

USURA E ONERI EVENTUALI: MORA, PENALE DI RISOLUZIONE E INDENNIZZO DI ANTICIPATA ESTINZIONE.

La sentenza del Tribunale di Torino, 14 dicembre 2019.¹

La sentenza si distingue per la puntuale e circostanziata analisi delle problematiche giuridiche che sottendono, in particolare, la verifica dell'usura nella mora pervenendo, attraverso un percorso argomentativo rigoroso, a conclusioni chiare e indefettibili. Gli aspetti esaminati nella decisione, prospettano consistenti fondamenti logico-giuridici, in grado di dirimere le alternative posizioni assunte dalla Cassazione e di offrire un apprezzabile contributo di riflessione alle Sezioni Unite della Cassazione chiamate ad affrontare la problematica dell'usura nella mora. La soluzione tecnica prospettata per la verifica dell'usura nella mora risulta prestarsi compiutamente ai dettami stabiliti dalla Cassazione S. U. n. 16303/18 per la CMS.²

1. I termini della sentenza.

I punti di riferimento, individuati dalla sentenza nella norma primaria, che interessano più direttamente la problematica dell'usura nella mora, sono i seguenti:

i) *La formula “collegamento all'erogazione del credito” è evidentemente più ampia di quella (“corrispettivo della prestazione del denaro”) prevista dal co. 1, poiché copre anche costi del credito diversi dagli interessi corrispettivi, comunque inerenti alla concessione di credito ancorché estranei o in posizione accessoria rispetto al sinallagma. Si trae conferma della maggiore larghezza, considerando che il nomen juris è*

¹ A cura di R. Marcelli, A. Valente.

² Cfr.: R. Marcelli, La mora e l'usura: criteri di verifica, 2014, in [assoctu.it](#); R. Marcelli, A. Valente, Usura e tasso di mora. Sancita la verifica alla pattuizione: riflessi operativi, 2017, in [assoctu.it](#)

*tenuto per irrilevante, sia dallo stesso art. 644 co. 4 (“remunerazione a qualsiasi titolo”), sia dalla norma di interpretazione autentica art. un. del d.l. 29/12/2000 n. 394 conv. in legge 27/2/2001 n. 24 (“interessi ... promessi o comunque convenuti, “a qualsiasi titolo”). Anche l’interesse moratorio è inerente alla concessione del credito. La pattuizione è contenuta nel contratto e può agevolmente assumersi come condicio sine qua non per la concessione del credito’.*³

Appurata la indiscutibile inerenza della mora alla concessione del credito, la sentenza richiama la dottrina e giurisprudenza (Cass. N. 27442/18) che, con dovizia di argomenti, hanno asserito la sostanziale omogeneità funzionale fra interessi corrispettivi e moratori. Inoltre, dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 24675/17, l’interpretazione autentica dell’art. 644 c.p. e art. 1815 c.c., comma 2, viene ricondotta ai termini fissati dal D.L. 394/00, secondo cui ‘*si intendono usurari gli interessi che superano il limite della legge nel momento in cui essi sono promessi ... indipendentemente dal momento del loro pagamento*’. Di riflesso, la sufficienza della promessa fa rientrare pienamente, nel campo di applicazione della norma di interpretazione autentica, gli interessi di mora come ‘*interessi promessi ... a qualsiasi titolo*’, a prescindere che sia intervenuto o meno il loro pagamento.

ii) ‘Ai sensi dell’art. 2 co. 1 della legge 108/96 il tasso medio, rilevato e pubblicato su base trimestrale, a partire dal quale si determina “il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurarti” (art. 644 c.p.) deve essere: ▪ effettivo; ▪ globale; ▪ riferito ad anno (...). Ora, il metodo comunemente accettato per determinare il costo complessivo ed effettivo di un mutuo (o altro finanziamento a rimborso graduale) è il c.d. TAEG – anche noto come TIR o tasso di rendimento finanziario’.

Rilevato l’impiego della metodologia del TAEG per la rilevazione dei tassi medi, è ragionevole debba attendersi simmetria nella formula di calcolo dello specifico TEG. Rilevata inoltre l’onnicomprendività del tasso limite, discende da ciò che il contratto, nel suo insieme, sia lecito (se il TAEG è pari o inferiore al limite) oppure illecito (se superiore). Ciò esclude sia

³ La mora non rientra nell’ambito fisiologico dell’operazione di finanziamento, avendo un carattere eventuale e straordinario. Ma la legge 108/96 risulta rivolta ad assicurare una copertura completa dall’usura, estesa in ogni direzione, dai costi immediati a quelli procrastinati, da quelli ricorrenti a quelli occasionali.

la verifica sul tasso risultante nella singola rata o quota capitale compresa in essa, sia la verifica del semplice tasso di mora con il tasso soglia.⁴

La sentenza in esame riporta altresì che la Cass. Sez. Unite n. 24675/17 *‘ha lucidamente osservato che è “impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell’art. 644 c.p.” e del meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono sempre usurari previsto dalle altre disposizioni della legge n. 108/96. L’adozione della metodologia di rilevazione del tasso medio (art. 2 comma 2 legge 108), da cui si ricava il “limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art. 2 comma 4 legge 108/96), è dunque imprescindibile e richiede di considerare i costi collegati all’erogazione del credito unitariamente e nella globalità, non consentendo all’interprete di isolare una voce di costo (il tasso semplice di mora) per raffrontarla a una grandezza eterogenea in quanto espressa da un “tasso effettivo in ragione d’anno” (ossia composto) e globale, quale è il TAEG (o TIR)’.⁵*

Il complesso confronto richiesto dalla legge fra tasso soglia e TEG dell’operazione creditizia, comporta necessariamente la diluizione del peso percentuale della mora.⁶ Naturalmente

⁴ La sentenza precisa ulteriormente: *‘Allargando per un momento l’analisi all’apertura di credito in c/c e alle altre operazioni a utilizzo flessibile, in cui la verifica deve farsi, seguendo le Istruzioni di Banca d’Italia e parte della giur. di legittimità (cfr. Cass. 18.1.2019 n. 1464, in motivazione) trimestre per trimestre – anziché una tantum al momento della conclusione del contratto, come è invece previsto per il mutuo – si deve dire che è invece possibile che esistano nel caso dell’apertura di credito alcuni trimestri in usura e altri no, con conseguente limitazione ai primi degli effetti dell’art. 1815 cpv. c.c.’*

⁵ Il rendimento effettivo è il tasso che rende uguale, su base annua, la somma del valore attuale di tutti gli importi che compongono il finanziamento erogato dal creditore (A_k) alla somma del valore attuale di tutte le rate di rimborso (A'_k). Il TAEG è calcolato mediante la formula:

$$\sum_{k=1}^{k=m} \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{k'=m'} \frac{A'_k}{(1+i)^{t_{k'}}$$

indicando come: "i"= TAEG, che può essere calcolato quando gli altri termini dell'equazione sono noti.

⁶ Gli interessi di mora non possono essere enucleati e rapportati all’importo eventualmente insoluto, ma congiuntamente agli interessi corrispettivi vanno riferiti al capitale di credito previsto contrattualmente, secondo il piano di ammortamento che risulta modificato dall’eventuale inadempimento della rata o

rimane inammissibile la sommatoria dei “tassi” di interesse, corrispettivo e moratorio, mentre gli interessi stessi si cumuleranno – distintamente, quelli precedenti e successivi alla scadenza - nel calcolo del TAEG, in una media ponderata degli uni, riferiti al capitale in scadenza, e degli altri, riferiti alle quote capitali (o rate) rimaste insolte. Di riflesso, il TEG ottenuto da tale media, risulterà sistematicamente inferiore al tasso nominale di mora.⁷

iii) Contrario al principio di onnicomprensività, oltre che alla natura di tasso effettivo in ragione d’anno, risulta altresì l’impiego del valore medio (2,1%) degli interessi di mora rilevato dalla Banca d’Italia. La sentenza, da un lato rileva ‘la necessità di aggregare ai fini della determinazione del TEG tutte le somme dovute a titolo di interessi corrispettivi e di interessi moratori, la quale risponde al principio di onnicomprensività

del capitale a scadenza. Nella verifica dell’usura, con riferimento al capitale pattuito ed erogato occorre calcolare il tasso effettivo annuale, richiamato espressamente dalla legge 108/96, sia nella più ricorrente eventualità di un corretto rispetto delle scadenze contrattuali, sia nelle eventualità in cui si attivano le condizioni sospensive previste in contratto. La mora, pur essendo riferita alla rata scaduta, va comunque ricompresa nella complessiva verifica dell’usura del credito concesso: nell’evento di morosità la rata scaduta e impagata non configura una nuova erogazione, ma più semplicemente una modifica del piano di rimborso, a condizioni di tasso modificate. La verifica dell’usura va ricondotta al costo complessivo che il credito concesso subisce a seguito dell’eventuale morosità che possa intervenire in una o più rate e/o nel capitale a scadenza. Il tasso di mora non è un tasso effettivo, è un tasso semplice che integra il tasso corrispettivo, come riflesso del mutamento determinatosi nel piano di ammortamento. Il debordo della soglia da parte del tasso di mora applicato alle rate e/o al capitale insoluto alla scadenza non comporta necessariamente un tasso effettivo annuo in usura. Si determineranno circostanze di usurarietà pattizia se, per una delle possibili eventualità che comportano una modifica delle scadenze del piano di ammortamento convenuto, gli interessi di mora previsti in contratto, fondendosi agli interessi corrispettivi, condurranno ad un tasso annuo effettivo dell’intero prestito debordante la soglia vigente alla data di stipula del contratto. Ponendo il rispetto della soglia d’usura in questi termini, l’autonomia della mora viene meno: l’usurarietà viene a dipendere dall’intero costo del credito concesso, ivi compresi gli interessi corrispettivi.

⁷ Nella sentenza si precisa: *‘Questione affatto diversa – ancorché talvolta confusa con la sommatoria dei tassi semplici – è la necessità di aggregare ai fini della determinazione del TEG tutte le somme dovute a titolo di interessi corrispettivi e di interessi moratori, la quale risponde al principio di onnicomprensività stabilito dall’art. 2 comma 1 della legge n. 108 e che nondimeno esige il rispetto della metodologia indicata dalla legge e utilizzata nelle istruzioni di Banca d’Italia, ossia il TIR, e non consente di utilizzare metodi empirici differenti, non compatibili col dato normativo e non validati scientificamente’.*

stabilito dall'art. 2 comma 1 della legge n. 108 e che nondimeno esige il rispetto della metodologia indicata dalla legge e utilizzata nelle istruzioni di Banca d'Italia, ossia il TIR, e non consente di utilizzare metodi empirici differenti, non compatibili col dato normativo e non validati scientificamente', dall'altro puntualizza la palese dissonanza dell'impiego distinto e separato di una mora soglia: 'Visto che gli interessi di mora sono, come ripete da sempre la S.C., collegati all'erogazione del credito perché condividono la stessa natura dei corrispettivi (punto messo a fuoco da Cass. 27442/18) non è possibile stabilire due diverse soglie di usura: una per i debitori adempienti, l'altra per gli inadempienti: o il costo complessivo del credito è tollerabile (inferiore al limite) oppure è eccessivamente oneroso (sopra il limite), indipendentemente dal fatto che il debitore paghi regolarmente oppure no'.

La sentenza perviene ad adottare il criterio matematico che, coerentemente con i principi dettati dalla norma, consente di applicare la metodologia del TAEG e considerare opportunamente il peso degli interessi di mora semplicemente "promessi". Tale procedimento logico-matematico viene ravvisato nel c.d. *worst case* che postula il necessario rispetto del tasso soglia, sia nello scenario fisiologico, sia in ogni scenario possibile a termine di contratto.⁸

⁸ La sentenza precisa ulteriormente: *Gli scenari possibili e ipotetici sono evidentemente in numero infinito, ma si osserva in dottrina e nella poca giur. edita sul punto (cfr. Trib. Udine 26.9.2014 in Danno e responsabilità 2015, pag. 522), che l'interprete non ha necessità di ricostruire ogni possibile scenario, poiché è a tale fine sufficiente verificare il rispetto (o mancato rispetto) del tasso soglia nello scenario peggiore (worst case). Per la costruzione del worst case, devono considerarsi: 1) la sistematica omissione del pagamento a scadenza di tutte le rate, con conseguente maturazione della mora; la base di calcolo degli interessi moratori cresce nel tempo, mano a mano che rate successive vengono a scadenza senza essere pagate; 2) il sistematico pagamento della mora periodicamente maturata sulle rate scadute, atteso che l'interesse moratorio non può essere a sua volta capitalizzato (cfr. art. 3 delibera CICR 9.2.2000) e che la traslazione in avanti del momento del pagamento diluisce il valore attualizzato a t_0 ; 3) infine, il rimborso, a chiusura dell'operazione, di tutte le rate scadute alla scadenza prevista del piano di ammortamento; a voler considerare la possibilità di un'estinzione anticipata, dovrebbe considerarsi il pagamento a quella data, oltre che delle rate scadute, anche dell'eventuale capitale ancora a scadere; 4) il calcolo delle quote interessi e della mora, nel caso di variabilità del tasso, deve farsi secondo i valori che il parametro assume alla data di conclusione del contratto, atteso che l'art. 1 del d.l. 394/00 non consente altra possibile soluzione.* (Per una più estesa illustrazione ed esempio dell'algoritmo tecnico di verifica, Cfr.: R. Marcelli, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, 2014, in *assocutu.it*;

L'adozione di tale metodo presenta un'apprezzabile ragionevolezza e sufficiente equità nel conciliare i diversi aspetti posti dalla norma: in ogni verifica, risultando il TEG calcolato una media ponderata del tasso corrispettivo e del tasso di mora, anche per tassi di mora superiori alla soglia pubblicata, come nel caso oggetto della sentenza, se il tasso corrispettivo si colloca su valori moderati, il valore del TEG rimane sistematicamente inferiore alla soglia, quale che sia lo scenario evolutivo consentito dal contratto.

