2002 n. 356) alla repressione civile e penale, attuata con un intervento maggiormente organico per effetto dell'emanazione della legge 7 marzo 1996, n. 108 e nella quale sono contenute anche misure di natura premiale (v. art. 17 in tema di riabilitazione del debitore protestato)².

¹ Sul tema vedasi S. IADEVAIA, *Squilibrio ed usura nei contratti. La tutela civile*, in *Il nuovo diritto dei consumatori*, Torino, 2009, 425 e segg..

Ulteriori disposizioni volte ad eliminare lo squilibrio contrattuale sono contenute in norme speciali: v. art. 33 e segg. del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (sulla tutela del consumatore); art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (in tema di abuso di posizione dominante); art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 (in tema di abuso di dipendenza economica). Del tutto particolare la fattispecie di cui all'art. 7 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (in tema di ritardo nei pagamenti) ove il legislatore si preoccupa di tutelare il creditore.

² Degno di menzione è anche l'art. 20 della legge 23 febbraio 1999, n. 44 che prevede, in presenza di determinati presupposti, la sospensione delle procedure esecutive nei confronti dei debitori vittime dell'usura (sulla disciplina del rapporto fra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa implicato da tale disposizione v. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1496 nonché Corte Cost. 23 dicembre 2005, n. 182).

Gli obiettivi perseguiti sono stati quelli di rendere la disciplina penale dell'usura più facilmente applicabile conferendo un più marcato carattere oggettivo alla fattispecie vietata e di estendere l'ambito di intervento anche alle fattispecie di usura reale, concernenti cioè i comportamenti aventi ad oggetto la prestazione di servizi o la vendita di immobili (viene infatti punito, ai sensi del novellato articolo 644 c.p., chi si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, interessi o vantaggi usurari, in corrispettivo non più solo, come in passato, di una prestazione di denaro ma anche di altra utilità), caratteri questi che valgono anche per la disciplina civilistica del fenomeno.

Occorre al riguardo evidenziare che la formulazione della disciplina emanata è assai ampia e può trovare applicazione a tutti i contratti di scambio (con l'eccezione di quelli aleatori) sicché è stato ritenuto privo di giuridico fondamento il rilievo che la legge 28 febbraio 2001, n. 24 -contenente norme di interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108- si applichi solo ai contratti di mutuo (e non a quelli di conto corrente): la norma prescinde infatti dalla qualificazione del rapporto in cui siano convenuti interessi usurari e il generale richiamo all'art. 644 c.p. estende il campo di applicazione a tutte le fattispecie negoziali in concreto penalmente sanzionabili³; quanto all'interesse usurario tale espressione è da intendersi nel senso di corrispettivo, in qualunque forma, del godimento di un determinato capitale.

La caratterizzazione in senso marcatamente oggettivo della fattispecie usuraria è avvenuta, da un lato, prevedendo che la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (v. art. 644 III co. c.p.) e, dall'altro, demandando al Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi, il compito di rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio (c.d. t.e.g.m.), comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari

Mentre secondo Cass. 22 gennaio 2009, n. 1613 la sospensione dei termini di decadenza prevista dall'art. 20 della legge n. 44/1999 trova applicazione anche con riguardo alle cause inerenti alla dichiarazione e revoca del fallimento, va segnalato che rimane controverso nella giurisprudenza di merito se la sospensione prevista dalla predetta norma possa trovare applicazione al procedimento per la dichiarazione di fallimento: si sono pronunciati in senso favorevole Trib. Palmi 19 marzo 2007; Trib. Reggio Calabria, 26 aprile 2007; Trib. Ascoli Piceno 9 ottobre 2008, *inedite*; in senso contrario risultano invece orientati Trib. Palermo, 4 ottobre 2000 in *Il Fall.*, 2001, 1033 con nota di RUSSO LIBERTINO ALBERTO, *Benefici della legge antiracket e dichiarazione di fallimento*; Trib. Udine 19 maggio 2008, *inedita*.

³ V. Cass. 12 luglio 2007, n. 15621.

finanziari, attività che deve essere effettuata classificando le operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie⁴.

E' stato poi previsto che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, venga individuato nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà (c.d. tasso-soglia).

Merita subito evidenziare che, a fronte dell'intenzione del legislatore di creare un parametro fisso e facilmente calcolabile per determinare il tasso usurario onde evitare le incertezze derivanti dalla precedente struttura della norma che lasciava ampi margini di discrezionalità all'interprete, si sono presentate notevoli difficoltà in sede applicativa soprattutto in ordine alla individuazione degli oneri da prendere in considerazione al fine di accertare la usurarietà del singolo rapporto di credito, difficoltà accentuate anche dal fatto che, mentre il tasso-soglia è sempre rappresentato in termini percentuali annui non altrettanto avviene, di regola, per il dato costituito dal costo del credito in concreto sopportato: di qui la necessità di esprimere in termini di interesse percentuale annuo tutte le remunerazioni che siano collegate all'erogazione del credito.

Non è rimasta estranea alla figura dell'usura l'ipotesi tradizionale (denominata usurarietà in concreto o in parallelo) la cui disciplina si rinviene nel comma terzo dell'art. 644 c.p. secondo cui "Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria", disposizione che realizza la chiusura del sistema, onde evitare che possano permanere ambiti sottratti alla repressione⁵.

Va tuttavia notato che, anche in tale disposizione, la valenza dell'elemento soggettivo risulta attenuata posto che, per l'integrazione della fattispecie, non viene più richiesto come in passato l'approfittamento

⁴ Sui compiti tecnici della Banca d'Italia vedasi R. MARCELLI, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, in *Banche, consumatori e tutela del risparmio* (a cura di S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI), Milano, 2009, 433.

⁵ Si rammenta che costituisce solo una aggravante ai sensi dell'art. 644 V co. c.p. la commissione del reato in danno di chi si trova in stato di bisogno.

dell'altrui stato di bisogno⁶ e cioè la piena consapevolezza di tale condizione (in termini penalistici il dolo diretto) essendo sufficiente la previsione che la vittima dell'usura si trovi in condizioni di difficoltà (è quindi sufficiente il dolo generico o eventuale).

Va sottolineato che, ove si intenda sostenere la natura usuraria del mutuo sotto tale profilo, la relativa prospettazione dovrà essere formulata nel primo atto difensivo o, al più tardi, nella memoria ex art. 183 VI co. n. 1 c.p.c. posto che, per l'integrazione della fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 644 c.p., è richiesta la sussistenza di fatti materiali parzialmente diversi rispetto a quelli previsti dal primo comma del predetto articolo la cui deduzione deve essere tempestiva onde consentire il pieno articolarsi del contraddittorio.

In proposito va osservato che tale fattispecie risulta di più complesso accertamento rispetto a quella (apparentemente più semplice) integrata dal combinato disposto di cui ai commi I e III dell'art. 644 c.p., atteso che la verifica della sua sussistenza postula valutazioni maggiormente discrezionali da parte del giudicante; non va tuttavia sottovalutata la circostanza che, fra i giudici di merito, si sono già manifestati notevoli contrasti interpretativi data la mancanza di univocità nella individuazione degli oneri rilevanti ai fini del calcolo del t.e.g.m..

Va aggiunto che l'integrazione di tale ipotesi di fattispecie usuraria richiede la sproporzione fra le prestazioni avuto riguardo al tasso medio praticato per operazioni simili (la misura del t.e.g.m. può costituire utile elemento di raffronto) nonché l'esistenza di una condizione di difficoltà economica o finanziaria in capo al soggetto richiedente l'erogazione del credito: a tale riguardo occorre rammentare che talvolta si era ravvisato nella stessa stipula del contratto a condizioni inique la prova dello stato di bisogno della vittima⁷.

Il raggiungimento dell'obiettivo di una più efficace repressione del fenomeno usuraio è venuto ad intersecarsi con quello finalizzato a garantire una sempre maggiore trasparenza del mercato del credito (si vedano in proposito la legge 17 febbraio 1992 n. 154 e poi il d. lgs. 1 settembre 1993, n.