Da ultimo, la sentenza si occupa della commissione di anticipata estinzione, ritenendo che *‘Malgrado tale commissione abbia la funzione di ristorare indirettamente la banca delle remunerazioni contrattuali perdute per effetto dell’anticipato rimborso, ritiene lo scrivente che essa non possa ritenersi “costo collegato all’erogazione del credito” perché: 1) tale debito viene a esistenza solo se il mutuatario eserciti il diritto potestativo di recedere dal contratto; 2) tale atto di esercizio costituisce espressione di autonomia negoziale su cui la banca non può interferire; 3) a sua volta, la banca non ha alcun potere o facoltà di anticipare la chiusura dell’operazione per maturare il diritto al pagamento di una penale di estinzione poiché il contratto non la prevede’*. In definitiva il giudice ritiene che non può affermarsi il superamento della soglia d’usura per effetto della pattuizione della commissione di estinzione anticipata, poiché il costo non può ritenersi collegato all’erogazione del credito.

2. Considerazioni a margine: mora.

2.1 Efficienza del mercato. La presenza in contratto di un accordo usurario, ancorché eventuale nella sua manifestazione, introduce nel mercato del credito una patologia pattizia che si riflette sul libero e corretto svolgimento del mercato stesso. Giova aver presente gli interessi collettivi ai quali è rivolta la protezione disposta dalla legge, *‘giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz’altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare gestione dei mercati finanziari’*

R. Marcelli, A. Valente, Usura e tasso di mora. Sancita la verifica alla pattuizione: riflessi operativi, 2017, in assocu.it).

(Cassazione n. 20148 del 18 marzo 2003).⁹ D'altra parte, non si può trascurare che **la presenza in contratto della mora, anche nella sua natura eventuale, costituisce un vantaggio in sé di 'deterrenza', a prescindere dall'applicazione concreta, che comunque sul piano operativo e di mercato assumerà**

⁹ Anche la dottrina più accreditata ritiene che il bene giuridico tutelato dall'art. 644 c.p. al 1° comma, sia ravvisabile, in primis, nel corretto esercizio dell'attività creditizia, mentre il 3° comma sia più specificatamente rivolto alla tutela del patrimonio del soggetto. *'La norma di nuovo conio si spinge dunque su un terreno particolarmente avanzato, proteggendo non solo la posizione del singolo contraente, ma anche il regolare e affidabile funzionamento delle attività connesse alla prestazione del credito, che assurge a bene giuridico protetto al pari di quello relativo alla libertà contrattuale. Anche la giurisprudenza penale ha riconosciuto che, accanto alla protezione del singolo, il delitto di usura protegge soprattutto gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. Il credito, il cui esercizio è garantito dall'art. 47 della Costituzione, costituisce elemento imprescindibile dell'economia ed il legislatore, con l'introduzione della normativa antiusura, ha fornito lo strumento per proteggere e soprattutto calmierare il mercato creditizio, imponendo una regolamentazione autoritativa favorevole per la parte contrattuale più debole. Si può ritenere quindi che, sebbene sia collocato nel codice tra i delitti contro il patrimonio mediante frode, il reato di usura sia posto a tutela di un regolare, affidabile e regolamentato mercato del credito, oltre della libertà di autodeterminazione negoziale e di altri interessi attinenti alla sfera personale e patrimoniale della vittima. A differenza di quanto avviene normalmente per i delitti contro il patrimonio, ma **similmente a tutte le norme proiettate in un'ottica di tutela del mercato, la fattispecie presenta un disvalore che si incentra sul «pericolo di danno finanziario», presuntivamente derivante dal mero superamento dei tassi soglia, senza richiedere alcun accertamento in ordine all'effettivo pregiudizio patrimoniale subito dalla vittima** (la quale, in determinate circostanze e valutato il complesso dei riflessi economici, dalla pattuizione di interessi usurari potrebbe persino ottenere effetti positivi).* (M.B.Magro, 'Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria', Diritto Penale Contemporaneo, marzo 2017).

'Emergono con chiarezza gli interessi tutelati: non soltanto la libertà contrattuale della parte debole, ma più in generale il corretto svolgimento delle relazioni economiche nel mercato del credito e la tutela, al suo interno, delle soggettività deboli - imprese di medie e piccole dimensioni e consumatori - secondo una strategia condotta già in sede comunitaria e realizzata nei primi anni dell'ultimo decennio con il riassetto della legislazione bancaria intorno ai valori della trasparenza, della correttezza, della buona fede, della repressione delle condotte abusive. Il tutto, nell'orbita della generale previsione dell'art. 2 trattato CE sulla promozione - con l'instaurazione di un mercato comune e di una unione economica e monetaria - di uno sviluppo equilibrato delle attività economiche, di una crescita sostenibile e non inflazionistica, rispettosa dell'ambiente e finalizzata al miglioramento del tenore e della qualità della vita. L'enorme rilevanza degli interessi tutelati - assolutamente di ordine pubblico - impone fin d'ora la soluzione della nullità del contratto di usura. (F. Di Marzio, Contratto e reato. Note sulla causa di credito e sulla causa di garanzia, Giornata di studio CMS Frascati, 23/2/00, in astra.csm.it/incontri/relaz/5213).

statisticamente una misurabile certezza, tanto più marcata quanto minore è il merito di credito e, di riflesso, più rilevante è il corrispondente tasso corrispettivo: vantaggio ricompreso a pieno titolo, letteralmente, nella previsione dell'art. 644 c.p.

Per tariffazione del credito ad applicazione diffusa ad un'estesa platea di clienti, oneri che per il singolo fruitore del credito sono eventuali, per la stessa legge dei grandi numeri, risultano, per l'intermediario e il mercato, certi e statisticamente determinati. Né appare corretto e funzionale, tanto più per contratti di adesione, presidiare il dovuto rispetto del piano di rientro, con la 'minaccia' di un tasso di mora che conduce il finanziamento in usura, per poi ricorrere, all'occorrenza, agli interventi palliativi previsti dall'ordinamento, per temperare le pretese eccessive dell'intermediario.

La funzione deterrente della penale non può essere esasperata: il presidio all'insolvenza ha un limite, né questo può essere all'occorrenza innalzato a dismisura, per il medesimo principio per il quale non è consentito difendere la propria abitazione interponendo corrente ad alto voltaggio.

Nelle rilevanti incertezze che vengono caratterizzando il ciclo economico, l'ammontare del tasso di mora non è ininfluenza nell'assetto delle prestazioni convenute, determinandone, con apprezzabile frequenza, lo squilibrio finanziario che, con il protrarsi della sua eccessività, si riversa più facilmente in quello economico dell'iniziativa finanziata. Si determinano circostanze di usurarietà pattizia se, per una delle possibili eventualità pattuite, relative ad una modifica delle scadenze del piano di ammortamento convenuto, gli interessi di mora previsti in contratto, aggiungendosi in successione temporale agli interessi corrispettivi alla scadenza della rata, vengono a determinare un tasso annuo effettivo del prestito debordante la soglia vigente alla data di stipula del contratto. Le eventualità avverse del mercato possono risultare imprevedibili e disattendere la previsione economica del mutuatario, come anche la valutazione istruttoria del credito curata dell'intermediario: non appare previsto, né ragionevole, una deroga al presidio d'usura o anche semplicemente un suo 'allentamento' a beneficio dell'intermediario.

2.2. L'unitarietà del finanziamento e l' 'interesse allargato' dell'art. 644 c.p. Il finanziamento è unico e tutti gli oneri inerenti al credito concesso, a qualunque titolo pattuiti, concorrono congiuntamente a formare lo squilibrio contrattuale, sanzionato dall'art. 644 c.p. e dal collegato art. 1815, 2° comma c.c.¹⁰ Lo stretto collegamento fra i due articoli, che definisce ineludibilmente il raggio di azione della sanzione, è puntualizzato dalla sentenza della Cassazione S.U. n. 24675/17. Nel declinare i riflessi indotti dal d.l. n. 394/00, si precisa: *‘Una sanzione (che implica il divieto) dell’usura è contenuta, per l’esattezza, anche nell’art. 1815, secondo comma, cod. civ. – pure oggetto dell’interpretazione autentica di cui si discute – il quale però presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla legge 108.’*, pervenendo alla conclusione che *‘in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sia configurabile la violazione dell’art. 644 cod. pen., come interpretato dall’art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000.’*

Appare imprescindibile che l'applicazione dell'art. 1815 cod. civ. non possa essere stemperata frazionando il presidio sanzionatorio, così come l'usurarietà dell'interesse 'allargato' dell'art. 644 c.p., non può essere parcellizzata ora nella mora, ora nella CMS, ora nelle spese di assicurazione, ecc.¹¹ Il secondo

¹⁰ Un avviso che valorizza l'unitarietà del rapporto, sembra evincersi anche da un passaggio della sentenza della Cassazione, II Sez. Penale n. 46669/11: *‘Né possono avere rilievo le differenziazioni del tasso operato in caso di conto corrente non affidato – in cui il credito erogato è superiore al fido concesso, rispetto al conto corrente affidato – in cui l'utilizzo avvenga regolarmente nei limiti del fido, dovendo, comunque, la banca non superare il tasso soglia normativamente previsto indipendentemente dalla circostanza che nel caso di conto corrente non affidato la banca debba fronteggiare un inatteso e irregolare utilizzo del credito da parte del cliente, che, pur rappresentando un costo per l'eventuale scorretto comportamento del cliente, non può comunque giustificare il superamento del tasso soglia, trattandosi di un costo collegato all'erogazione del credito che ricorre ogni qualvolta il cliente utilizza lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo dell'onere, per la banca, di procurarsi e tenere a disposizione del cliente la necessaria provvista di liquidità’*. In una sentenza precedente del 2012 (n. 26100 del 5 luglio 2012) la Cassazione Penale, per una situazione non identica ma alquanto accostabile aveva più esplicitamente stabilito: *‘solo in relazione a rapporti finanziari distinti e autonomi potrebbe escludersi, ai fini del superamento del tasso soglia, il cumulo degli interessi rispettivamente riferibili all'uno e all'altro, non certo rispetto ad un unico rapporto che veda nel corso del suo svolgimento l'appesantimento' della posizione del debitore’*.

¹¹ *‘La violazione della norma conduce, infatti, al singolare risultato che il contratto di mutuo resta in vita in tutte le sue previsioni. Il mutuatario ha diritto*

comma dell'art. 1815 c.c. colpisce l'intero plesso dei costi, costituente l'interesse allargato, non i singoli addendi che concorrono alla determinazione degli interessi nella nozione data dall'art. 644 c.p.¹² L'art. 1815, comma 2° c.c. esprime un

*di godere del vantaggio della dilazione nel godimento della somma mutuata secondo i piani di restituzione con le rate pattuite, ma – non essendo più esigibile alcuna forma di interesse, neanche quella legale come era nel vigore della precedente versione dell'art. 1815, 2° comma, c.c. – le rate pattuite conterranno solo la somma capitale e non più gli interessi. Nella esperienza sino ad ora sviluppata nel nostro ordinamento, nel campo dei controlli sui prezzi e sui corrispettivi pattuiti dai privati, si tratta della sanzione probabilmente più grave che mai sia stata applicata e la ragione è da ricondurre alla particolare considerazione della gravità del fenomeno dell'usura, in tutte le sue implicazioni economico sociali'. (B. Inzitari, 'Il mutuo con riguardo al tasso 'soglia' della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo', in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 257 ss.).*

Puntuali e pertinenti appaiono altresì le considerazioni sviluppate in una recente sentenza del Tribunale di Pesaro: *'Il sistema prevede già che gli interessi moratori e corrispettivi, pur nella diversità di funzione, possano avere una disciplina omogenea. In quest'ottica va letta, per esempio, la disposizione di cui all'art. 1224, comma 2, c.c., nella parte in cui "prevede che, se prima della mora erano dovuti interessi superiori a quelli legali, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura" (vedere in senso conforme Cass. Civ. n. 5286/00). (...) Al tasso di interessi moratori non corrisponde d'altra parte una diversa categoria di credito. La mora è infatti solamente una componente eventuale del medesimo credito. Il legislatore di conseguenza, nel ricomprendere entro la soglia di usura gli interessi, commissioni e spese comunque collegate alla erogazione del credito ed a qualunque titolo pattuiti ha voluto porre un limite superiore perentorio entro il quale ricomprendere tutti i costi del credito, inclusi quelli correlati alle criticità e patologie eventuali del rapporto. (...) La pattuizione di un tasso sopra i limiti del tasso soglia determina ex art. 1815 c.c. l'impossibilità di riconoscere all'istituto di credito alcun tipo di interesse. La disposizione di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. risulta chiara ed ha certamente natura sanzionatoria, per cui va applicata come conseguenza del superamento, per qualsiasi causa o motivo, del tasso di soglia legale, a prescindere dalla liceità del tasso degli interessi corrispettivi promessi'* (Trib. Pesaro, n. 1193 del 5/10/2017).

¹² L'accertamento dell'usura pattizia verrebbe a trascinare nella nullità anche gli eventuali impegni di garanzia fideiussoria prestati al rapporto usurario. Anche la Banca d'Italia, nelle Istruzioni per la rilevazione del TEGM, ricomprende fra le remunerazioni a qualsiasi titolo: *"le spese di assicurazione o intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore"*. Nella circostanza, l'impegno fideiussorio, quale vantaggio incluso dall'art. 644 c.p. nel corrispettivo del finanziamento concorre a determinare l'usura e rimane incluso nella sanzione prevista dall'art. 1815 c.c. Al riguardo la Cassazione n. 26262/07 ha avuto modo di precisare: *'Questa Corte ha infatti affermato che, nel caso in cui il garante assuma l'impegno di pagare una determinata somma di denaro in favore del beneficiario della garanzia per il solo fatto che tale soggetto, allegando l'inadempimento dell'obbligazione principale, ne faccia richiesta, egli rinuncia ad opporre eccezioni inerenti al rapporto che lega il debitore principale al beneficiario della garanzia, anche se dirette a far*

principio giuridico valido per tutte le obbligazioni pecuniari e, con la revisione normativa operata dalla legge 108/96 e dalla legge 24/2001, prevede la conversione forzata del finanziamento da usurario in gratuito, in ossequio alla esigenza di maggiore tutela del debitore.