⁶ Lo stato di bisogno va inteso non come assoluta indigenza, ma come una situazione di difficoltà economica che incida sulla libera determinazione a contrarre e costituisca, quindi, il motivo dell'accettazione della sproporzione tra le prestazioni da parte del contraente danneggiato (cfr. Cass. 13 gennaio 2009, n. 3646).

⁷ In tal senso si è ripetutamente espressa la Suprema Corte in sede penale: v. Cass. 13 novembre 2008, n. 45152; Cass. 30 ottobre 2008, n. 44899; Cass. 14 gennaio 2008, n. 6897; Cass. 1 settembre 1987, n. 9450; Cass. 31 gennaio 1987, n. 1207. In senso contrario vedasi invece Cass. 14 gennaio 2008, n. 6897.

385⁸) e ciò al fine di favorire la concorrenza fra gli operatori bancari e ridurre i costi della concessione del credito nonché di tutelare i c.d. soggetti deboli ed in particolare, ma non solo, i consumatori,

finalità perseguita attraverso l'accentuazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario nell'intento di attenuare la sproporzione esistente fra le parti e che dipende dalla loro diversa forza economica e concerne anche il patrimonio di specifiche conoscenze tecniche sia degli strumenti negoziali che delle regole di funzionamento del mercato del credito e della finanza.

Si deve aggiungere, come ulteriore notazione preliminare, che sempre più spesso la sproporzione fra le prestazioni può dipendere da voci diverse dagli interessi e cioè da oneri e spese di frequente non chiaramente indicati al cliente al momento della stipulazione del contratto sicché particolare attenzione va posta nell'esame della disciplina legale (non sempre completa) e negoziale di tali accessori.

2. La novellata disciplina del mutuo

Venendo ad esaminare i casi di contratti bancari che con maggiore frequenza hanno dato luogo a controversie vengono in considerazione il mutuo ed il contratto di apertura di conto corrente.

Con riguardo alla prima fattispecie⁹ per effetto della legge 108/1996, viene novellato l'art. 1815 II co. c.c. che sostituisce l'originario meccanismo della riduzione del tasso usurario alla misura legale con la conversione del mutuo usurario in mutuo gratuito, modifica assai criticata essendosi evidenziato che la nuova formulazione, di accentuato carattere sanzionatorio, mal si concilierebbe con gli obiettivi di regolazione e trasparenza del sistema legale del credito, rispetto ai quali il previgente meccanismo di riequilibrio del rapporto contrattuale sembrava essere più congruente: da tale regola deriva infatti che il mutuo rimane in vita e diviene gratuito sicché il mutuatario continua a beneficiare del differimento del termine di restituzione

⁸ Altre interessanti disposizioni si rinvengono nel d. lgs. 206/2005 in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari.

Di rilievo anche le indicazioni in tema di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" emanate nel luglio 2009 dalla Banca d'Italia e reperibili sul sito www.bancaditalia.it.

⁹ Sul tema vedasi B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1999, fasc. 3.

della somma erogatagli ed inoltre le rate saranno costituite solo dalla quota capitale.

La modifica dell'art. 1815 II co. c.c. è stata essenzialmente dettata da due esigenze: da un lato quella di rafforzare gli strumenti di tutela contro il fenomeno dell'usura, attraverso una norma di contenuto afflittivo e, dall'altro, quella di privilegiare l'esigenza di conservazione del contratto ed evitare la declaratoria di nullità, che avrebbe, altrimenti, imposto al mutuatario l'immediata restituzione del capitale percepito aggravando, così, la posizione proprio del soggetto bisognoso di tutela¹⁰.

3- Le questioni di diritto intertemporale

L'introduzione della legge 108/1996 ha creato particolari problemi di diritto intertemporale nel senso che si è posto il problema della disciplina dei contratti di mutuo stipulati prima dell'entrata in vigore della legge 108/1996 ed in proposito si può distinguere il caso del mutuo in relazione al quale, già al momento della stipula, la misura degli interessi era superiore alla prima rilevazione da parte del Ministro del Tesoro da quello nel quale il superamento del tasso soglia è avvenuto successivamente per effetto della progressiva diminuzione del costo del denaro¹¹.

In proposito va osservato che la Corte di Cassazione¹², in linea di continuità rispetto alla soluzione adottata in tema di fideiussione omnibus con riguardo alla novella dell'art. 1938 c.c.,¹³ ha stabilito il principio della immediata applicazione della legge 108/1996 anche ai rapporti di mutuo stipulati in data anteriore alla entrata in vigore di tale legge in quanto l'obbligazione degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione, ma si concretizza in una serie di prestazioni successive.

¹⁰ Sui profili di interpretazione dell'art. 1815 II c. c.c. vedasi B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 239 e segg..

¹¹ Equipara espressamente le due fattispecie Cass. 12 novembre 2008, n. 27005. Per una ampia disamina della dottrina e della giurisprudenza su tale aspetto vedasi G. GIUSTI, *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, Banca, borsa e titoli di credito, 2001,1, 110.

¹² Si veda in particolare la sentenza 17 novembre 2000, n. 14899 che consolida l'orientamento già espresso con le decisioni 22 aprile 2000, n. 5286 e 2 febbraio 2000, n. 1126.

¹³ Si è ritenuto che l'art. 1938 c.c. nel testo introdotto con la legge 17 febbraio 1992, n. 154 non abbia efficacia retroattiva e non si applichi ai rapporti già sorti; le fideiussioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore della legge di riforma sono tuttavia inoperanti rispetto alle obbligazioni sorte in epoca successiva (v. Corte Cost. 27 giugno 1997, n. 204 nonché, *ex multis*, Cass. 3 settembre 2007, n. 18529 ove ampi richiami dei precedenti di legittimità).

La Suprema Corte (subito seguita da molti giudici di merito)¹⁴ ha così aderito alla tesi della nullità parziale sopravvenuta con la conseguenza che, ove al momento della corresponsione degli interessi questi superino il tasso-soglia, la clausola (in origine validamente stipulata) è stata ritenuta nulla (si tratta di nullità parziale ex art. 1419 II co. c.c.) con l'effetto dell'applicazione, in virtù del meccanismo previsto dall'art. 1339 c.c., del tasso previsto dalla legge: il rapporto rimane dunque in vita e non trova applicazione il disposto di cui al secondo comma dell'art. 1815 c.c. il cui ambito operativo si ritiene limitato all'ipotesi in cui sin dal momento della stipulazione vengano convenuti interessi in misura eccedente il tasso previsto dalla legge.

Il fondamento di tale assunto viene rinvenuto, in particolare, nella lettera della norma di interpretazione autentica della legge 108/1996 operata dalla legge n. 24/2001 che ha escluso la usurarietà sopravvenuta stabilendo che si deve avere riguardo agli interessi che superano il limite legale nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

La giurisprudenza ha poi avuto modo di specificare che il principio dell'applicabilità della nuova normativa vale ove il rapporto non si sia esaurito e non osta a ciò la pendenza di una controversia sulle obbligazioni derivanti dal contratto e rimaste inadempite, le quali non implicano che il rapporto contrattuale sia ancora in atto, ma solo che la sua conclusione ha lasciato in capo alle parti, o ad una di esse, delle ragioni di credito¹⁵.

In dottrina si è criticamente rilevato come non sia stata adottata la soluzione consistente nella rinegoziazione del mutuo, pur introdotta dal legislatore in singole ipotesi¹⁶ opzione che sembra essere maggiormente conforme ai principi del diritto contrattuale europeo, prescinde da un inadempimento delle parti e non determina una novazione del rapporto (e non comporta quindi l'estinzione della garanzia acquisita)¹⁷.

La legge 108/1996 ha poi direttamente disciplinato, all'art. 3, l'ipotesi dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della legge 108/1996 ma anteriormente alla prima rilevazione trimestrale del t.e.g.m. (avvenuta con d.m. 22-3-1997): in proposito va osservato che la prima rilevazione del tasso-

¹⁴ In dottrina era stata prospettata anche la tesi della inesigibilità sopravvenuta: v. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, 114 e ss..