2.3 Riferimento all'importo inizialmente erogato. Occorre considerare che l'art. 644 c.p. coglie il momento della pattuizione ed è riferito al credito erogato: il finanziamento è unico, scadenzato nelle distinte rate di rimborso. Di riflesso **la verifica dell'usura è imposta con riferimento all'entità del credito erogato e all'equilibrio delle condizioni contrattuali disposto inizialmente; alla scadenza, nella rata rimasta impagata, non si configura alcuna nuova pattuizione né alcuna erogazione.**

Il riferimento alla corresponsione o meno della mora non assume alcun rilievo, né tanto meno appare dirimente in ordine all'applicazione dell'art. 1815 c.c.; ciò che rileva, per l'art. 644 c.p. e l'art. 1815 c.c. non è il pagamento per il ritardo di una specifica rata. La verifica dell'usura non può essere esperita sul rapporto fra interessi di mora e ammontare della rata scaduta, ma va ricondotta all'intero aggregato dei costi che il credito concesso può subire nel decorso del periodo previsto per il suo

*valere l'invalidità del contratto dal quale tale rapporto deriva. Siffatto principio incontra tuttavia una prima eccezione, costituita dall'escussione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può e deve opporre la exceptio doli (Cass. n. 5997 del 2007; n. 6757 del 2001; n. 10864 del 1999), la cui ricorrenza nella specie è stata esclusa dalla Corte territoriale affermando che i relativi «estremi neppure [sono stati] adottati dalle parti interessate» (pg. 7 della pronuncia) con conclusione non specificamente censurata, quindi ormai incontestabile. Una seconda deroga è costituita dal caso in cui l'eccezione sia fondata sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa. In quest'ultima ipotesi in cui, attraverso il secondo contratto si tende ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta, **l'invalidità del contratto "presupposto" si comunica infatti al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita (Cass. n. 5997 del 2006; n. 3326 del 2002).** (...) Nel quadro di queste norme, risulta dunque palese che, avendo gli appellanti evocato la nullità della clausola concernente la disciplina degli interessi per contrarietà con una norma penale, ai sensi dell'art. 1418 c.c., era astrattamente sussistente la seconda delle due eccezioni sopra indicate, con la conseguenza che la pronuncia ha erroneamente ritenuto che la stessa non potesse essere fatta valere dai ricorrenti e che fosse irrilevante l'accertamento chiesto sul punto e, quindi, in questa parte la sentenza deve essere cassata. Risulta di palmare evidenza che la presenza dell'usura trascina la nullità degli impegni di fideiussione che concorrono e garantiscono l'usura stessa.*

rimborso, nelle multiformi eventualità regolate in contratto, in particolare nell'insolvenza in una o più rate e/o nel capitale a scadenza. *‘Per i mutui in particolare, considerando tutti i possibili scenari che caratterizzano la casistica degli insoluti alla scadenza, o più semplicemente quello peggiore (worst case), se il rendimento effettivo del finanziamento – quindi il TAEG, e non l’interesse semplice della mora in rapporto alla rata insoluta nel mutuo – risulta debordare la soglia, (...) si rende applicabile l’art. 1815 c.c. con la nullità estesa ad ogni forma di interesse. Né si può ritenere che il carattere eventuale dell’onere, ritenuto possibile ma improbabile, precluda l’applicazione dell’art. 1815 c.c. sino al momento in cui se ne verifica l’applicazione; la Cassazione 5286/2000, nell’occuparsi degli interessi di mora, oltre a stabilire l’unicità di calcolo nella verifica, fa espresso riferimento, non all’applicazione degli stessi, ma all’assunzione dell’obbligazione di corrispondere interessi moratori’.*¹³

2.4 Tasso semplice e tasso effettivo. Il tasso di mora non è un tasso effettivo, è un tasso semplice che integra il tasso corrispettivo nel momento dell'insolvenza della rata, come riflesso del mutamento determinatosi nel piano di ammortamento. Il finanziamento è unico e l'onerosità va misurata nella sua interezza, nelle prestazioni convenute inizialmente fra le parti, non nelle risultanze alle distinte scadenze.¹⁴ Il criterio di verifica previsto dalla norma fa espresso riferimento alla formula del TAEG, impiegato anche dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi medi di mercato, che ingloba tutti i costi inerenti al credito e si differenzia dal tasso semplice in quanto tiene conto dei tempi di pagamento.

¹³ R. Marcelli, Usura Bancaria: ad un ventennio dalla Legge: un impietoso bilancio, Banca Borsa e Tit. Cred. Suppl. n. 4/2017, Giuffré.

¹⁴ In un accostamento figurativo, già l'aver appostato la trappola per conigli configura l'illecito, indipendentemente dal verificarsi dell'evento e indipendentemente dall'impiego, come mezzo, del tasso corrispettivo, del tasso di mora, dell'indennizzo di anticipata estinzione o della penale di risoluzione e recesso. La previsione in contratto di importi 'capestro' rileva in sé sol perché assumono illeciti valori.

3. Il worst case della mora.

Come accennato, la verifica dell'usura non può essere esperita sul rapporto fra interessi di mora e ammontare della rata scaduta, ma va ricondotta al costo complessivo che il credito concesso può subire a seguito della pattuizione dell'eventuale morosità, con l'insolvenza in una o più rate e/o nel capitale a scadenza. Il tasso di mora non è un tasso effettivo, è un tasso semplice che integra il tasso corrispettivo nel momento dell'insolvenza, come riflesso del mutamento determinatosi nel piano di ammortamento.¹⁵

Si determineranno circostanze di usurarietà pattizia se, per una delle possibili eventualità pattuite, relative ad una modifica delle scadenze del piano di ammortamento convenuto, gli interessi di mora previsti in contratto, aggiungendosi in successione temporale agli interessi corrispettivi alla scadenza della rata, determineranno un tasso annuo effettivo del prestito debordante la soglia vigente alla data di stipula del contratto.¹⁶ I

¹⁵ *'La verifica dell'usura non può essere circoscritta al tasso di mora; quest'ultimo non può essere enucleato e trattato separatamente. La soglia d'usura è riferita al credito concesso: appare un'illegittima forzatura prevedere per la rata insoluta e/o per il finanziamento scaduto, un'apposita soglia. L'obbligazione originatasi con il mutuo o con il finanziamento in conto è unica e alla stessa vanno congiuntamente riferiti i costi corrispettivi e moratori senza discriminazione alcuna fra la fase fisiologica e quella patologica. (...) La norma di legge, per ciascuna categoria di credito, pone un limite, assoluto ed inderogabile, all'aggregato dei costi previsti in contratto, quale che sia la natura corrispettiva, compensatoria o penale. A questo limite devono soggiacere le condizioni contrattuali. (...) Non ha alcun senso il semplice confronto della mora con la soglia d'usura. Il tasso di mora costituisce un tasso semplice, riferito alla rata e/o al capitale scaduto, mentre quello che, al momento pattizio, occorre riferire alla soglia è il tasso effettivo annuo del credito erogato, sia nello scenario di un pieno rispetto del piano di ammortamento convenuto, sia in ogni possibile scenario nel quale, a seguito dell'inadempimento ad una o più scadenze, con l'applicazione del maggiore interesse di mora e il mutamento che interviene nel piano di rimborso, si modifica conseguentemente il tasso effettivo annuo del credito erogato. La mora, che si cumula nel tempo in capitalizzazione semplice, può ben estendersi, entro margini moderati, oltre il tasso soglia senza pregiudicare il fermo presidio della soglia d'usura, posto al rendimento effettivo del credito concesso, comprensivo sia degli interessi corrispettivi sia degli eventuali interessi moratori nei quali può incorrere il mutuatario nel piano di rimborso del finanziamento ricevuto' (R. Marcelli, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, 2014, in assoc.tu.it).*

¹⁶ *'Gli interessi, commissioni, remunerazioni e spese (ad eccezione di imposte e tasse) a qualunque titolo pattuiti devono essere considerati come un dato unico da raffrontare al tasso soglia ed è evidente che va esaminata, ai fini della ricorrenza dell'usura oggettiva originaria, la ricerca ipotetica della peggiore*

possibili scenari evolutivi del finanziamento sono infiniti: sarà sufficiente la verifica del rispetto del tasso soglia nello scenario peggiore (*worst case*), che ricorre quando il prenditore del finanziamento risulta insolvente ad ogni scadenza ma provvede ad effettuare versamenti che coprono solo ed esclusivamente gli interessi di mora.¹⁷

Considerando il *worst case*, il costo complessivo del finanziamento sale con il protrarsi dell'insolvenza. Poiché la mora non produce ulteriori interessi, i regolari pagamenti alla scadenza della mora penalizzano in misura massima il mutuatario, con un tasso effettivo annuo che tende a lievitare gradualmente con il tempo asintoticamente verso un tasso limite determinato. Questo tasso, quale risultante di interessi corrispettivi e moratori, per il concetto stesso di media ponderata, è compreso fra il tasso corrispettivo e il tasso di mora. Ogni altro scenario possibile del mutuo presenterà un tasso effettivo annuo inferiore al 'TEG asintotico' ottenuto nel *worst case*.

Nella sentenza in esame, il dott. E. Astuni osserva altresì: *'Parte della giur. di legittimità, segnatamente la cit. Cass. 17.10.2019 n. 26286, opina necessario individuare il tasso soglia degli interessi di mora sommando al tasso soglia degli interessi corrispettivi il valore medio degli interessi (2,1%) di mora rilevato dalla Banca d'Italia.*¹⁸

delle ipotesi possibili, ovvero quella economicamente più svantaggiosa per il cliente.' (Trib. Benevento, Genovese, 25/10/16 n. 2883; cfr. anche Trib. Massa, Provenzano, 23/03/16; Trib. Milano, Tranquillo, n. 13997 del 10/12/15; Trib. Udine, Massarelli, 26/9/14 e 1/4/15; su posizioni simili ma con pregnanti distinzioni Trib. Torino, Astuni, 21/10/14 e 20/6/15).

¹⁷ Per gli interessi di mora, contrariamente a quanto può essere previsto per gli interessi corrispettivi, non è consentita la capitalizzazione: il puntuale pagamento degli interessi di mora non apporta pertanto alcun beneficio al debitore e comporta conseguentemente una lievitazione del rendimento effettivo annuo del costo del prestito. Rispetto allo scenario descritto, qualunque pagamento anticipato o posticipato di capitale e/o interessi corrispettivi e/o qualunque pagamento posticipato di interessi di mora, condurrebbe ad un tasso annuo effettivo inferiore.

¹⁸ Al riguardo si è avuto modo di rilevare in altro documento: *'Il legislatore, nel ricomprendere entro la soglia d'usura gli interessi, commissioni e spese inerenti al credito, a qualunque titolo percepiti, non ha necessariamente disconosciuto la diversa funzione degli interessi di mora e degli interessi corrispettivi, né ha inteso precludere una penale nel caso di mancato pagamento. Ha voluto invece porre, all'atto dell'erogazione, un limite superiore perentorio, entro il quale ricomprendere tutti i costi del credito, relativi ad ogni criticità e/o patologia presente e eventuale. In questo si qualifica il presidio all'usura. Se il*

La conclusione non può essere condivisa, perché incompatibile, ancora una volta, con il dato normativo dell'art. 2 comma 1 della legge n. 108 che prescrive che il tasso medio sia, oltre che "effettivo in ragione d'anno", anche onnicomprensivo. Per conseguenza, anche il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (comma 4), derivato aritmeticamente dal tasso medio, non può che essere onnicomprensivo e comprendere tutti i costi del credito. Visto che gli interessi di mora sono, come ripete da sempre la S.C., collegati all'erogazione del credito perché condividono la stessa natura dei corrispettivi (punto messo a fuoco da Cass.

tasso praticato dall'intermediario si colloca nell'intorno del valore medio di mercato, vi sono ampi margini per una maggiorazione della mora. Se, invece, il tasso praticato si colloca a ridosso della soglia d'usura, già sconta il rischio di insoluto alla scadenza; l'intermediario non incontra ulteriori costi oltre quelli il cui rischio è già statisticamente coperto dal tasso corrispettivo più elevato. Nulla impedisce all'intermediario di limitare le iniziative finanziate entro un tasso corrispettivo che consenta altresì un'adeguata mora a presidio di comportamenti opportunistici di inadempimento alla scadenza. La soglia d'usura, – ancor più nel valore ampliato dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11 – si colloca su un limite apprezzabilmente discosto dal valore medio, che rappresenta appunto l'interesse usualmente richiesto dal mercato. Ricomprendendo la penale della mora nel limite di soglia, si rimette all'intermediario la gestione completa dello spread da aggiungere al valore medio rilevato, così che possa nella sua discrezionalità stabilire – con riferimento al margine necessario a coprire il maggior rischio di credito – quanto ricomprendere nel tasso corrispettivo e quanto porre a deterrente di facili comportamenti di inadempimento. Se sceglie di applicare un tasso corrispettivo a ridosso della soglia, già sconta la maggiore eventualità che alla scadenza il pagamento non venga onorato: il danno eventuale è già compreso statisticamente nel maggior tasso corrispettivo richiesto. D'altra parte, l'evento di morosità, quando non è imputabile ad occasionalità a priori imprevedibili, è riconducibile ad una valutazione fallace dei flussi di cassa da parte del cliente ma deriva altresì da una concessione di credito basata su una fallace istruttoria dell'intermediario, che ha stimato attendibile e capiente il business plan del cliente. Se l'intermediario ha correttamente esperito la valutazione del merito di credito, il connesso rischio di insolvenza e il corrispondente tasso di copertura, la percentuale di inadempimenti a cui va incontro statisticamente non apporta un danno ulteriore oltre quello previsto nel tasso corrispettivo. (...) Per le finalità di presidio all'usura, non ha alcun senso prevedere una specifica soglia d'usura per il costo del credito in una fase di patologia, ancor più se interviene in una fase successiva all'erogazione: non è questo lo spirito della legge che ha voluto ancorare all'ordinario tasso di mercato il margine entro il quale ricomprendere ogni forma di patologia; il costo di quest'ultima, nella sua ricorrenza statistica, è già compreso, come rischio, nel tasso (corrispettivo e di mora) richiesto originariamente dall'intermediario sulla base del merito di credito del prenditore'. (R. Marcelli, L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità, 2014, in assoctu.it).

27442/18) non è possibile stabilire due diverse soglie di usura: una per i debitori adempienti, l'altra per gli inadempienti: o il costo complessivo del credito è tollerabile (inferiore al limite) oppure è eccessivamente oneroso (sopra il limite), indipendentemente dal fatto che il debitore paghi regolarmente oppure no'.¹⁹

¹⁹ La diversificazione del tasso soglia per le diverse categorie, riportate nel decreto del Ministero dell'Economia, è prevista dalla legge 108/96 con riferimento alla natura del credito, non dell'interesse. Con l'interpretazione fornita dall'ABI (Circolare n. 4681/2003) e fatta propria dalla Banca d'Italia solo con la Comunicazione del 3 luglio '13, si verrebbe surrettiziamente ad introdurre una differenziazione di soglia in funzione del titolo della remunerazione, introducendo un'ulteriore classificazione, non consentita dal dettato normativo e non prevista negli appositi decreti del Ministero dell'Economia. Le criticità e perplessità costituzionali sollevate dalla dottrina, che ha ravvisato nel rinvio all'atto amministrativo circostanze di una norma penale in bianco, verrebbero ulteriormente avvalorate, in tal caso, dal rilievo che, sulla base della stima campionaria della Banca d'Italia – a ciò non demandata né dalla legge né dal Ministero dell'Economia – si fa discendere un'ulteriore soglia di legge sulla base di un carattere non previsto tra quelli espressamente indicati dalla legge. Si osserva, per altro, che tale rilevazione ha riguardato una quota limitata dell'universo di riferimento (10%) e risulta circoscritta temporalmente al III trimestre '01. Non risulta che il valore del parametro censito – maggiorazione per i casi di ritardato pagamento – sia caratterizzato da una particolare stabilità nel tempo. Il recente aggiornamento, curato nella rilevazione campionaria del 2015 (D.M. 21 dicembre 2017) riporta valori assai differenziati per le categorie considerate: 1,9% per i mutui ipotecari; 4,1% per le operazioni di leasing; 3,1% per gli altri prestiti. Con la menzionata Comunicazione del 3 luglio 2013, avente ad esplicito oggetto 'Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura', la Banca d'Italia risulta ergersi ad integratore della norma arrogandosi una funzione nomofilattica, tanto da far dire al Collegio di Coordinamento del 2/10/19 che le sentenze della Suprema Corte contrastano 'con le posizioni della Banca d'Italia in tema di determinazione e composizione del tasso soglia (v. Banca d'Italia, Chiarimenti in materia di applicazione della legge anti usura, 3 luglio 2013). Appare evidente come, in presenza di contratti di adesione, predisposti in serie dall'intermediario, la tutela del cliente da parte della Banca d'Italia venga oltremodo sacrificata alla stabilità dell'intermediario, nella silenziosa ignavia dell'AGCM. Scrive A.A. Dolmetta: *'Nell'interpretare le leggi le Autorità amministrative – quand'anche di prestigio grande, com'è nel caso della Banca d'Italia – hanno per definizione un ruolo subalterno nei confronti dell'Autorità giudiziaria. Secondo i principi del sistema, inoltre, la funzione nomofilattica risulta affidata alla Corte di Cassazione. Senza riserve di materie: già per questo motivo, dunque, le rilevazioni trimestrali dell'usura devono mostrarsi specchio fedele degli orientamenti consolidati di quella. D'altro canto, nell'ambito della normativa sull'usura al Ministero dell'Economia e alla Banca d'Italia non risulta affidato nessun potere secondario di specificazione dei precetti primari di legge (secondo quanto capita talvolta nell'ambito della normativa di protezione del cliente; così, ad esempio, nel caso dell'art. 117, comma 2, TUB). Come puntualmente ha osservato proprio il Supremo Collegio, le rilevazioni trimestrali non hanno la funzione di produrre opinioni, bensì quella esclusiva di*

La soluzione prospettata dal Tribunale di Torino risulta soddisfare compiutamente, in maniera lineare e consequenziale, l'ampio spettro dei principi di diritto che sottendono la legge 108/96, nonché la legge di interpretazione autentica n. 24/01 nei termini puntualmente chiariti dalla Cass. Sez. Unite n. 24675/17.

Per contro, la sentenza della Cassazione Sez. Unite n. 16303/18, ha sancito l'imprescindibile esigenza di 'omogeneità e simmetria' tra il TEG di rilevazione dell'operazione e la soglia d'usura, arrivando finanche a prevedere, per una medesima operazione, una 'biforcazione' della verifica, con diverse soglie d'usura, per il caso di presenza ed assenza della CMS: in un caso, di fatto, la soglia viene corrispondentemente innalzata della CMS media, maggiorata del 50%, su un valore più alto del caso in cui la CMS non sia stata prevista o sia stata prevista inferiore alla media. Ad una soluzione per la mora, analoga a quella prevista dalla Cassaz. S.U. 16303/18, fa esplicito riferimento la più recente Cass. N. 26286/19.

Con l'Ordinanza n. 26946 del 22 ottobre 2019 la tematica della mora è stata rimessa alle Sezioni Unite e, se alla rilevazione campionaria della maggiorazione media della mora curato dalla Banca d'Italia fosse attribuito il medesimo valore e rilevanza che le Sezioni Unite hanno conferito alla CMS, pur con le criticità e discrasie che, su plurimi aspetti, sono state diffusamente sollevate, risulterà ineludibile l'adozione di una soluzione in stretta analogia.

«fotografare» l'esistente. Di rilevare il fatto storico dei tassi applicati dall'operatività, così; come pure di dare fotocopia alle consolidate letture che del dato normativo esprima la Corte di Cassazione. (...) Un poco disinvolto – o, se si preferisce, molto rapido – appare poi il passaggio in cui la Comunicazione dichiara che «per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti trimestrali riportano i risultati» dell'indagine di maggiorazione». E questo per due ragioni (per quanto tra loro correlate). Nei fatti, l'effetto fisiologico della «divergente opinione» tra Cassazione e Autorità amministrativa è che – mentre il calcolo del TEG (in quanto predisposto da Ministro e Vigilanza) esclude gli interessi di mora - il calcolo usurario della fattispecie concreta tiene per contro conto anche di quelli (posto che l'intervento dei giudici si esplica proprio sulla fattispecie concreta). La constatazione di tanto dovrebbe comunque indurre la Vigilanza a consigliare la maggiore prudenza e attenzione alle imprese'. (A.A. Dolmetta, A commento della Comunicazione Banca d'Italia 3.7.2013: usura e interessi moratori, 2013, ilcaso.it).

In questa circostanza, la soluzione adottata dal Tribunale di Torino risulterà di pregevole ausilio, potendo ravvisarsi una semplice integrazione del principio di calcolo per cogliere compiutamente la medesima finalità, già perseguita dalla Cassazione S.U. con la CMS. Infatti, è sufficiente determinare, per il *worse case*, il diverso TEG che risulterebbe aggiungendo al tasso corrispettivo, non più lo *spread* di mora previsto in contratto, ma solo l'esubero dello *spread* rispetto alla maggiorazione consentita ($2,1 + 50\% = 3,15$ e $2,1\% + 25\% = 2,625\%$), per ottenere, per il *worst case*, il TEG rettificato, da confrontare direttamente con la soglia ordinaria pubblicata nei D.M. Infatti, nel procedimento suggerito, sottraendo al tasso di mora effettivo lo *spread* massimo consentito (3,15%), il tasso risultante, applicato agli insoluti (TEG + spread - 3,15), si combinerà con il tasso corrispettivo (TEG), maggiorandolo dell'esubero non giustificato, in analogia al margine, riveniente dall'esubero della CMS maggiorata del 50%. **Nella circostanza si configura, seppur nella medesima operazione, un'analogia biforcazione, dovendo, da un lato verificare per il decorso fisiologico del finanziamento il rispetto della soglia per l'ordinario TEG, dall'altro verificare nell'evenienza della patologia, anche nello scenario peggiore (*worst case*), il rispetto della medesima per il TEG rettificato del margine di mora in esubero.** (Cfr. esemplificazione Allegata).

Mutuando i termini del principio di diritto stabilito dalla Cassazione S.U. n. 16303, il criterio sopra riportato potrebbe, in altri termini, essere espresso: **'ai fini della verifica del superamento del tasso soglia d'usura, nel caso lo *spread* di mora risulti superiore alla '*spread soglia*' riveniente dal valore rilevato nella rilevazione campionaria della Banca d'Italia (2,1) aumentato della metà, nell'eventualità più sfavorevole al mutuatario (*worst case*), l'importo dell'eccedenza della mora dovrà essere comparato con il margine degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientranti nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati'**.

In termini consequenziali ne segue che, così come per l'eventualità dell'esubero della CMS praticata che non trovi completa compensazione nel margine disponibile degli interessi residui, anche per l'esubero degli interessi di mora previsti che non trovino compensazione negli interessi corrispettivi residui,

trova applicazione l'art. 1815, 2° comma esteso all'intero aggregato degli interessi allargati contemplato nell'art. 644 c.p.²⁰ A meno che non si voglia assimilare la rilevazione campionaria della maggiorazione di mora a parametro di riferimento per un giudizio di manifesta eccessività della penale, risulterebbe alquanto contraddittorio assoggettare gli interessi di mora al vaglio di usurarietà, ma escluderli, al tempo stesso, dalla sanzione specifica dell'art. 1815, 2° comma. Come sottolineato dal Collegio di Coordinamento dell'ABF 2/10/19, il *decisum* reso dalle S.U. nella nota sentenza n. 24675/17, *'nello stabilire che non esiste una nozione di interesse usurario al di fuori di quella penalistica, necessariamente comporta la estensione alla ricordata disposizione del codice civile di una nozione unitaria di interessi usurari definiti altrove, ossia proprio "nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla l. 108"*.

4. Penale di risoluzione per inadempimento e di estinzione anticipata.

La mora non è il solo onere eventuale ricorrente nel contratto di credito. Accanto alla mora possono ricorrere distintamente, da un lato la penale per la risoluzione per inadempimento e decadenza del beneficio del termine, dall'altro l'indennizzo di estinzione anticipata.

L'art. 40 del TUB prevede distintamente, per il creditore la facoltà di risolvere il contratto, negli specifici casi previsti, per il debitore la facoltà di estinguere anticipatamente il proprio debito, previo versamento di un compenso per l'estinzione stessa. Le caratteristiche e la natura dei compensi, nelle due circostanze, assumono connotazioni diverse che tuttavia si riflettono in termini assai prossimi nella verifica del rispetto delle soglie d'usura.

La penale per la risoluzione del contratto comporta un compenso per l'intermediario assimilabile, per taluni aspetti, alla mora, costituendo di fatto un'integrazione per il danno e mancato beneficio derivato all'intermediario dal venir meno dei proventi che sarebbero derivati dal regolare svolgimento del rapporto.

²⁰ Non si comprenderebbe, altrimenti, perché l'art. 644 c.p. dovrebbe riguardare tutti gli interessi 'a qualunque titolo convenuti' e l'art. 1815 c.c. considerare solo quelli di mora.

La risoluzione per inadempimento, di regola, non è automatica ma è rimessa alla discrezionalità della banca. La banca non è impegnata ad interrompere il rapporto, rimanendo libera di valutare al momento dell'inadempimento, se risolvere o meno il contratto. Non è pertanto preclusa alla stessa la possibilità di lasciare che l'insolvenza si protragga nel tempo, con lievitazione degli interessi di mora, posponendo la risoluzione e l'azione per il recupero del capitale ed interessi. Di regola la risoluzione del contratto interviene in tempi ragionevolmente poco discosti dalle prime manifestazioni di insolvenza, ma in talune circostanze l'intermediario può trovare opportuno e anche conveniente procrastinare la chiusura del rapporto e il recupero del capitale.²¹

Pertanto, sul piano contrattuale, le prestazioni convenute ricomprendono l'attribuzione alla banca della discrezionalità di proseguire il rapporto anche su scenari evolutivi che, procrastinando nel tempo la risoluzione del contratto e lucrando di riflesso interessi di mora, possono condurre a praticare tassi in usura. Si può valorizzare questa piena discrezionalità che la banca si riserva, quale quid in più che la distingue dalla risoluzione automatica. Al verificarsi dell'insolvenza la penale risulta concettualmente assimilabile ad un'opzione a far lievitare il debito su tassi più elevati di quello convenzionale, evenienza che non è così infrequente riscontrare nella pratica, sia per fornire al debitore la possibilità di rientrare dall'insolvenza, sia per cogliere l'opportunità di accrescere i ricavi da interessi: soprattutto in presenza di sufficienti garanzie a collaterale, può sussistere un pregnante interesse a procrastinare il recupero del credito. Poiché tali scenari risultano di fatto praticabili – talvolta intenzionalmente perseguiti al fine di massimizzare il profitto – in una tassativa, stringente lettura dell'art. 644 c.p., in assenza di una clausola di salvaguardia che tuteli il prenditore di fondi da iniqui capestri, anche per tali eventualità si può individuare il *worst case* che massimizza la penalizzazione del mutuatario, correttamente sottoposta al vaglio d'usura nella sentenza in argomento. D'altra parte, la norma non sembra lasciare spazio,

²¹ Se la banca, alla scadenza delle rate, rimanendo queste insolute, non procede alla risoluzione del rapporto, si può configurare, nella condotta – in ossequio al principio di ermeneutica contrattuale sancito dall'art. 1362, comma 2° c.c. – l'intenzione implicita di proseguire nel rapporto alle condizioni contrattuali convenute, mora compresa.

nell'equilibrio del contratto, ad alcuna usura, ancorché posta su un'eventualità remota.

Connotazioni diverse si ravvisano nella 'penale di estinzione anticipata'. La penale di estinzione anticipata viene dalla dottrina propriamente inquadrata nell'ambito delle obbligazioni con facoltà alternative.²² Nella circostanza la 'penale' – più propriamente inquadrabile nella multa penitenziale - assolve alla funzione di indennizzo per il datore di credito per la non completa realizzazione del 'programma contrattuale' (Cfr. Cass. civ. n. 2754/02).