¹⁵ Cfr. Cass. 30 novembre 2007, n. 25016; Cass. 22 luglio 2005, n. 15497.

¹⁶ Si vedano in tema di mutui edilizi agevolati l'art. 29 della legge 13 maggio 1999, n. 133 e, più di recente, con riguardo agli immobili destinati a prima abitazione, l'art. 3 del d.l. 27 maggio 2008, n. 93 convertito con legge 24 luglio 2008, n. 126.

¹⁷ Sottolinea particolarmente tale profilo, P. DAGNA, *op. cit.*, 124 e ss..

soglia può costituire utile parametro di riferimento (unitamente ad altre circostanze da valutarsi nel singolo caso) per verificare l'esistenza della sproporzione fra le prestazioni mentre, in coerenza con le linee direttive seguite dalla riforma, l'elemento soggettivo assume una rilevanza piuttosto attenuata in quanto ridotto alla conoscenza delle condizioni di difficoltà del soggetto richiedente il finanziamento¹⁸.

4. Profili particolari: gli interessi moratori

Nell'ambito della verifica circa il superamento del tasso-soglia è stato sollevato il dubbio se anche tale tipologia di interessi soggiaccia alla disciplina di cui alla legge 108/1996 e ciò in relazione alla circostanza che l'art. 1815 c.c. fa diretto riferimento solo agli interessi corrispettivi¹⁹, che le due tipologie di accessori hanno natura diversa, che il mercato prevede per quelli moratori una misura mediamente superiore rispetto a quella applicata agli altri, dubbio alimentato dal fatto che la Banca d'Italia in un primo tempo (vedasi le Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ed. 1996) non li prendeva in considerazione ai fini del calcolo del t.e.g.m. e che, a partire dal d.m. 25-3-2003, viene precisato che i tassi effettivi globali medi non sono comprensivi degli interessi moratori di cui viene comunque separatamente rilevata la misura a fini conoscitivi.

Premesso che, ove si computassero nel valore medio elementi di costo che attengono a profili patologici, si produrrebbero effetti distorsivi in quanto si determinerebbe un incremento del parametro di riferimento atteso che il tasso fisiologico tenderebbe ad avvicinarsi a quello patologico laddove la finalità perseguita dal legislatore è quella invece di contenere i tassi anomali, va osservato che, secondo la giurisprudenza di legittimità, stante la lettera della norma di interpretazione autentica (v. art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 convertito con legge 28 febbraio 2001, n. 24 che fa riferimento agli interessi promessi o comunque convenuti "a qualunque titolo"), anche per tale tipologia di interessi vale il limite derivante dalla normativa antiusura²⁰, soluzione questa che trova conforto anche nel testo della relazione illustrativa al disegno di legge.

¹⁸ Fra le poche decisioni editate sul punto si segnala Trib. Avellino 12 aprile 1999 in *Dir. Fall.*, 1999, 916.

¹⁹ Per un esame dei profili concernenti gli interessi a tasso variabile vedasi A. Turco, *Il tasso soglia usurario e il contratto di mutuo*, Riv. notariato, 2005, 2, 265.

²⁰ Cfr. Cass. 4 aprile 2003, n. 5324; Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899; v. anche Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29.

Va osservato che in dottrina tale interpretazione è stata assai criticata sostenendosi, da parte di alcuni autori, l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. stante la natura penale degli interessi mentre da parte di altri si è invocato il disposto di cui all'art. 33 II co. del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206²¹.

Ulteriore elemento a favore della tesi qui sostenuta può trarsi dal fatto che il secondo comma dell'art. 2 bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito con legge 28 gennaio 2009, n. 2 fa riferimento agli interessi senza alcuna specificazione.

In considerazione della diversa natura rivestita dalle due menzionate tipologie di interessi deve ritenersi che, al fine di verificare l'eventuale superamento del tasso-soglia, quelli moratori non possano essere cumulati con quelli compensativi dovendosi d'altro canto rilevare che essi non gravano contemporaneamente sul debitore.

Da quanto precede deriva che, prima del d.m. 25 marzo 2003, per stabilire la natura usuraria degli interessi moratori si deve avere riguardo ai tassi-soglia rilevati ogni trimestre mentre, a partire da tale decreto, si pone il problema se si debba o meno tenere conto della separata rilevazione (tesi questa espressamente sostenuta dall'A.B.I. secondo cui il tasso soglia degli interessi moratori va determinato nella percentuale prevista per gli interessi corrispettivi, maggiorata di 2,1 punti percentuali, aumentata della metà e, peraltro, assai criticata essendosi sottolineata la natura meramente statistica e parziale della distinta rilevazione di tali accessori operata dalla Banca d'Italia).

In dottrina è stato inoltre sostenuto che la separata rilevazione degli interessi moratori, mantenuta anche nel d.m. 24 settembre 2009, troverebbe spiegazione nel carattere transitorio di tale disciplina²² in attesa che vengano individuati i nuovi dati alla stregua delle innovazioni contenute nella legge 28 gennaio 2009 n. 2 di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 sicché, a tutto volere concedere, in futuro la misura del tasso-soglia dovrebbe essere identica sia per tali interessi che per quelli corrispettivi.

Si può immaginare che il superamento del tasso-soglia, con riguardo agli interessi moratori, risulti già al momento della stipulazione del negozio

²¹ Tale norma stabilisce che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo.

²² Va rilevato che l'art. 2 bis del d.l. 185/2008 convertito con la legge 2/2009 prevede l'emanazione di disposizioni transitorie per stabilire il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p..

potenzialmente usurario: poiché l'art. 1 del d.l. 394/2000 fa riferimento ad interessi promessi o comunque convenuti l'unica conseguenza possibile sembra quella della nullità *ab origine* della specifica clausola che li prevede con la conseguenza che essi non sono dovuti (in analogia con quanto previsto per quelli corrispettivi).

Occorre anche ricordare che nelle ipotesi di mutuo per il quale sia previsto il pagamento di rate costanti comprensive di parte del capitale e degli interessi, questi ultimi conservano la loro natura e non si trasformano invece in capitale da restituire al mutuante sicché la capitalizzazione degli interessi non è legittima²³ così come non è legittimo l'anatocismo in caso di risoluzione anticipata del contratto di mutuo²⁴ mentre la giurisprudenza di legittimità è pervenuta a diversa soluzione con riguardo ai mutui fondiari stipulati in base alla normativa vigente anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385²⁵.

In relazione a tali profili viene quindi in rilievo la tematica concernente se nella determinazione del superamento del tasso-soglia si debba tenere conto della capitalizzazione.

Accanto alla opinione favorevole che fa leva sull'ampio significato della nozione di remunerazione e che ha trovato conforto in parte della giurisprudenza di merito²⁶ ed in dottrina, se ne affianca una contraria che si fonda sul dato secondo cui il tasso-soglia è quello individuato con il decreto ministeriale emesso sulla base dei criteri enunciati nelle Istruzioni della Banca d'Italia che non prendono in considerazione tale parametro²⁷.

Spesso inoltre sono previste ulteriori voci (c.d. accessori della mora: ad es. commissioni di insoluto) che comportano un aumento del risarcimento a

²³ In tal senso vedasi Cass. 20 febbraio 2003, n. 2593; Cass. 6 maggio 1977, n. 1724.

²⁴ V. Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449 che ha fatto applicazione dell'art. 120 t.u.l.b. come integrato dalla delibera CICR del 9 febbraio 2000; si vedano anche Cass. 18 gennaio 2006, n. 870; Cass. 22 marzo 2005, n. 6187; Cass. 25 febbraio 2005, n. 6187; Cass. 25 febbraio 2005, n. 4095; Cass. 25 febbraio 2005, n. 4092).

²⁵ Cfr. Cass. 31 gennaio 2006, n. 2140.