La previsione contrattuale della facoltà rimessa al mutuatario assume una portata derogatoria rispetto all'art. 1816 c.c., concedendo al soggetto beneficiario del finanziamento un diritto di anticipata estinzione che altrimenti potrebbe esercitare solo con il consenso del creditore. Nella stessa si configura, di fatto, una vera e propria opzione che viene rimessa nella discrezionalità del fruitore del credito.

L'art. 40, comma 1 del TUB dispone che i *'debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il*

²² Più propriamente si parla di obbligazioni facoltative o obbligazioni con facoltà alternativa: ' ... nelle obbligazioni facoltative è dedotta una prestazione unica e non già sono previste due o più prestazioni, l'una alternativa all'altra. L'obbligazione facoltativa è dunque un'obbligazione semplice; tuttavia, per volontà delle parti o in virtù di una disposizione di legge, al debitore è attribuita, fin dalla nascita del rapporto obbligatorio, la facoltà di liberarsi dall'obbligazione, eseguendo una prestazione diversa dall'unica prestazione dedotta in obbligazione. In definitiva, l'obbligazione facoltativa è un'obbligazione semplice che rispetto al modello tipico dell'obbligazione semplice presenta un *quid pluris* costituito dalla facoltà attribuita al debitore di liberarsi dall'obbligazione, eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta. La distinzione tra obbligazioni alternative e obbligazioni semplici con facoltà alternativa non è meramente descrittiva e classificatoria, poiché assume una concreta rilevanza operativa soprattutto con riferimento al caso dell'impossibilità sopravvenuta. Infatti, laddove diventi impossibile per causa non imputabile al debitore l'unica prestazione dedotta in una obbligazione, alla quale accede una facoltà alternativa, il rapporto obbligatorio si estingue nella sua totalità, ancorché sia ancora possibile esercitare la facoltà alternativa, eseguendo la prestazione prevista come facoltativa. E ciò in quanto quest'ultima prestazione non è dedotta in obbligazione come alternativa ad un'altra prestazione (quella dovuta), ma costituisce semplicemente una facoltà concessa al debitore, nel senso che si tratta di una possibilità ulteriore per conseguire la liberazione dell'obbligo. Nell'obbligazione alternativa, invece, se prima della scelta una delle due prestazioni diventa impossibile per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione diviene semplice, concentrandosi automaticamente nella prestazione rimasta impossibile.' (E. Moscati, La disciplina generale delle obbligazioni, Ed. Giappichelli, 2015).

proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito'.

Il compenso onnicomprensivo non costituisce propriamente una penale: non interviene un inadempimento o ritardo, implicanti funzioni risarcitorie o punitive del debitore inadempiente, ma, più semplicemente, un diritto di recesso con corrispettivo. Il diritto previsto all'art. 40 TUB assume un carattere potestativo: l'effetto estintivo è rimesso nell'esclusiva facoltà del mutuatario. La funzione della norma, rivolta a proteggere *'il soggetto finanziato, quale contraente debole di un rapporto asimmetrico'* (Cass. n. 9519/08), assume un carattere imperativo e inderogabile. Ne riviene che la protezione del mutuatario non può essere compromessa da deroghe o eccessive condizioni di accesso al diritto riconosciuto dalla legge. Le modalità di determinazione del compenso non devono risultare oltremodo gravose, tali da ostacolare e precludere oltremisura l'esercizio del diritto. Si è osservato, altresì, che tale voce di costo costituisce un compenso, ricondotto alla disciplina della multa penitenziale ex art. 1373 c.c. e sottratto, pertanto, alla disciplina di cui all'art. 1384 c.c., in materia di riduzione *sub iudice* della penale per manifesta eccessività.

In una lettura rigorosa e formale dell'art. 644 c.p., non si può disconoscere nella condizione di anticipata estinzione - facoltà espressamente prevista dall'art. 40, 1° comma, TUB e quindi non derogabile²³ - una condizione pattizia integrante il

²³ L'eventuale clausola che escluda l'anticipata estinzione prima del decorso di un determinato periodo di tempo risulterebbe nulla ex art. 40 del TUB: *'... emerge, in una prospettiva civilistica, che colui il quale sia debitore, in base ad un contratto di finanziamento erogato da un soggetto esercente l'attività bancaria, ha riconosciuta dalla legge, e non dal contratto, la facoltà di adempiere anticipatamente l'obbligazione restitutoria assunta: la considerazione negoziale dell'esercizio di tale facoltà, che nella previsione normativa non è soggetto a limiti temporali, è ininfluente sulla determinazione della durata contrattuale dell'operazione di finanziamento, la quale prescinde dalla possibilità per il debitore di estinguere anticipatamente l'obbligazione. Ciò significa che quella di adempimento anticipato è una facoltà irrinunciabile del debitore, che non è soggetta ad un riconoscimento pattizio tra soggetto finanziatore e soggetto finanziato, nel senso che l'esercizio di quella facoltà non può ritenersi condizionato dall'inserimento nel contratto di una apposita clausola che lo consenta o di una clausola di contenuto difforme dalla previsione normativa che quella facoltà attribuisce, ad es. limitandone l'esercizio in un determinato spazio temporale, escludendo che esso sia possibile prima di un definita durata*

fisiologico piano di rientro del credito. Nei rapporti di credito, il rapporto paritetico costituisce frequentemente una mera chimera: considerata la natura impositiva dei contratti di adesione, può configurarsi una sproporzione fra la prestazione del creditore e la controprestazione del debitore riconducibile anche alle condizioni di anticipata estinzione, che non può elusivamente essere posta al di fuori dell'usura. Solo se l'indennizzo per l'anticipata estinzione rimane contenuto entro una ragionevole misura, commisurata ad un equo compenso del mutuante, rimane estranea la volontà del creditore di trarre un beneficio illecito, o addirittura l'intenzionalità di trarre vantaggi usurari.²⁴

contrattuale dell'operazione di finanziamento'. (Cassazione n. 9519 dell'11/04/08).

²⁴ Tuttavia, in assenza di una clausola di salvaguardia, anche un modesto importo dell'indennizzo, nella previsione di un'anticipata estinzione in prossimità dell'erogazione, se ricompreso nel calcolo del TEG, verrebbe a superare qualunque soglia d'usura. Pur nel rispetto della '*salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo*', il focus del presidio all'usura – come sancito dalla sentenza della Cassazione n. 20148/03 – è posto centralmente su '*gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari*', senza tuttavia trascurare anche la '*protezione offerta all'esercizio del credito dall'art. 47 della Carta fondamentale*'. Ciò induce a debitamente porre in primo piano il corretto funzionamento del mercato, considerando nella sintesi ed equilibrio delle tre 'sponde' di interesse (il mercato, il mutuatario e il mutuante), il piano propriamente contrattuale ma ancor più il piano della lesione al funzionamento del mercato.

In questa prospettiva, si può valutare se e in quale misura, la clausola di anticipata estinzione, prevista dall'intermediario a propria tutela e a carico del debitore, possa concretamente assumere una dimensione tale da costituire un significativo ed insanabile pregiudizio all'equilibrio del contratto e alla corretta gestione del mercato, passibile della sanzione prevista dall'art. 644 c.p. e dall'art. 1815 2° comma c.c. Valutando nel contempo i remoti ma possibili casi estremi di estinzione anticipata in prossimità del momento pattizio di esigua ricorrenza e di ininfluenza rilievo sul funzionamento del mercato e sull'equilibrio del contratto. Nella circostanza appare più idoneo il ricorso a correttivi diversi e più proporzionali, previsti dall'ordinamento, volti a contemperare i diritti del creditore e la tutela del debitore.

A tal fine, il pregiudizio implicito nelle condizioni contrattuali, può essere valutato misurando la misura temporale dell'anticipata estinzione necessaria a rendere usurario il rendimento effettivo annuo, determinando, con il medesimo procedimento del *worst case*, il punto di *trade-off*, entro il quale la tutela del creditore diviene pregiudizievole per il debitore e per il mercato. Tale misura potrà orientare il giudice nel valutare se le circostanze contrattuali – nelle composizione congiunta di condizioni e tassi, certi ed eventuali - configurino, già al momento genetico, una effettiva e significativa sproporzione delle prestazioni, con conseguente applicazione dell'art. 1815, 2° comma, c.c. o se tali circostanze

Tale indennizzo non assume, come la mora, l'incertezza indefinita associata all'insolvenza del debitore, ma si configura come una vera e propria opzione dal valore tecnicamente misurabile, al momento pattizio, con gli ordinari algoritmi impiegati nel mercato finanziario. Sul piano operativo, l'onere commisurato alla facoltà di estinzione anticipata può essere previsto contrattualmente, in tutto o in parte, vuoi in guisa di premio assicurativo 'certo', corrispondente al valore dell'opzione al momento pattizio, caricato sul tasso corrispettivo, vuoi, in guisa, non più di valore dell'opzione, bensì di costo effettivo ancorché eventuale, posto al verificarsi dell'estinzione anticipata: Nel primo caso l'onere è esteso a tutta la compagine degli operatori finanziati, nel secondo caso l'onere viene caricato sugli operatori che accedono alla menzionata facoltà. Quest'ultima modalità, in analogia alla penale di risoluzione, è quella ordinariamente adottata dagli intermediari.

L'indennizzo per l'estinzione anticipata presenta risvolti di particolare problematicità nella verifica del rispetto delle soglie d'usura, in quanto i risvolti economici assumono dimensioni diverse se il valore dell'opzione rimessa al debitore viene coperto da una maggiorazione del tasso corrispettivo, alla stregua di un premio di copertura commisurato all'evento aleatorio, inglobato negli interessi corrisposti periodicamente, o se, invece, l'evento non è coperto dal premio, ma viene previsto direttamente il corrispettivo da rifondere al verificarsi dell'evento, dato dall'esercizio della facoltà di estinzione anticipata.

Per i contratti nei quali l'onere relativo alla facoltà di estinzione anticipata viene interamente ricompreso nell'indennizzo da rifondere solo nel caso di esercizio, se questo risulta manifestamente eccessivo, oltre a comprimere oltre misura l'accesso alla facoltà consentita dall'art. 40, 1° comma, del TUB, può indurre, per una o più finestre di uscita, un'anticipata estinzione a costi esuberanti la soglia d'usura e

vengano a costituire, al momento pattizio, un'eventualità di usura – a tal punto remota nell'occorrenza e/o esigua nella misura - da rendere *ex ante* ponderatamente inconsistente l'elemento di squilibrio iniziale del contratto e manifestamente sproporzionata l'applicazione dell'art. 1815, 2° comma; reputando che nel caso ricorra sul piano operativo l'eventualità estrema, l'omissione di una clausola a salvaguardia del creditore che l'escluda, potrebbe più propriamente, nella proporzionalità della sanzione, essere assoggettabile ad altri, più adeguati correttivi, previsti dall'ordinamento.

quindi configurare la violazione dell'art. 644 c.p. e l'applicazione dell'art. 1815 c.c., 2° comma.

Costituirebbe un'elusione del presidio all'usura se l'indennizzo, ricompreso nel tasso corrispettivo e quindi nel TEG di verifica dell'usura, come nei finanziamenti di cui al d.l. n. 7/07, fosse escluso per la parte espressa come indennizzo di estinzione anticipata. Tuttavia, occorre rilevare che, successivamente alla pattuizione, a mano a mano che le condizioni di mercato mutano, si modifica il disaggio nei tassi di mercato, fra il momento originario e quello corrente, riversandosi nel valore dell'indennizzo. Ma tale componente del costo di indennizzo è propriamente riconducibile al diverso rischio assunto dal mutuatario nella scelta fra finanziamenti a tasso fisso o variabile, al quale propriamente non corrisponde alcun beneficio dell'intermediario.²⁵

Con l'estinzione anticipata del finanziamento, sia essa riconducibile alla risoluzione per inadempimento che all'anticipato recesso, cessano per il mutuante i proventi derivanti dal finanziamento relativi alla residua durata dello stesso. L'ammontare dei proventi che vengono meno, tuttavia, afferiscono propriamente sia al periodo precedente che successivo al recesso, nel senso che possono essere bipartiti in una parte riconducibile al danno emergente e una parte riconducibile al lucro cessante. Solo per la parte relativa all'eventuale esubero dal disaggio dei tassi, maturato sino all'atto dell'estinzione anticipata, il corrispettivo richiesto viene a costituire un effettivo beneficio per l'intermediario e un ulteriore margine di costo del finanziamento, non previsto nel tasso iniziale che, ancorché eventuale, non è ininfluente nell'equilibrio delle prestazioni convenute.

Occorre rilevare che la facoltà di estinzione anticipata, alla stregua dell'ipoteca e delle altre specificità caratterizza le operazioni finanziarie della categoria di appartenenza, per la quale viene fissata la soglia d'usura, nella circostanza distinta

²⁵ *'Many financial products contain prepayment options. Loan contracts are often structured to provide the borrower with the option to prepay the loan at any time, or on specific dates, prior to the maturity date of the loan. These options are important aspects of these financial products. The most commonly encountered investment product with these feature is the mortgage backed security. Investment contracts issued by life insurance companies contain similar options where the policyholder is allowed to surrender the policy with no surrender charge'. (M. Sherris, Pricing and hedging loan prepayment risk, AFIR 1993).*

ulteriormente per i finanziamenti a tasso fisso e variabile. Ai finanziamenti a tasso fisso, è connaturato un rischio di variazione dei tassi del quale il mutuatario si fa carico, che non è presente nel tasso variabile e che trova per altro espressione nel diverso tasso soglia che caratterizza la specifica categoria di credito: a fronte della certezza del corrispettivo da riconoscere a titolo di obbligazione accessoria del finanziamento, il portatore si assume il rischio di continuare a pagare il medesimo tasso per tutto il periodo di durata del piano di ammortamento, anche nel caso di flessione dei tassi. Nella circostanza, nell'ordinario decorso fisiologico del finanziamento, il maggior onere relativo al disaggio dei tassi, indotto dall'eventuale flessione dei tassi di mercato, si distribuisce gradualmente lungo la durata, mentre nell'estinzione anticipata, i riflessi economici maturati, relativi al rischio assunto dal portatore, si esprimono nell'indennizzo consentito dall'art. 40 TUB. Al esempio, per un finanziamento decennale di 100 al tasso del 10%, se i tassi passano dal 10% al 5%, il valore di estinzione del finanziamento sale ad oltre 120 ed il relativo costo connesso all'estinzione anticipata non rappresenta un beneficio per l'intermediario, costituendo la risultante del rischio di mercato assunto dal prenditore.²⁶

L'alea connessa alle variazioni dei tassi se non coperta nel tasso corrispettivo, rimane, a partire dal momento della pattuizione, implicita nei rischi che con il finanziamento fanno carico al mutuatario, riversandosi nella penale di risoluzione e nell'indennizzo di anticipata estinzione; la risultante di tali rischi, nel valore espresso dal menzionato disaggio del tasso *free risk* di mercato - concretizzatosi *ex post* all'atto della chiusura anticipata -, non costituendo per l'intermediario un beneficio, rimane estranea alla verifica dell'usura. Per entrambi i corrispettivi menzionati, occorre quindi distinguere quanto è imputabile al disaggio dei tassi, il cui riflesso economico maturato, in quanto imputabile al debitore, rimane, per ciò stesso, estraneo all'ambito di azione del presidio all'usura, da quanto, invece, esonda dal menzionato disaggio, andando a

²⁶ A parte il rischio di controparte, se i tassi di mercato scendono dal 10% al 5%, il valore attuale della rendita futura assicurata dal finanziamento risulta più elevato, per il differenziale creatosi nella discesa dei tassi.

costituire un beneficio ulteriore dell'intermediario, da considerare, all'atto del contratto, nella verifica dell'usura.²⁷

Con la modifica dell'art. 40 TUB (d.lg. 342/99), eliminando ogni correlazione al capitale restituito anticipatamente, è venuto meno lo stretto collegamento alle emissioni obbligazionarie di provvista. Ciò non toglie, tuttavia, che la funzione dell'indennizzo vada a rifondere l'intermediario della perdita cagionata dal disaggio dei tassi intervenuto nel periodo di valenza del finanziamento e che l'intermediario, nel fisiologico sviluppo del finanziamento, recupererebbe gradualmente nel tempo successivo. Inteso in questo senso, l'intermediario è solo il tramite attraverso il quale il mercato esprime la penalizzazione per il rischio assunto dal mutuatario. Tale penalizzazione è implicita nella tipologia di finanziamento assunto, distinta dall'aggregato dei costi da includere originariamente nella verifica dell'usura.²⁸ Se la curva dei tassi risulta particolarmente discendente con la durata, da un'estinzione anticipata ai primi anni potrebbe derivare un effetto economico, in termini di disaggio dei tassi, che può anche sopravanzare l'importo stesso degli interessi corrisposti, effetto che l'intermediario non subirebbe in un analogo finanziamento che, se pattuito a breve termine, avrebbe fisiologicamente un tasso più alto: correttamente Dolmetta e Alibrandi qualificano tale indennizzo come corrispettivo *'a fronte della riduzione del termine dell'obbligazione consentita dal creditore'*.²⁹ Così come per un ordinario finanziamento non rileva l'usura sopravvenuta,

²⁷ La Cassazione in circostanze alquanto assimilabile ha affermato: *'L'alea di un contratto che, a norma dell'art. 1467 cod. civ., comma 2, non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari normali fluttuazioni del mercato qualora il contratto sia espresso in valuta estera (Cass., Sez. 3°, 25 novembre 2002, n. 16568; Cass., Sez. 1°, 17 luglio 2003, n. 11200). In tale ipotesi, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno assunto un rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, rendendo il contratto di mutuo, sotto tale profilo, aleatorio in senso giuridico, e non solo economico (sotto il profilo della convenienza)'*.

²⁸ Il mutuatario che, a fronte di un finanziamento a tasso fisso, contratto nel rispetto delle soglie d'usura previste per la tipologia di finanziamento prescelto, volesse successivamente coprirsi dal rischio di tasso – con ciò spostandosi di categoria di credito – potrebbe acquistare un'ordinaria opzione che certamente non rientrerebbe nei costi del finanziamento.

²⁹ Dolmetta, Alibrandi, La facoltà di 'estinzione anticipata' nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 L. 40/2007, Riv. dir. civ. 2008.

intervenuta a seguito di una discesa dei tassi, anche la previsione di un indennizzo sino all'importo del disaggio dei tassi, non appare inerente il momento della pattuizione.

Come menzionato, nella pratica di mercato, salvo i casi previsti dal d.l. n. 7/07,³⁰ l'indennizzo di estinzione anticipata, di regola, viene commisurata ad una percentuale del capitale residuo;³¹ talvolta, però, l'indennizzo e, più frequentemente nei contratti precedenti l'ultima revisione normativa, la penale di risoluzione nei contratti di leasing, vengono commisurati, congiuntamente al capitale da rimborsare, al valore attuale delle rate future, computato ad un predeterminato tasso di mercato. Risultando il tasso convenuto originariamente in contratto, maggiorato degli oneri di gestione e copertura del rischio di controparte, se si commisura l'ammontare dell'indennizzo/penale di risoluzione al valore attuale delle future rate, computato ai tassi *free risk* di mercato, l'intermediario viene a conseguire, oltre al rimborso del capitale, anche il valore attuale dei futuri flussi di interesse; nella circostanza, si configura propriamente, oltre al disaggio dei tassi, l'acquisizione del lucro cessante. Rispetto al tasso *free risk*, la maggiorazione inclusa nel tasso corrispettivo, rimane percentualmente invariata e in buona parte indipendente dai

³⁰ Con il d.l. n. 7/07, per i mutui stipulati posteriormente al 2/2/07, per talune tipologie di finanziamento e in talune circostanze, è prevista la nullità di ogni patto e condizione che preveda, per l'estinzione anticipata, una remunerazione a favore del mutuante. Per i contratti interessati alla modifica l'equilibrio delle condizioni è stato prontamente rettificato, riconducendo ad una maggiorazione del tasso corrispettivo la copertura dei costi relativi all'opzione dell'anticipata estinzione prevista dall'art. 40 TUB.

³¹ Perplessità di rilievo sollevano talune penali di risoluzione con funzione di predeterminazione convenzionale e forfettaria del danno risarcibile. Osserva P.L. Fausti: *'Sotto il profilo più sostanziale, non può farsi a meno di richiamare anche qui le considerazioni già esposte in tema di accessori della mora, sorgendo anche in questo caso il dubbio che con la "penale di risoluzione" si persegua il risultato di ottenere un duplice indennizzo per lo stesso titolo; e preferendo concludere, ancora una volta, che qualora il tasso di interesse sul montante di risoluzione sia convenzionalmente fissato, non potrà ritenersi dovuto anche un ulteriore risarcimento neanche sotto forma di penale (arg. ex art. 1224, comma 2, c.c.). In altri termini, la penale di risoluzione dovrebbe ritenersi incompatibile con una contestuale convenzione ex art. 3, comma 2, della citata delibera CICR (9 febbraio 2000); ovvero i due rimedi potranno essere previsti solo in via alternativa: l'uno con l'esclusione dell'altro.'* (P.L. Fausti, *Il mutuo*, pag. 217, 2004).

Le Sezioni Unite della Cassazione, nella pronuncia n. 1233/08 hanno avuto modo di precisare:

mutamenti di mercato; se aggiunta dall'intermediario nell'indennizzo di anticipata estinzione e nella penale di risoluzione, costituendo un onere implicito, aggiunto al disagio, caricato sul finanziamento a beneficio dell'intermediario, è interamente riconducibile al costo del finanziamento, da includere nella verifica dell'usura.³²

Mentre il disagio dei tassi di mercato costituisce l'eventuale penalizzazione, dal momento iniziale al momento dell'estinzione anticipata, espressa dal mercato sul rischio assunto dal mutuatario, l'esubero viene a concretizzare il valore attuale dei futuri proventi che l'intermediario avrebbe percepito

³² In passato, il riconoscimento dei maggiori interessi, del tasso originario rispetto al tasso corrente, veniva consentito solo in sede di risoluzione di finanziamento fondiario ancora ricadente sotto la previsione dell'art. 39 del R.D. 646/1905, immediato antecedente dell'art. 15 del D.P.R. n. 7/1976, nel quale, come riportato dalla sentenza della Cassazione 1233/08, sussisteva una stretta corrispondenza fra *'l'erogazione e la rateizzazione del mutuo, da una parte, e l'acquisizione della provvista mediante l'emissione di cartelle fondiarie, dall'altra, nonché il progressivo ammortamento del mutuo stesso ed il sorteggio periodico di cartelle da rimborsare anticipatamente per pari importo. Ed, in effetti, il postulato della corrispondenza, nella misura dei flussi monetari e nei tempi di rimborso, tra operazioni c.d. passive (la raccolta della provvista mediante emissione di cartelle) ed attive (la concessione dei mutui fondiari ipotecari) costituiva innegabilmente, da principio, uno dei momenti caratterizzanti dell'istituto del credito fondiario'*.

Tuttavia, essendo venuto meno, nella legislazione successiva, tale rigoroso legame, la menzionata Cassazione ha ritenuto *'assai arduo tener ferma una soluzione che non soltanto contrasta con la lettera della norma, ma **determina un ingiustificato squilibrio nella posizione delle parti del rapporto***'. Concludendo di conseguenza che *'alla banca compete il diritto di ricevere, oltre all'importo integrale delle semestralità già scadute (non travolte dalla risoluzione, che non opera retroattivamente nei contratti di durata, quale è da ritenersi il mutuo), la sola quota di capitale residua, ma non anche gli interessi conglobati nelle semestralità a scadere'*.

Prima del TUB, la clausola di estinzione anticipata prevista per il credito fondiario veniva condizionata strettamente alle operazioni di provvista. Il D.P.R. n. 7 del 1976 prevedeva che il debitore doveva corrispondere un compenso rapportato al capitale restituito anticipatamente *'per rivalere gli enti degli oneri a fronte della perdita subita nel collocamento delle obbligazioni emesse per la provvista*' nonché un altro *'compenso a titolo di indennizzo per l'anticipata estinzione non superiore all'1% del capitale anticipatamente restituito'*. La progressiva diversificazione delle tecniche di reperimento della provvista e comunque il venire meno della stretta correlazione tra operazioni di provvista e operazioni di impiego, ha reso non più giustificabile tale metodologia di individuazione dell'indennizzo per l'anticipata estinzione. Il successivo art. 8 della legge 175 del 1991 si limitava a prevedere un compenso correlato al capitale restituito anticipatamente.

nel decorso regolare del finanziamento sino alla scadenza.³³ Se, ad esempio, il finanziamento prevede la corresponsione dell'interesse commisurato all'Euribor, più un determinato

³³ *'Se ci si sofferma a riflettere sulla finalità della penale da risoluzione così come contenuta nei contratti di leasing (ed in generali per tutti i finanziamenti), essa vuole costituire un risarcimento che va a ristorare il concedente del danno patrimoniale in termini di corresponsione della quota capitale non restituita ("danno emergente") e di mancato conseguimento del ricavo atteso dall'esatto adempimento del contratto ("lucro cessante"). Infatti, generalmente, le ricordate clausole penali da inadempimento "scaduto + scadere - bene", come poc'anzi detto, prevedono, in caso di risoluzione, il pagamento di tutti i canoni maturati nonché di quelli maturandi sino al naturale termine del rapporto, riscatto compreso, attualizzati ad un determinato tasso. V'è da dire, però, che il tasso applicato per operare tale attualizzazione è sempre di gran lunga inferiore a quello con il quale si è costruito l'originario piano di ammortamento e determinata la componente interessi nell'importo dei canoni di locazione. E dunque, in termini matematici, è vero che l'ammontare dei canoni a scadere, attualizzati al tasso convenuto (se di segno positivo), è inferiore all'ammontare dei medesimi canoni che si sarebbero dovuti versare alle originarie scadenze contrattuali; ma tale ammontare è notevolmente superiore alla sommatoria delle quote capitale di tutti i canoni a scadere, comportando per l'utilizzatore il pagamento di una parte (anche consistente) degli interessi originariamente compresi nei canoni a scadere, comunque pretesi dal concedente anticipatamente ed in unica soluzione anziché alle scadenze convenzionalmente pattuite. Peraltro, tale differenza si acuisce al crescere della "forchetta" tra il tasso di interesse pattuito, con il quale sono stati determinati i canoni, e il tasso di attualizzazione concordato. Tale divario viene talvolta reso eccessivo dai concedenti che approfittano anche del fatto che l'entità della "penalizzazione" imposta all'utilizzatore, non è di immediata percezione, a meno di avere conoscenze specifiche di tipo matematico-attuariali. A bene vedere, il meccanismo che si innesca nel momento della risoluzione, ovvero il diritto da parte del concedente di richiedere oltre ai canoni scaduti anche i canoni a scadere attualizzati (riconoscendo, cioè, al concedente il diritto di ottenere anche una parte di interessi contenuti nei canoni a scadere) comporta la determinazione di un ristoro che, dietro l'apparente veste di penale, va a remunerare il concedente con una parte (il più delle volte anche consistente) degli interessi corrispettivi che egli avrebbe conseguito con il regolare adempimento del contratto (lucro cessante) e, per tale ragione, rappresenta anch'esso un fattore di lucro, al pari degli interessi originariamente convenuti, in quanto elemento avente natura remunerativa/corrispettiva, al pari degli interessi corrispettivi a cui va a sostituirsi; ergo, in quanto tale, deve partecipare di pieno diritto alla misurazione del carattere usurario del costo del contratto, già in termini di promessa ex ante. Ad ogni modo, la porzione di penale riferentesi non alla sola quota capitale (danno emergente), ma ad una quota degli interessi corrispettivi che il finanziatore - concedente non percepirà più (lucro cessante), rientra comunque nella generalissima nozione di vantaggio, o commissione, o remunerazione a qualsiasi titolo (visto dalla prospettiva del concedente) o in una spesa (visto dalla prospettiva dell'utilizzatore) collegata senz'altro all'erogazione del credito e non consistente in una imposta o tassa.'* (D. Nardone e F. Cappelluti, 'Usura pattizia, costi eventuali e penali da inadempimento nei contratti di finanziamento e di leasing: un approccio "virtuoso", 2016, www.associt.it).

spread, solo l'incidenza del disaggio dei tassi dell'Euribor, costituisce a tutti gli effetti l'onere connesso al rischio assunto dal mutuatario, mentre l'incidenza dello *spread* viene a costituire il beneficio dell'intermediario che cessa con l'intervenuta estinzione anticipata, in parallelo alle economie di costi di gestione e di rischio di controparte, che rifluiscono all'intermediario con l'estinzione del finanziamento, oltre all'utilizzo delle somme rimborsate anticipatamente. D'altra parte, se l'intermediario volesse cedere sul mercato il credito vantato dal finanziamento concesso, otterrebbe un introito inferiore, commisurato a tassi di attualizzazione del credito coerenti con il rischio del debitore e non ai tassi *free risk* espressi dal mercato.