²⁶ V. Trib. Pescara, 18 novembre 2005 in www.ilcaso.it; nello stesso senso v. anche Trib. Pescara 5 settembre 2008, *inedita*.

²⁷ V. in proposito Cons. Stato 22 novembre 2001, n. 5933. Ha statuito che “sui risultati non può incidere la clausola di capitalizzazione trimestrale atteso che le rilevazioni di mercato in base a cui vengono emanati i vari d.m. fanno riferimento ai tassi pattuiti in sé considerati, senza commisurare la loro determinazione alle conseguenze delle clausole di capitalizzazione, come si desume a contrario dall'art. 2 I co. della legge 108/1996 e successivi d.m. attuativi ove si precisa essere inglobato nel tasso medio trimestrale, oggetto di rilevazione, l'effetto di “commissioni e di remunerazioni a qualsiasi titolo”, mentre nulla si dice con riferimento alla capitalizzazione trimestrale, considerata pertanto estranea al conteggio sulla soglia di raffronto e sulla usurarietà dei tassi” App. Torino, 14 febbraio 2002, n. 203, *inedita*.

carico del soggetto inadempiente (va rammentato che l'art. 8 III co. del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40 -c.d. decreto Bersani bis- stabilisce la nullità di ogni patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1): premesso che occorre verificare alla luce del testo delle singole clausole se gli accessori della mora siano convenuti per l'ipotesi di inadempimento assoluto o per il semplice ritardo, ulteriore profilo problematico concerne la compatibilità di tali ulteriori oneri con la fissazione convenzionale degli interessi di mora dato che l'art. 1224 II co. c.c. dispone che al creditore che dimostri di avere subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento e che questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori: la Suprema Corte²⁸ ha tuttavia ritenuto che l'art. 1224 c.c. non precluda al creditore di ottenere il risarcimento ulteriore rispetto a quello stabilito *a priori* in contratto.

Ad ogni modo deve ritenersi che il tasso-soglia non possa essere superato atteso che anche tali oneri sono collegati all'erogazione del credito e, quindi, assumono rilevanza ai fini della disciplina anti-usura.

Per verificare se siano stati applicati interessi anatocistici illegittimi e/o comunque usurari sarà necessario analizzare il piano di ammortamento (che si ritiene abbia natura di clausola negoziale)²⁹ e verificare il tasso moratorio concordato: in proposito deve rilevarsi che il piano deve essere stato prodotto dalla parte interessata nei termini assegnati per le deduzioni probatorie³⁰.

²⁸ V. Cass. 7 aprile 1992, n. 4251.

²⁹ V. Cass. 19 aprile 2002, n. 5703.

³⁰ Non può ritenersi che il piano di ammortamento costituisca un fatto accessorio sicché deve escludersi che il c.t.u. possa acquisire tale documento facendo leva sul principio secondo cui egli deve svolgere le necessarie indagini per rispondere al quesito formulatogli dal giudice (v. art. 194 c.p.c.).

Per una recente disamina dei profili concernenti l'acquisizione di documenti da parte del consulente d'ufficio v. P. WIDMANN, *Produzione in fase istruttoria di ulteriori documenti "di contorno": limiti della ammissibilità* in *Il Corriere giuridico*, 2009, 1090 e segg..

Va anche rammentato, quanto alla violazione di decreti ministeriali determinativi del tasso previsto dalla legge 108/1996, che la loro natura di atti amministrativi rende inapplicabile il principio *iura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c., che va coordinato con l'art. 1 disp. prel. c.c. il quale non comprende tali atti fra le fonti del diritto (v. Cass. 26 giugno 2001, n. 8472; in senso analogo con riguardo ai decreti ministeriali v. Cass. 26 agosto 2002, n. 12476; v. anche Cass. 5 luglio 1999, n. 6933): anche per tali atti si pone dunque il problema della loro tempestiva produzione in giudizio.

5. Segue: la clausola penale

Maggiori incertezze riguardano la rilevanza, ai fini della disciplina antiusura, della clausola penale la cui disciplina si rinviene nella disposizione di cui all'art. 1382 c.c..

Ove si aderisca alla tesi secondo cui la clausola penale ha funzione risarcitoria ed è diretta a determinare in via preventiva il danno risarcibile, ne deriva che essa riveste la medesima natura degli interessi moratori sicché nulla osta a che se ne debba tenere conto nella valutazione circa il superamento del tasso-soglia e, d'altro canto, va rilevato che il termine remunerazione utilizzato dall'art. 2 della legge 108/1996 ha contenuto ampio.

Potrebbe ipotizzarsi che, per effetto della previsione della clausola penale, già al momento della stipulazione del negozio risulti superato il tasso-soglia ed allora valgono le considerazioni sopra svolte a proposito degli interessi moratori.

L'ipotesi più semplice è che gli interessi moratori pattuiti rispettino il tasso-soglia e che il superamento di tale parametro derivi dalla applicazione di una clausola penale: in tal caso gli interessi dovranno essere ridotti nei limiti del c.d. tasso di legge.

Appare peraltro doveroso segnalare l'opinione contraria secondo cui, stante la diversa funzione svolta la clausola penale (la quale può anche essere diretta a risarcire, in via preventiva, il lucro cessante ex art. 1224 II co. c.c. e cioè il danno ulteriore), tale voce non può venire in considerazione ai fini della disciplina antiusura³¹.

Naturalmente rimane sempre possibile che la fattispecie rientri nell'ipotesi di c.d. usura in concreto di cui al terzo comma dell'art. 644 c.c..

6. Segue: la clausola penitenziale

Con riguardo invece alla clausola penitenziale o per estinzione anticipata va notato che si tratta di clausola diversa da quella penale che non presuppone l'inadempimento di una delle parti (cfr. art. 1373 c.c.)³² ed è pacificamente

³¹ L'unico rimedio sarebbe quindi quello della riduzione ad equità ex art. 1384 c.c. che il giudice può disporre anche d'ufficio (v. Cass. 28 marzo 2008, n. 8071).

³² V. anche l'art. 33 del d. lgs. 206/2005 secondo cui si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere; nonché

ammessa a favore del solo mutuatario (va rammentato che, per effetto dell'art. 7 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40, è stata abolita la possibilità di prevedere siffatta clausola nell'ambito dei mutui concernenti l'acquisto o la ristrutturazione di immobili da destinarsi ad abitazioni nonché di quelli destinati allo svolgimento di attività economica o professionale del destinatario sempreché il mutuatario sia persona fisica ed inoltre è stato fatto divieto ai soggetti mutuanti di rifiutare la rinegoziazione dei mutui): con tale pattuizione si consente al mutuatario di recedere anticipatamente dal contratto restituendo anzitempo il capitale ancora dovuto e corrispondendo alla banca un compenso onnicomprensivo per l'estinzione anticipata (si veda in proposito l'art. 40 I co. del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385)³³.

In proposito occorre mettere in evidenza che il legislatore dubitava quantomeno della correttezza delle modalità di computo di tale commissione da parte degli istituti bancari³⁴ e che la sua riduzione per un verso era diretta a consentire la stipula di nuovi mutui a condizioni complessivamente meno onerose e, per un altro, a favorire la concorrenza fra le banche, finalità diverse rispetto a quelle perseguite con la repressione del fenomeno dell'usura e consistenti nel vietare comportamenti vessatori da parte dei professionisti del credito nei confronti degli utenti dei servizi finanziari.

E' comunque certo che tale voce, correttamente, non rientra fra le basi di calcolo del tasso-soglia³⁵ e non può andare sottaciuto che tale pattuizione corrisponde ad un diritto potestativo, esercitato a discrezione del mutuatario, che prescinde da un inadempimento e consente ad una sola delle parti di sciogliersi unilateralmente dal contratto: non può tuttavia negarsi che siffatto onere costituisca una remunerazione secondo l'ampia nozione contenuta nella legge 108/1996.

g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto.

Si dubita che la c.d. multa penitenziale sia riducibile d'ufficio dal giudice ex art. 1384 c.c..