Di fatto, al momento genetico della pattuizione, ad ogni prevista data di anticipata risoluzione/estinzione, l'ammontare da corrispondere – quale penale di risoluzione o indennizzo di anticipata estinzione - solo per la parte che esonda il margine di disaggio dei tassi *free risk* espresso nel periodo dal mercato, andrà ricompreso nel calcolo del TEG per la verifica dell'usura. Al momento pattizio, per i finanziamenti a tasso fisso, il disaggio potrà essere dedotto dalla curva dei rendimenti espressa dal mercato, mentre per i finanziamenti a tasso variabile, di regola, non insorgono differenze riconducibili alla variazione dei tassi; non configurandosi per il mutuatario alcun rischio al riguardo, l'eventuale previsione della penale di risoluzione e, alternativamente, dell'indennizzo di estinzione anticipata, rimane interamente inclusa nel TEG di verifica dell'usura.

A tali vantaggi, seppur genericamente, fa riferimento una sentenza della Cassazione risalente a qualche anno fa: *‘Il reato si consuma non solo con la promessa o la dazione di ‘interessi’ (richiamandosi qui la trama normativa dettata dagli artt. 1815 e 1284 c.c. e L. n. 108 del 1996, art. 2), ma anche se oggetto di pattuizione sono comunque ‘vantaggi usurari’. Questi ultimi sono illegittimi profitti, di qualsivoglia natura che l’eccipiens riceve e che per il valore, raffrontato alla controprestazione, assumono carattere di usura cioè di interessi eccedenti la norma. Si intende, poi, che allorché si verifichi l’estinzione anticipata del credito, ove evitare di imporre un interesse usurario, occorrerà ridurre le spese e le commissioni rapportandole alla durata onorata del prestito, e comunque mantenendo spese e commissioni nei limiti che impediscano il*

superamento del tasso legale. Il che nel caso di specie non è avvenuto con le conseguenze obbligate per legge in punto di responsabilità penale'. (Cassazione Pen. Sez. 2, n. 28928, 26/6/14).

Nell'unito Allegato sono riportate alcune esemplificazioni che evidenziano le varie differenziazioni che si realizzano nel *worst case* quando il tasso di mora viene integrato con la mora soglia riveniente dalla rilevazione campionaria della Banca d'Italia e viene ad interagire con la penale di risoluzione, nonché con l'indennizzo di anticipata estinzione.

5. La mora nei c/c, inclusa nella categoria degli scoperti privi di affidamento.

La tematica della mora, sulla quale si è a lungo soffermata la giurisprudenza, attiene esclusivamente alle forme di finanziamento estranee al rapporto di conto corrente. Sino a qualche anno addietro, anche per i finanziamenti in conto corrente, i contratti prevedevano la mora, mentre ora, a seguito delle ultime Istruzioni della Banca d'Italia dell'usura del '16, i crediti in conto che rimangono insoluti vengono automaticamente girati al conto scoperti privi di affidamento, che consentono l'immediato innalzamento del tasso, entro le maggiori soglie della categoria.³⁴ Le perplessità e criticità di tali

³⁴ La mora potrà di conseguenza, nella piena discrezionalità dell'intermediario, potrà essere agevolmente elevata a tassi prossimi al tasso soglia previsto per la categoria degli scoperti privi di affidamento. Occorre, per altro, rilevare che l'affidamento è individuato nelle Istruzioni della Banca d'Italia nel *'fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace'*, ma la regolamentazione presenta ampie zone di opacità, distinguendo, accanto al fido regolare, il fido operativo, nonché il fido interno accordato al cliente, ma non formalizzato né comunicato. Lo stesso scoperto di conto, dacché riservato a momentanee carenze di liquidità, è divenuto un credito privo di affidamento che si protrae nel tempo con il consenso della banca.

Il Presidente dell'AGCM, nell'Audizione al Senato del 21 aprile 2010, nell'illustrare la distinzione fra scoperto di conto e affidamento, aveva puntualizzato la precipua natura marginale ed occasionale del primo: *'lo scoperto è rivolto a coloro che non prevedono di doversi indebitare, come strumento di salvaguardia nel caso tale necessità si presenti inaspettatamente'*. Lo scoperto dovrebbe fisiologicamente risultare occasionale, ma, se il fido concesso è inferiore alle necessità dettate dal capitale circolante e la banca—ancorché abbia valutato, nella sua discrezionalità, l'ammontare di fido ritenuto coerente con il merito di credito del cliente — si mostri flessibile e tollerante nella concessione degli scoperti, non è infrequente il ripetersi e/o il protrarsi di situazioni di scoperto: la ricorrenza è posta in buona misura nella discrezionalità della banca. Il fenomeno è ampiamente diffuso e risalente nel tempo: in sede civile numerose pronunce,

operazioni lasciano paventare all'orizzonte un nuovo fronte di contestazioni, suscettibile di assumere dimensioni ragguardevoli: il credito non affidato, un fenomeno dalla dimensione storicamente esigua, è venuto assumendo più recentemente una diffusione anomala per gli apprezzabili margini di libertà e vantaggi riservati all'intermediario.³⁵

anche di legittimità, si sono occupate del fido di fatto protratto talora per anni. Riporta Dolmetta (*“Scoperti senza affidamento” e usura*, in *Contr.*, 2013.): *‘un conto è che lo sconfinamento si protragga nonostante le intervenute richieste di pagamento (che per l'appunto risulta esatto dal creditore) e i solleciti che, reiterati, la banca manda al cliente (nel prosieguo del tempo, pure attivandosi per il recupero forzoso del dovuto): in un simile contesto, la forma tecnica dell'operazione rimane inalterata, per quanto il debito non trovi estinzione. Un altro conto, e ben diverso, è che invece non si muova per nulla, che neppure vada a chiedere al cliente il saldo scoperto: così mostrando di non avere —essa, prima di ogni altro soggetto —interesse a ricevere nell'immediato la prestazione dovutale e di tollerare, e anzi di favorire, la persistenza attuale e il protrarsi futuro del debito da sconfinamento dell'obbligato. Un comportamento di questo tipo viene di fatto a produrre una situazione di stabilità del rapporto che, sotto il profilo sostanziale, risulta equiparabile — mi sembra di poter rilevare — a quella caratteristica dell'apertura di credito. In materia, insomma, si manifesta cosa determinante la ragione, come oggettivamente emergente dal comportamento tenuto dalla banca, per cui lo sconfinamento viene a prolungarsi, e a prolungarsi ancora, nel corso del tempo. In sostanza: un conto è che la situazione si imponga alla banca: un'altra è che sia proprio essa a deciderla’.*

³⁵ *‘Nelle nuove Istruzioni ’16 si riporta: ‘il mancato rientro di un’apertura di credito scaduta o revocata dovrà essere segnalato, dalla data di scadenza o di revoca, tra i passaggi a debito dei conti non affidati’, che corrisponde alla Categoria degli ‘scoperti di conto’. Prima, nel ’10, si era creata una nuova Categoria, scorporando dalle Aperture di credito gli Scoperti privi di affidamento, un aggregato di esigua dimensione ma dai tassi marcatamente elevati, dove è venuto rapidamente a confluire ogni sorta di ‘affidamento non affidato’, cioè a dire ogni erogazione di credito in conto alla quale non corrisponde una regolare formalizzazione di apertura di credito. Ora si fanno confluire in tale Categoria anche gli affidamenti revocati, prima esclusi dalla rilevazione e gli affidamenti scaduti, prima compresi nella propria originaria Categoria di appartenenza (Aperture di credito). (...) Nelle precedenti Istruzioni ’09 — come anche nel documento di consultazione del ’15 — si prevedeva: « Sono esclusi dalla rilevazione i rapporti che risultano revocati alla fine del trimestre di riferimento » e si precisava nelle FAQ in vigore sino al settembre ’16: « in caso di estinzione del rapporto di finanziamento nel trimestre di segnalazione, la segnalazione dovrà essere effettuata nella categoria relativa al rapporto estinto e con riferimento all'ultimo fido accordato per la determinazione del TEG e della classe di importo (cfr. Istruzioni B4). Parimenti, andranno trattati i fidi scaduti anche quando il cliente non risulti rientrato dall'esposizione sia alla fine del trimestre di segnalazione, sia nei trimestri successivi fino all'eventuale esclusione dell'operazione ai sensi del paragrafo B.2 delle Istruzioni ». A presidio di legge invariato, la Banca d'Italia interviene nei criteri di classificazione del credito, spostando gli affidamenti scaduti, divenuti insoluti, dalla Categoria delle Aperture di credito a quella degli Scoperti senza affidamento ed inserendo,*

A seguito delle nuove Istruzioni del '16, per i finanziamenti in conto corrente, si pone la soglia, non sul tasso di mora, ma sul credito in mora, con lo spostamento in un'apposita categoria dai tassi marcatamente elevati, senza alcuna considerazione del momento pattizio e del relativo importo erogato, ai quali è espressamente riferito l'art. 644 c.c.³⁶

Con la modifica introdotta dalle menzionate Istruzioni del '16 si rimette di fatto nella libera discrezionalità della banca di revocare il fido e, con il passaggio di categoria, alzare marcatamente i tassi ben oltre lo *spread* di mora rilevato dalla Banca d'Italia. *‘Se si assurge a ‘Categoria’ uno stato del credito nella sua espressione patologica si scardina il fondamento stesso della norma. Innalzando l’asticella del credito al manifestarsi dell’evento patologico, si accosta il riferimento del valore medio alla patologia, anziché contenere quest’ultima entro lo spread dal valore medio fisiologico; con l’innalzamento della soglia al ricorrere della patologia, si stravolge il disposto normativo, edulcorando il presidio sino a vanificare la legge, riconducendo nell’arco della legalità tassi di interesse marcatamente discosti dai valori medi di mercato’.*

Con tale modifica, introdotta a partire dal 1 aprile '17, senza patto successivo e senza alcun riferimento

altresì, nella rilevazione della Categoria “Scoperti privi di fido” gli affidamenti revocati, prima esclusi dalla rilevazione. La modifica risulta avallare — e forse intende anche sanare per il principio di retroattività ex art. 2, comma 3°, c.p. — il comportamento delle banche che, già con l’introduzione dal '10 della Categoria degli Scoperti privi di fido, avevano adottato il criterio di includervi anche i crediti revocati o scaduti’. (R. Marcelli, *op. cit.* n. 6).

³⁶ *La modifica costituisce una sortita imprevista, un ripensamento dell’ultimo momento, introdotto ‘alla chetichella’ nella stesura definitiva delle Istruzioni. Non vi è corrispondenza fra la versione posta in pubblica consultazione e quella definitivamente varata, né risultano avanzate proposte o emendamenti che giustificano tale significativa modifica. Proprio i nuovi criteri di classificazione dei crediti deteriorati, adottati dal 2014 nel Regolamento 680, avrebbero dovuto indurre la Banca d’Italia ad escludere dalla rilevazione l’intero aggregato dei ‘Non performing exposures’. Se la circostanza fosse stata rappresentata nel documento posto in consultazione, sarebbe senz’altro pervenuta un’osservazione in tal senso. Al contrario, la variazione introdotta non era riportata nel documento posto in consultazione, non risulta motivata, né richiesta nella consultazione, né commentata nelle modifiche apportate al documento proposto nell’aprile del '15, né tanto meno risultano essere state poste in consultazione le FAQ, divenute parte integrante delle Istruzioni. Per altro, queste ultime, al momento non si conoscono: considerata l’espressa volontà di realizzare un unico documento organico, più che un’inclusione delle stesse nelle Istruzioni, risulterebbe realizzata una loro soppressione* (R. Marcelli, *op. cit.* n. 6).

all'erogazione della prestazione prevista dall'art. 644 c.p., con la scadenza del fido o con la revoca dello stesso, unilateralmente disposta dall'intermediario, in presenza di insolvenza, cioè di credito in mora, si escogita un ulteriore momento genetico del contratto per introdurre una 'sopravvenuta' soglia d'usura.³⁷

³⁷ *‘Il cliente insolvente non può che subire, passivamente disarmato, il rialzo del tasso: dove c'è necessità non c'è scelta. Il tasso di mora deve essere un tasso concordato inizialmente, non arbitrariamente imposto successivamente al momento della difficoltà finanziaria, entro una soglia all'uopo rialzata. Al manifestarsi della patologia e soprattutto a discrezione dell'intermediario, si alza l'asticella effettuando un cambio di soglia: per questa via si devia la funzione assegnata dalla legge 108/96, più propriamente si smantella il presidio all'usura, consentendo, di fatto, indebiti e più elevati livelli di tasso che, anziché presidiare, 'legalizzano' l'usura' (R. Marcelli. op. cit. n. 6). Prima del '10 gli scoperti senza affidamento erano ricompresi nelle aperture di credito con una soglia, nella fascia di importo più basso, del 17% circa: con le modifiche ai criteri di rilevazione del TEG e lo scorporo in due distinte categorie, la soglia degli 'Scoperti senza affidamento' è balzata sino al 29,9%, marcando un divario di oltre il 50% dalla soglia prevista per i conti affidati (19,28%).*