³³ Sul recesso dai contratti bancari di durata vedasi l'art. 10 del d.l. 223/2006 convertito con legge 248/2006 ove si prevede che il cliente possa esercitare tale facoltà senza penalità e senza spese di chiusura.

³⁴ V. in proposito anche l'art. 125 II co. del d. lgs. 385/1993.

³⁵ In tal senso si vedano le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi emanate dalla Banca d'Italia nell'agosto 2009 al punto C4.

7. Segue: le spese per la cancellazione dell'ipoteca e di chiusura

Il legislatore con l'art. 13 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40 ha notevolmente semplificato gli oneri conseguenti alla estinzione dell'ipoteca atteso che la banca, una volta avvenuta l'estinzione dell'obbligazione, deve rilasciarne quietanza gratuita al debitore e trasmettere la comunicazione al conservatore il quale dovrà procedere alla cancellazione e, in tal modo, si sono eliminate le spese di quietanza e di intervento del notaio che incidavano sul costo effettivo del prestito; rimane dubbia la validità di clausole che prevedano commissioni di chiusura³⁶ ritoccate al rialzo in vista dei nuovi adempimenti imposti alle banche (in proposito va rilevato che l'ABI ritiene non applicabile al mutuo la norma di cui all'art. 10 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito con legge 4 agosto 2006 n. 248 (tale norma ha modificato l'art. 118 del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385) che prevede la uscita dal contratto "senza spese"³⁷: tale tesi che trova conforto

³⁶ V. però l'art. 13 co. 8 bis della legge 40/2007 che ha introdotto il divieto per gli operatori di servizi bancari di imporre ai clienti oneri, comunque denominati, in qualche modo giustificati dalle banche come controprestazione dovuta dal cliente per avere la banca svolto attività asseritamente resesi necessarie a causa delle comunicazioni concernenti le nuove disposizioni e cioè riguardanti l'estinzione anticipata nei mutui, il divieto di clausole penali, la portabilità del mutuo, la surrogazione, le disposizioni concernenti la cancellazione automatica dell'ipoteca: è stato sottolineato come il legislatore abbia inteso evitare l'aggiramento della nuova normativa applicando voci di spesa diversamente denominate.

³⁷ Va evidenziato che nella circolare emessa dal Ministero per lo Sviluppo Economico 21 febbraio 2007, n. 5574 si trova affermato che: "3. Il recesso senza penalità e senza spese di chiusura.

Il comma 2 dell'articolo 10 in esame attribuisce ai clienti un diritto di recesso dai contratti di durata senza penalità e senza spese di chiusura.

Si rammenta che l'articolo 10 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, nella sua formulazione originaria, era limitato alla novella dell'articolo 118 TUB e nella rubrica portava il riferimento alle condizioni contrattuali dei soli conti correnti bancari.

Con la legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione, nella rubrica nell'articolo 10, la dizione "conti correnti" è stata sostituita da "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", mentre la disposizione in materia di recesso forma oggetto di uno specifico comma al di fuori dell'articolo 118 del TUB.

Da un lato l'ambito di applicazione della disposizione risulta più ampio; conseguentemente ne deriva la necessità di individuare i singoli contratti ricompresi nella previsione.

Si ritiene che la disposizione sia volta ad attribuire al cliente un diritto di recesso senza spese e penalità in quelle fattispecie contrattuali nelle quali lo svolgimento del rapporto nel tempo non è incompatibile, sul piano causale, con la possibilità, per una delle due parti, di porre liberamente fine al rapporto. In particolare, la previsione trova applicazione nei contratti a tempo indeterminato o, comunque, a esecuzione continuata o periodica, quali, ad esempio:

- il conto corrente;
- il deposito titoli in amministrazione (c.d. conto titoli);
- il deposito (purché non sia previsto un termine di durata come, ad esempio, nei depositi vincolati e nei certificati di deposito);
- l'apertura di credito;

anche nella circolare ministeriale del 21 febbraio 2007 non sembra però convincente in considerazione del tenore letterale della norma nonché della circostanza che le norme di favore per i mutuatari riguardano solo determinate categorie di mutui): si pone quindi il problema della natura usuraria di tali oneri.

In proposito si rileva che il punto C4 delle Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009 prevede l'inclusione, nel calcolo del t.e.g.m., anche delle spese di chiusura della pratica.

8. Il contratto di apertura in conto corrente

Anche in relazione all'apertura di credito si prospetta il tema del rapporto con la disciplina antiusura in considerazione della ampia previsione

-
- il bancomat;
 - la carta di credito.

Il divieto di applicare spese di chiusura riguarda, in ogni caso, sia le spese espressamente qualificate in contratto come costi di chiusura, sia quelle relative a servizi aggiuntivi richiesti dal cliente alla banca in occasione dell'estinzione del rapporto (es. trasferimento dei titoli presso altro intermediario). Non contrasta peraltro con il divieto in esame la richiesta ai clienti di un rimborso delle spese sostenute dall'intermediario in relazione a un servizio aggiuntivo, qualora esso richieda l'intervento di un soggetto terzo e a condizione che tali spese siano documentate e riportate dal contratto e nella documentazione di trasparenza prevista dalla disciplina vigente (es. documento di sintesi).

Pertanto, anche alla luce delle recenti misure varate dal Governo con il decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 in materia di mutui bancari ed in particolare con l'articolo 7 che ha sancito la nullità delle clausole penali unicamente per l'estinzione anticipata di mutui per l'acquisto della prima casa, ne deriva che risultano esclusi dal campo di applicazione della disposizione in oggetto i contratti di mutuo, nei quali lo svolgimento del rapporto in un arco temporale concordato tra le parti costituisce un elemento essenziale, a tutela degli interessi di entrambi i contraenti.

La ratio dell'esclusione si rinviene:

A) Nell'interpretazione letterale della legge. Al riguardo l'espressa volontà del legislatore, in sede di conversione, è stata quella di ampliare la portata della norma senza però ricomprendere i contratti di durata aventi una natura peculiare e regolati da leggi speciali.

B) Negli articoli 40 e 125 del TUB, che stabiliscono una disciplina speciale per l'estinzione anticipata, rispettivamente, delle operazioni di credito fondiario e di credito al consumo. Tali disposizioni, unitamente alla Delibera CICR del 09/02/2000, prevedono la corresponsione di un compenso omnicomprensivo contrattualmente stabilito per l'estinzione”.

Secondo alcuni autori oltre agli argomenti sviluppati nel testo della circolare andrebbe aggiunta l'ulteriore considerazione secondo cui il legislatore, avendo introdotto specifiche disposizioni sui mutui (si veda il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 agli artt. 6 e segg., c.d. decreto Bersani bis), avrebbe inteso sottrarre tale materia dalla sfera di applicazione della disposizione, ora inserita nell'art. 118 del d. lgs. 185/1993, concernente la uscita dal contratto “senza spese”.

contenuta nell'art. 2 della legge 108/1996³⁸ e, d'altro canto, tale fattispecie negoziale rientra nelle categorie oggetto della rilevazione trimestrale ai fini della determinazione del t.e.g.m.: le difficoltà applicative insorgono con riguardo agli interessi pretesi per le somme utilizzate, alla capitalizzazione, alla applicazione delle valute, alla unilaterale variazione delle condizioni economiche nonché alla provvigione (ora variamente denominata) pretesa per la messa a disposizione di una determinata somma a favore del cliente.

Un primo profilo, più generale, concerne l'applicabilità del principio sancito dal secondo comma dell'art. 1815 c.c. a contratti diversi dal mutuo e, in proposito, l'opinione maggioritaria è nel senso della natura eccezionale della disposizione in questione che, conseguentemente, non può essere estesa a casi non espressamente previsti e ciò sia in virtù della sua finalità sanzionatoria sia perchè essa introduce una deroga al principio della naturale fecondità del denaro stabilito dall'art. 1282 c.c.. (in senso diverso è stato autorevolmente sostenuto che il legislatore ha inteso colpire il fenomeno usurario in tutte le sue manifestazioni sicché la pattuizione degli interessi usurari costituirebbe un dato costante che trascende il tipo in cui essa è inserita)³⁹.

Quanto alle valute⁴⁰ la prassi bancaria nel regolamento contabile delle operazioni di addebito e di accredito effettuate dal correntista consiste nella

³⁸ Merita di essere segnalata la decisione (v. Cass. 14 dicembre 2007, n. 26262) secondo cui in tema di contratto autonomo di garanzia, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre *l'exceptio doli*, e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (in applicazione di tale principio la Suprema Corte ha affermato il dovere di accertare l'eventuale previsione del tasso usurario sugli interessi passivi interessanti il rapporto di conto corrente ai sensi degli art. 644 c.p. e 1815 c.c., e la conseguente nullità ex art. 1418 c.c.).

³⁹ Così appare orientato Trib. Monza, 12 dicembre 2005 in *Banca borsa titoli di credito*, 2005, 204 con nota di P. DAGNA.

⁴⁰ La scarna disciplina legale delle valute è contenuta nell'art. 120 del d. lgs. 385/1993 e nell'art. 2 I co. del d.l. 78/2009 convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102: tali norme regolano, in misura parziale, le operazioni concernenti il versamento di denaro, la negoziazione di assegni circolari e bancari ed i bonifici (è dubbio se tali disposizioni possano applicarsi agli assegni postali: v. art. 7 del d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144). Sul tema vedasi App. Brescia 23 maggio 2007 nonché App. Brescia ord. 13 febbraio 2008 entrambe in www.ilcaso.it.

Secondo Cass. 26 luglio 1989, n. 3507 la banca non è libera di effettuare la registrazione degli accrediti senza limiti di tempo, ma deve a ciò provvedere con la massima rapidità consentita dagli strumenti tecnici disponibili.

In proposito va osservato che è stata ritenuta nulla la clausola con la quale si prevede genericamente che sono dovute le valute d'uso in relazione agli interessi passivi sugli accrediti,

registrazione degli importi addebitati in conto con data antergrata (c.d. valuta fittizia) rispetto al giorno in cui è stata effettuata l'operazione (valuta effettiva) nonché nella registrazione degli accreditati con data postergata rispetto al giorno in cui è stata effettuata l'operazione: si tratta di un corrispettivo per il servizio di incasso nelle operazioni di relative alla negoziazione degli assegni ovvero per il servizio di trasmissione del denaro nel caso di bonifici e, quindi, di corrispettivi collegati non già all'erogazione del credito ma al compimento di singole operazioni e, pertanto, le clausole che le contengono non sembrano possano venire in considerazione al fine della determinazione usuraria del tasso.

Rimane aperta la questione concernente la verifica della legittimità della applicazione delle valute e, a tal fine, la contestazione del cliente deve essere specifica e documentata⁴¹ e non sembra possa essere rimessa al c.t.u. tanto più che, in concreto, difficilmente l'illegittima contabilizzazione delle poste può emergere dal mero esame delle risultanze del conto corrente.

E' controversa la natura dell'applicazione delle valute: secondo una opinione si tratterebbe di pattuizione volta a modificare il saggio di interesse applicato sui saldi attivi o passivi e quindi assoggettata alla forma scritta ex art. 1284 c.c.; secondo altra impostazione la clausola in questione rientrerebbe nell'ambito di applicazione di cui all'art. 10 del d.l. 248/2006 che ha modificato il testo dell'art. 118 t.u.l.b. (l'applicazione delle valute rientra fra le condizioni di contratto); per altri autori l'applicazione delle valute costituisce una modalità di funzionamento del conto corrente prevista nelle clausole contrattuali e suscettibile di impugnazione ex art. 1832 c.c.⁴²; anche per tali accessori sussiste il problema della determinatezza o determinabilità della clausola ex artt. 1346 e 1418 II co. c.c..

posta l'inidoneità della stessa a determinare con certezza la decorrenza degli interessi non esistendo un uso bancario delle valute, con la conseguenza dell'applicazione a tutte le operazioni della valuta di un giorno, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 1282 c.c., i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto (cfr. Tribunale Roma, 5 marzo 1987 in *Giust. civ.* 1988, I,534).

Va anche evidenziato che, secondo App. Lecce 6 febbraio 2001, in www.studiotanza.it, le valute delle singole operazioni in conto, in mancanza di diverso accordo tra le parti, debbono essere determinate con decorrenza alle date in cui la banca rispettivamente ha perso o acquistato la disponibilità del denaro, conseguendone la illegittimità degli interessi computati dalla banca sulla differenza in giorni - banca, mai autorizzata dal correntista, tra la data di effettuazione delle singole operazioni e la data delle rispettive valute.

Sottolinea l'illegittimità del c.d. gioco delle valute G. COLANGELO, *Trasparenza, Concorrenza e Soglie Usuarie*, Napoli, 2004, 106 e segg..

⁴¹ Cfr. Cass. 25 febbraio 2005, n. 4095.

⁴² In tal senso vedasi Trib. Monza, 12 dicembre 2005 *cit.*.

Non può sottacersi che non pochi autori fanno rientrare le modalità di computo delle valute nella nozione di remunerazione ai sensi della legge 108/1996 sicché, secondo tale prospettazione, anche tale posta dovrebbe assumere rilievo ai fini della verifica della usurarietà dell'operazione di credito.

Va in ogni caso osservato che delle valute non viene fatta menzione nelle Istruzioni emesse dalla Banca d'Italia per il calcolo del t.e.g.m..

Altro profilo problematico riguarda le remunerazioni variate dalla banca unilateralmente in corso di rapporto ove siano "al di fuori" del contratto nel senso che manca una pattuizione attributiva alla banca di uno *ius variandi* ex art. 118 t.u.l.b.: in relazione a tale fattispecie è stato ritenuto che, trattandosi di pretese unilaterali illegittime, esse non possono configurare un patto potenzialmente usurario⁴³ poiché la disciplina in tema di usura avrebbe riguardo unicamente al *pactum sceleris* ma non alla pretesa usuraria.

9. Segue: la commissione di massimo scoperto

In ordine alla commissione di massimo scoperto premesso che, secondo la nozione desunta dalla tecnica bancaria, fatta propria dalla Banca d'Italia e recepita dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁴, la stessa veniva definita come la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma e che la sua disciplina trovava fondamento solo negli accordi fra le parti⁴⁵, a seguito dell'emanazione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito con legge 29 gennaio 2009, n. 2 e successivamente del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102 tale compenso è stato normativamente regolato sicché occorre confrontarsi con le indicazioni desumibili dal dato positivo: in proposito va osservato che l'art. 2 bis del

⁴³ V. Trib. Pescara 18 novembre 2005 in www.ilcaso.it.

⁴⁴ Cfr. Cass. 18 gennaio 2006, n. 870; Cass. 6 agosto 2002, n. 11772. Per ampi richiami della giurisprudenza di merito vedasi A. TANZA, *Nota 22 giugno 2006* in www.altalex.com.

⁴⁵ La scarna disciplina del compenso per la voce in esame era contenuta nell'art. 7 co. III delle norme bancarie uniformi. Va osservato che negli ultimi anni numerose sono state le pronunce che hanno affermato la nullità della clausola che prevedeva la c.m.s. o per indeterminatezza dell'oggetto non essendo specificati i criteri per il suo calcolo ovvero anche per mancanza di una causa giustificatrice: cfr. in proposito Trib. Mondovì, 17 febbraio 2009 in www.ilcaso.it; Trib. Mantova 21 aprile 2007 in www.ilcaso.it; Trib. Milano 4 settembre 2002 in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, 452.

predetto decreto legge, con una formulazione piuttosto contorta, ha introdotto una commissione (denominata commissione di massimo scoperto) commisurata al saldo risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni⁴⁶ e in presenza di fidi ed una ulteriore commissione (denominata corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme) predeterminata e commisurata all'importo e alla durata del fido accordato indipendentemente dall'effettivo utilizzo⁴⁷; si deve inoltre rilevare che, per effetto dell'art. 2 del d.l. 78/2009 convertito con legge 102/2009, il legislatore ha ulteriormente limitato l'autonomia delle parti avendo stabilito che l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo⁴⁸ non può comunque superare lo 0,5 % per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità.

Rammentato che le modalità applicative e di calcolo dell'onere in esame (espressione in formula percentuale sullo scoperto ed aumentata per effetto della capitalizzazione trimestrale) avevano reso del tutto simile tale voce a quella per interessi, si deve osservare che, anche in relazione a tale compenso, erano sorti contrasti interpretativi generati per lo più dal fatto che la Banca d'Italia, nelle proprie Istruzioni, provvedeva a rilevare separatamente la misura della commissione di massimo scoperto senza tuttavia che essa venisse inserita ai fini del calcolo del t.e.g.m.: così mentre da parte di alcuni si sosteneva che nella verifica del superamento del tasso soglia non si potesse tenere conto della c.m.s. proprio per tale ragione, da

⁴⁶ E' stato subito evidenziato che non sono stati esattamente specificati dalla nuova norma i criteri di calcolo della c.m.s., non essendo ad esempio stato chiarito se il compenso vada calcolato sul valore massimo dell'importo a debito ovvero su un valore medio: considerato che la disciplina di tale tipo di remunerazione con atto normativo non consente più di ritenere la clausola che la prevede priva di giustificazione causale, tuttavia la mancata esplicitazione delle modalità di calcolo potrebbe comportarne la nullità sotto il profilo della indeterminabilità dell'oggetto.

Occorre inoltre segnalare che assume notevole rilevanza la valuta con la quale la singola partita contabile in addebito e in accredito viene annotata in conto potendo da ciò dipendere il superamento o meno del periodo di trenta giorni previsto come termine minimo per l'applicazione della commissione di massimo scoperto.

⁴⁷ Sul contenuto della commissione di massimo scoperto a seguito della disciplina introdotta dal d.l. 185/2008 convertito con legge 2/2009 vedasi P. CRISTOFORETTI, *La Commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: "Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari"* in www.dirittobancario.it.

⁴⁸ Sottolinea l'ambiguità della dizione legislativa nel senso che non appare chiaro se, ai fini dell'usura, si debba tenere conto anche delle commissioni commisurate al fido che non dipendono dall'effettivo utilizzo R. MARCELLI, *Taeg e Teg: la contraddizione non trova soluzione. Le nuove disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza e rilevazione dei tassi d'usura*, nota 11 in www.altalex.com: l'opinione preferibile è nel senso che anche di esse si debba avere riguardo ai fini indicati atteso che la finalità perseguita dal legislatore è stata quella di disciplinare compiutamente tale compenso e di includere tale tipo di onere nel calcolo del t.e.g..

altri si evidenziava l'arbitrarietà dell'operato della Banca d'Italia⁴⁹ rientrando tale voce nella remunerazione a qualsiasi titolo di cui fa menzione l'art. 2 della legge 108/1996⁵⁰.

Il problema sembra ora risolto alla stregua delle Istruzioni emanate nell'agosto 2009 dalla Banca d'Italia essendo espressamente specificato che, ai fini del calcolo del t.e.g.m., si deve tenere conto anche di tale compenso, rilevandosi che la Banca d'Italia, nel prevedere l'incidenza della c.m.s. nel calcolo del t.e.g.m., fa riferimento al fido accordato e non a quello utilizzato⁵¹.

⁴⁹ E' piuttosto estesa in dottrina la critica all'operato della Banca d'Italia la quale, secondo alcuni autori, avrebbe travalicato i compiti assegnati dal legislatore e introdotto modalità di computo del t.e.g.m. apertamente in contrasto con le indicazioni ricavabili dall'art. 2 della legge 108/1996 (ciò viene affermato con riguardo all'omessa considerazione nel computo sia del fenomeno anatocistico che della applicazione delle valute ed inoltre con riguardo al calcolo separato (finora) della commissione di massimo scoperto.

In proposito va osservato che il t.e.g.m. viene fissato con decreto del Ministro dell'Economia il quale recepisce espressamente i criteri indicati dalla Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni: potrebbe allora ipotizzarsi la disapplicazione, per violazione di legge, del decreto ministeriale, soluzione peraltro che non appare facilmente percorribile in considerazione del fatto che il decreto in questione è atto di alta amministrazione in ordine al quale la discrezionalità dell'autorità emanante è assai ampia; va anche aggiunto che, disapplicato il decreto, l'effetto sarebbe quello di non disporre più di un parametro oggettivo di riferimento perché difetterebbero i dati in base ai quali calcolare il t.e.g.m. con la conseguenza che, ai fini della verifica anche sotto il profilo civilistico dell'esistenza della fattispecie usuraria, occorrerebbe fare riferimento alla fattispecie, caratterizzata da una ben più ampia discrezionalità applicativa da parte del giudice, contemplata dal terzo comma dell'art. 644 c.p..

⁵⁰ Sui rapporti fra commissione di massimo scoperto e disciplina sull'usura vedasi P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo. (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006,5, 671; P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura* nota a Trib. Monza, 12 dicembre 2005 in *Banca borsa, titoli di credito*, 2005, 214; R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le cms smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge N. 2/09* in www.ilcaso.it nonché, del medesimo autore *Taeg e Teg: la contraddizione non trova soluzione. Le nuove disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza e rilevazione dei tassi d'usura*, cit.; C. SCRIBANO, *La commissione di massimo scoperto tra libertà contrattuale e duplicazione dell'interesse*, in *Banche, consumatori e tutela del risparmio* (a cura di S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI), Milano, 2009, 481.

Ha ritenuto che della commissione di massimo scoperto si debba tenere conto ai fini della verifica della integrazione del reato di usura Trib. Palmi 8 novembre 2007, n. 1732, in *Guida al Diritto*, 2008, 5, 79.

⁵¹ In senso apertamente critico al riguardo vedasi R. MARCELLI, *Taeg e Teg: la contraddizione non trova soluzione. Le nuove disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza e rilevazione dei tassi d'usura*, cit., secondo cui se gli interessi in senso stretto vengono rapportati al capitale erogato mentre gli altri costi vengono rapportati al fido, con la formula adottata dalla Banca d'Italia si ottiene un indicatore di costo spurio non idoneo a misurare né il costo del credito né il costo del fido.

Rimane tuttavia aperto il problema di diritto intertemporale⁵² concernente le erogazioni di denaro effettuate prima che venga emesso il decreto ministeriale adeguato alle nuove indicazioni tecniche della Banca d'Italia e, in proposito, occorre rilevare come nessuna delle nuove norme in tema di c.m.s. si riferisca ai rapporti pregressi sicché permangono i contrasti evidenziati in ordine ai rapporti fra la disciplina antiusura ed il rilievo, a tal fine, di tale forma di remunerazione: con riguardo ai rapporti cui si riferiscono le rilevazioni ministeriali sino al 31 dicembre 2009 deve ritenersi che si debba tenere conto anche della commissione di massimo scoperto con l'avvertenza che al tasso individuato dalla Banca d'Italia va aggiunta la percentuale, dalla medesima rilevata, che si riferisce a tale onere con la conseguenza che il superamento del tasso soglia potrà ritenersi sussistere allorquando le remunerazioni pretese dalla banca superano il t.e.g.m. maggiorato di tale ulteriore percentuale, tesi questa apertamente sostenuta dalla Banca d'Italia.

Occorre ricordare che per il calcolo del t.e.g.m. la formula utilizzata dalla Banca d'Italia è la seguente:

$$\frac{\text{interessi} \times 36.500 + \text{oneri}}{\text{numeri debitori accordato}}$$

laddove per interessi si intendono le competenze di pertinenza del trimestre di riferimento (incluse le maggiorazioni di tasso applicate in occasione degli sconfinamenti rispetto al fido accordato) in funzione del tasso di interesse annuo applicato, la voce numeri debitori è data dal prodotto tra i capitali e i giorni, la voce oneri indica le spese sostenute nel trimestre di riferimento comprensive di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese (escluse imposte e tasse) ed infine la voce accordato sta per fido accordato ovvero il limite massimo di credito concesso dalla banca al cliente.

In proposito va rammentato che la Banca d'Italia ha ritenuto che qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla c.m.s.-soglia sia inferiore a tale "margine" non si determina un superamento delle soglie di legge atteso che la natura usuraria del rapporto va desunta da una valutazione

Si segnala che ulteriori indicazioni tecniche per il calcolo del t.e.g. sono contenute nelle *Risposte ai quesiti per venuti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura* emanate dalla Banca d'Italia il 16 ottobre 2009 e reperibili sul sito www.bancaditalia.it.

⁵² Secondo quanto previsto nelle Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009 fino al 31 dicembre 2009 continuano a rimanere in vigore i criteri indicati nelle Istruzioni del 2006 mentre le nuove modalità di calcolo si applicheranno a partire dal trimestre gennaio-marzo 2010.

complessiva delle condizioni applicate⁵³ sicché la formula per il calcolo del t.e.g.m. è allora la seguente⁵⁴:

$$\frac{\text{interessi} \times 365 + \text{oneri} + \text{c.m.s.} - \text{c.m.s. soglia}}{(\text{capitali} + \text{interessi trimestrali}) \text{ accordato max scoperto}} \times \text{numero giorni}$$

Ove invece si ritenga di discostarsi dall'indicazione fornita dalla Banca d'Italia la formula da utilizzare (con eliminazione della capitalizzazione e l'inclusione della c.m.s. come voce autonoma di costo connessa al credito erogato) è la seguente⁵⁵:

$$\frac{(\text{interessi} + \text{c.m.s.} + \text{oneri}) \times 365}{\text{capitali} \times \text{numero giorni}}$$

Ulteriore questione applicativa concerne la applicazione dell'anatocismo anche alla c.m.s.⁵⁶.

9. Gli effetti del superamento del c.d. tasso soglia

Per quanto concerne gli effetti del superamento delle soglie usuarie, i rimedi a disposizione della parte che sopporta l'imposizione di interessi iniqui consistono a) nell'eccepire la nullità del mutuo usurario *sin ab origine* e pretenderne la gratuità; b) nel dedurre la nullità delle clausole relative agli

⁵³ In tal senso appare orientato Trib. Udine 10 maggio 2008 n. 809/2008 in www.unijuris.it.

⁵⁴ Vedasi P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., pag. 410, ipotesi n. 1.

Afferma (con specifico riguardo alla commissione di massimo scoperto) che per verificare il tasso usurario si deve avere riguardo al criterio di calcolo elaborato dalla Banca d'Italia altrimenti verrebbero equiparati dati eterogenei Trib. Verona Ufficio GUP, 21 settembre 2007, *inedita*.

⁵⁵ Vedasi P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., pag. 412, ipotesi n. 7.

⁵⁶ Ha ritenuto nulla la clausola di capitalizzazione trimestrale della commissione di massimo scoperto Cass. 6 agosto 2002, n. 11772.

In proposito va anche segnalata una pronuncia di merito secondo la quale poiché nel calcolo del tasso debitorio applicato dalla banca al conto corrente, risulta compresa anche la commissione di massimo scoperto, la quale, subendo la capitalizzazione trimestrale degli interessi, eleva il costo complessivo del credito, ai fini dell'accertamento dell'eventuale superamento del tasso-soglia di cui alla normativa antiusura, occorre effettuare, tramite l'espletamento di c.t.u contabile, il ricalcolo degli importi a debito e a credito delle parti nel rapporto di conto corrente in oggetto (v. Trib. Monza, 12 dicembre 2005 in *Banca borsa titoli di credito*, 2007, 2, 204).

interessi usurari (per tali intendendosi commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse) ex artt. 1339 e 1419 II co. c.c. (si tratta di eccezione rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c.⁵⁷) e pretendere la restituzione del tantumdem versato; c) nel richiedere -in via negoziale o nei casi di specifica previsione legislativa- una rinegoziazione del tasso d'interesse in modo da ricondurlo entro il tasso di legge; d) nell'eccepire la nullità e pretendere l'applicazione del tasso di sostituzione oltre alla ripetizione dell'indebitto oggettivo.

Quanto al tasso di sostituzione da applicare secondo la Suprema Corte si applica automaticamente il tasso di interesse conforme alla legge al momento della sua entrata in vigore⁵⁸: in proposito si rileva come appaia prevalente fra i giudici di merito l'orientamento secondo cui la pretesa della banca vada ricondotta nei limiti del tasso-soglia⁵⁹ e ciò in quanto esso è l'unico criterio normativo di riferimento. Da ciò consegue che al c.t.u. deve essere affidato l'incarico, nel caso di accertato superamento del parametro di legge, di ricalcolare quanto di spettanza della banca applicando ad ogni trimestre il tasso-soglia.

Merita segnalare che è stata sostenuta in dottrina l'idea di applicare il t.e.g.m. (tale valore non ha tuttavia un rilievo autonomo costituendo solo l'addendo di una somma che nel suo complesso costituisce il tasso-soglia) e che qualche decisione di merito ha fatto riferimento al tasso legale previsto dall'art. 1284 c.c..

Va aggiunto che la legge n. 24/2001 ha previsto il tasso di sostituzione per i mutui a tasso fisso in essere alla data del 2 gennaio 2001 e stipulati anteriormente alla prima rilevazione trimestrale del tasso soglia per i quali non sono scadute tutte le rate (non vale quindi per quelli a tasso variabile né

⁵⁷ Il principio si trova affermato, quanto agli interessi anatocistici da Cass. 1 marzo 2007, n. 4853; Cass. 25 febbraio 2005, n. 4094, n. 4093 e n. 4092 e, per la commissione di massimo scoperto, da Cass. 6 agosto 2002, n. 11772.

⁵⁸ V. Cass. 12 novembre 2008, n. 27005.

⁵⁹ In tal senso risultano orientati i tribunali di Bari, Monza, Milano, Mantova; v. anche App. Milano 6-3-2002 in Giur. It.,2003,93.

Va ricordato che alcuni giudici si sono espressi affermando che gli interessi pattuiti anteriormente all'entrata in vigore della nuova legge, benché superiori alla sopravvenuta soglia del tasso usurario, potevano legittimamente corrispondersi nella misura concordata al tempo della conclusione del contratto.

Sugli effetti del *ius superveniens* rispetto alla regolamentazione negoziale in corso si sono pronunciate Cass. 13 giugno 2002, n. 8442; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899; Cass. 22 aprile 2000 n. 5286; Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126 che si richiamano ad un principio fatto proprio dalla Corte Costituzionale con sentenza 27 giugno 1997, n. 204.

Alla rinegoziazione del tasso hanno fatto esplicito riferimento Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; Cass. 13 giugno 2002, n. 8442.

per quelli a tasso fisso con tutte le rate scadute): per essi non vale il tasso antiusura ed il tasso di sostituzione si applica alle sole rate (a seguito della decisione della Corte Costituzionale 25 febbraio 2002 n. 29) a scadenza a decorrere dal giorno dell'entrata in vigore del decreto legge n. 394/2000⁶⁰.

*Lo scritto costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al convegno su "Anatocismo e Usura: questioni aperte, possibili sviluppi e soluzioni operative" svoltosi a Padova il 30-31 ottobre 2009 organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Padova

⁶⁰ In proposito vedasi V. FARINA, *I rapporti di conto corrente bancario. Le questioni controverse in giurisprudenza: il recesso, gli interessi passivi di mora, gli interessi usurari e l'anatocismo* relazione tenuta all'incontro di studio organizzato in Roma dal C.S.M. il 5-7 marzo 2001 sul tema "Il contenzioso con le banche".