Lo sconcerto per la scelta adottata dalla Banca d'Italia risulta condivisa da autorevole dottrina. Già nel 2009, con lo scorporo dalle aperture di credito, degli scoperti privi di affidamento, si osservava: *‘La scelta compiuta dall'Autorità amministrativa a fine 2009 a me pare senz'altro da censurare; e da stimare, anzi, atto amministrativo illegittimo, quale atto in violazione dell'art. 2, l. 108/1996. Non già o tanto, però, per la ragione che lo sconfinamento da fido è rimasto attaccato alla categoria dell'apertura di credito, quanto invece per quella (ben più profonda) che si è ritenuto di staccare degli sconfinamenti – l'insieme di quelli da deposito (ma, in realtà, questa specifica non fa differenza) – da tale alveo, per farne una categoria nuova ed autonoma. Tra scoperti senza affidamento e apertura non c'è spazio sufficiente per ravvisare “categorie omogenee” distinte ai fini della normativa dell'usura. (...) Al di là delle censure di legittimità a cui si espone la categoria usuraria degli scoperti senza affidamento, v'è un altro aspetto importante che ancora preme sottolineare. Rimane oggettivamente incerta – vacillante, verrebbe anzi da dire – la linea di demarcazione che, secondo gli intendimenti della normativa di Vigilanza, farebbe da spartiacque tra la detta categoria usuraria e quella formata invece dalle operazioni di apertura di credito. Il riferimento corre, in specie, al punto di “affidamento”, la cui presenza o assenza in fattispecie viene – all'evidenza – a spostare l'asse del discorso. Nel contesto della normativa in discorso – sub specie dei “chiarimenti” forniti dalla Vigilanza relativamente alle FAQ – in effetti questa nozione recupera sin troppi parametri di riferimento e di contrapposizione: per rimanere, infine, senza una guida vera; né sotto il profilo dommatico, né sotto quello dell'operatività. In tale contesto, dunque, si parla di “fido accordato”, espressione che il testo delle relative Istruzioni identifica nel “fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace (c.d. accordo operativo). Ma pure si discorre – nell'ambito delle medesime FAQ – di fido legato ad un “accordo temporaneo non formalizzato”, formula che indubbiamente esprime un profilo identificativo diverso dal primo. E ancora viene evocata, in proposito, una contrapposizione tra fido “interno” e fido “altro”, che risulta imperniata sull'assenza/presenza di una*

Il MEF, nel decreto annuale di definizione delle categorie, non fa alcuna menzione di tale rilevante modifica: solo a partire dal D.M. 21/12/17 relativo alle soglie d'usura del I Trimestre '18, nella nota metodologica allegata, si riporta, aggiunta, la menzione: *‘Il mancato rientro delle aperture di credito scadute o revocate ricade nella categoria Scoperti senza affidamento’*.³⁸

Queste anacronistiche ‘manipolazioni’ delle Categorie, con la creazione di ‘sopravvenute’ soglie d'usura, apriranno nuovi e seriali varchi di conflittualità, risultando palmare la contraddizione con la stessa pronuncia della Cassazione S.U. n.24675/17 che ha avuto modo di stabilire: *‘Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell’art. 644 c.p.; “ai fini dell’applicazione” del quale, però, non può farsi a meno – perché così impone la norma d’interpretazione autentica – di considerare il “momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento”’*.

Più recentemente la Suprema Corte, nel valutare l’inclusione dei mutui a SAL nella categoria dei ‘Mutui’, anziché, come indicato dalla Banca d’Italia, nella categoria residuale ‘Altri finanziamenti’, ha avuto modo di precisare che il giudice non si può esimere *‘dal compito di identificare la categoria di*

“comunicazione” trasmessa (neppure è dato comprendere se di necessità scritta o anche orale o anche solo per fatti concludenti) della banca al cliente. Una categoria, insomma, che si consegna propriamente alla confusione’. (A.A. Dolmetta, Il prodotto bancario “sconfinato”, in ‘Le operazioni di finanziamento’, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2016).

³⁸ *Non è trascurabile la circostanza che la definizione delle Categorie viene ricondotta dalla legge al MEF, non alla Banca d’Italia: nel decreto annuale di definizione delle Categorie (26 settembre 2016), come anche nel decreto (23 marzo 2017) relativo alle soglie in vigore dal 1° aprile 2017 non si riporta alcunché di tale rilevante modifica introdotta dalla Banca d’Italia nella rilevazione: non si vede come, senza un intervento del MEF, la Banca d’Italia possa disporre, dal 1° aprile 2017, il passaggio dei crediti revocati o scaduti nella Categoria degli Scoperti privi di affidamento. Per la rilevazione la Banca d’Italia può anche introdurre una modifica radicale nella composizione delle Categorie che, recepita nel TEGM pubblicato dal MEF in G.U., concorre legittimamente alla determinazione della soglia d’usura, ma non ha alcun titolo — tanto più in via autonoma — per indurre un analogo criterio di inclusione nella verifica dell’art. 644 c.p.: fissate dal MEF le Categorie, la scelta del criterio di inclusione dello specifico credito nella Categoria — per omogeneità di natura, importo, durata, rischi e garanzia — rimane rimessa alla valutazione del Giudice (R. Marcelli, op. cit. n. 6).*

operazioni, tra quelle cui si riferiscono le soglie, che presenti maggiori elementi di omogeneità con la singola operazione della cui usurarietà di controversa’.

Il criterio di scelta relativo alla categoria di inclusione, per la verifica dell’usura, rimane pertanto rimesso alla valutazione del giudice: *‘Risulterà di significativa indicazione il criterio adottato dalla Banca d’Italia, ma non determinante: se effettuata contro lo spirito della legge, nulla impedisce al Giudice di discostarsene, individuando, in coerenza con il dettato dell’art. 1 della l. n. 24/01, la Categoria di riferimento al momento della pattuizione. Questo aspetto viene a creare un’ulteriore rilevante opacità, suscettibile di alimentare un nuovo fronte di conflittualità, valutato presumibilmente di minor rilievo rispetto ai gradi di libertà, e ai connessi benefici di bilancio, che, a partire dal 1° aprile 2017, deriveranno agli intermediari bancari’* (R. Marcelli, *op. cit.* nota 6).

Gli interessi dovuti sul credito scaduto o revocato si vengono a configurare a tutti gli effetti come interessi di mora e la creazione di una categoria dove far confluire tali crediti è un palese *escamotage* tecnico per introdurre una soglia marcatamente più alta per tale forma di patologia, precedentemente esclusa dalla rilevazione stessa: si viene sostanzialmente a creare una differenziazione, non in funzione del rischio associato alla natura e tipologia del credito concesso, bensì in funzione dell’evento di rischio palesato dal cliente.³⁹ La legge non contempla una soglia per l’anomalia, al contrario la comprende e contiene entro lo *spread* previsto dalla norma. Con un impiego alquanto disinvolto della discrezionalità tecnica consentita dalla legge, si ‘aggiustano accortamente’ i principi di rilevazione statistica del TEGM per operare una gestione attiva delle soglie d’usura: la scelta, per altro prelude – come auspicato nella Relazione sull’analisi d’impatto della Delibera CICR di attuazione dell’art. 117 bis – all’allargamento alla componente extra-fido del credito non affidato.⁴⁰

³⁹ La distinzione prevista dalla norma è riferita alla natura oggettiva del rischio insito alla categoria di credito, mai al rischio associato al cliente e/o all’iniziativa finanziata che, invece, viene compreso entro lo *spread* previsto dalla norma. Il rischio connesso al tasso praticato è oggetto di una valutazione *ex ante*: una sua rimodulazione *ex post* rimessa alla discrezionalità dell’intermediario, risulta iniqua e illegittima.

⁴⁰ ‘ .. in questo settore normativo il tema dello scoperto senza affidamento viene a giocare un ruolo di primario rilievo. Perché tale figura propone una

6. Conclusioni.

In oltre vent'anni di applicazione delle soglie d'usura, si è assistito a comportamenti monoliticamente diffusi a tutto il sistema bancario, non propriamente coerenti con il presidio all'usura. Si viene esercitando un'anomala, persistente pressione sulla giurisprudenza, sospinta, più o meno esplicitamente, a ponderare i riflessi economici che gli orientamenti assunti riversano sui 'precari' equilibri di bilancio del sistema bancario. L'attenzione è al momento tutta rivolta alla raccolta del risparmio, tradito nell'informazione e depredato da diffusi comportamenti illeciti, ma un'analoga prevaricazione viene celatamente perpetrata dal lato del credito attraverso forme di contratto asimmetriche, protese a legittimare interessi, oneri e commissioni del tutto disallineati dai costi della raccolta.

In un mercato del credito sottratto alla concorrenza si riscontrano ricorrenti, diffuse e pervasive spinte rivolte a consolidare una fisiologica asimmetria contrattuale per perseguire lo squilibrio delle prestazioni, con una pronta reattività ad ogni modifica ordinamentale. Rimbalza nelle aule di giustizia una variegata casistica di criticità che, mistificate nella copertura di specialistiche esigenze proprie di un efficiente mercato del credito, risultano di fatto informate alla creatività e fantasia finanziaria, preordinata a cogliere, nella libera, unilaterale predisposizione delle forme contrattuali, zone d'ombra della normativa per trarre dall'ampia platea dei fruitori del credito cospicue rendite di posizione di dubbia liceità. Si è venuta di riflesso a determinare – nella materia dell'usura, ma non solo – situazioni di sovrana confusione nelle stesse pronunce della giurisprudenza, dove tutto, o quasi, appare lecito e, al tempo stesso, contestabile. Mentre da un lato la Magistratura viene impegnata a dipanare nel tempo, nella

dimensione di carico economico assai elevata: che sta ai vertici della lista dei TEGM; a “combattere per il primato”, meglio, con quello legato al credito revolving. E perché, inoltre, l'effettivo utilizzo della figura da parte delle banche si attesta su misure quantitative notevole e pare anche in crescita. Cosa, quest'ultima, che d'altra parte non sorprende: se l'allontanamento dello spettro della revocatoria fallimentare tende naturalmente a incentivare la pratica degli sconfinamenti (in genere e, comunque, a scapito dell'apertura di credito), la sussistenza di un tasso soglia di assoluta ragguardevolezza per un dato tipo di operazione è evento che di per sé stesso indirizza le banche a preferire l'uso di tale operazione rispetto alle altre (là dove possibile, s'intende)' (A.A. Dolmetta, “Scoperti senza affidamento” e usura, in Contr., 2013).

ponderata gradualità dei vari ordini e gradi di giudizio, le variegata forme e prestazioni, generate dalla fantasia contrattuale degli intermediari, rifluiscono agli stessi benefici economici che sopravanzano di larga misura il profluvio di soccombenze che interessano l'ampia, seriale schiera di ricorsi giudiziari.

Nelle carenze dell'organo regolatore e di vigilanza, la rapida evoluzione delle strategie del mercato del credito viene a determinare una situazione di *impasse*, nella quale la funzione sanzionatoria della Magistratura, parcellizzata nella miriade dei casi concreti, nelle variegata modalità e tempi di intervento, non è in grado di esplicare una significativa e virtuosa funzione di correzione dei comportamenti adottati dagli intermediari finanziari. Si patisce, per altro verso, il radicale immobilismo di un mercato del credito, trincerato in forme ancestrali di dirigismo oligopolistico, mai scalfite, che si frappongono ad ogni forma di concorrenza atta a calmierare i prezzi di mercato.

Non si può non rimarcare come la concorrenza nel mercato del credito, unica, radicale panacea a tutti i problemi insorti nei rapporti bancari, non viene incontrando condizioni di favore nelle Istruzioni della Banca d'Italia, né la dovuta attenzione nell'azione istituzionale rimessa all'A.G.C.M: le rendite di posizione, connaturate con il marcato livello oligopolistico del mercato, non sembra abbiano sortito l'effetto di presidiare la stabilità del sistema bancario, ma hanno certamente condotto il costo del credito sui più alti livelli della Comunità Europea, esasperando apprezzabilmente i costi sociali di una crescente confusione regolamentare ed un'endemica e seriale conflittualità giudiziaria.

Si avverte diffusa una pregnante esigenza di chiarezza che, tuttavia, non apporterebbe alcun giovamento all'efficienza del mercato, senza un sostanziale recupero dell'equilibrio del rapporto di credito, sul quale si fonda e progredisce lo sviluppo efficiente del mercato. Gli orientamenti espressi dalla Suprema Corte potrebbero maggiormente mirare a segnare, in via preventiva, nei principi di diritto espressi, regole di condotta orientate a *best practice*, volte a precludere zone di opacità, dove si annidano, tempestivamente ed in ampia misura, le politiche degli intermediari maggiormente protesi a cogliere esclusivamente le opportunità offerte dal semplice rapporto costi/benefici. **In questa prospettiva, sul tema della mora,**

attualmente all'attenzione e riflessione della giurisprudenza di legittimità, potrebbe essere offerto un responso che, sia per le modalità del confronto che per l'apparato rimediale, abbracci compiutamente l'intero spettro delle tipologie di credito soggette alla mora.

Allegato.

Come menzionato, il *worst case* ricorre quando il prenditore del finanziamento risulta insolvente ad ogni scadenza ma provvede ad effettuare versamenti che coprono solo ed esclusivamente gli interessi di mora. Nella circostanza, il costo complessivo del finanziamento sale con il protrarsi dell'insolvenza, ma con la mora che non produce ulteriori interessi, il costo effettivo (TAE e TAEG) tende a convergere gradualmente verso un TEG asintotico limite. Quale che sia la durata e la periodicità del mutuo, in ogni scenario di insolvenza, il tasso limite si viene a collocare – per la stessa ponderazione implicita - in un valore intermedio fra il tasso effettivo (TAE e TAEG) dell'ordinario scenario fisiologico e il tasso nominale di mora previsto in contratto.

1. Esempificazione: *worst case* semplice, mora, penale di risoluzione e indennizzo di anticipata estinzione (senza calcolo del margine).

Si consideri un finanziamento decennale, con rata annuale costante, al tasso nominale del 5,85% con uno spread di mora di 4 punti percentuali, spese iniziali € 1.000, nonché penale di risoluzione e indennizzo di anticipata estinzione pari all'1% del capitale residuo.

MORA: WORST CASE SEMPLICE							TEG asintotico (*):		
(Insolvenza rate e rimborso del capitale: pagamento regolare della mora)									
Fin. 10 a. (rata ann. cost.) : € 100.000;			TAN: 5,85%; TEG: 6,06%; Mora: 9,85%				8,7208%		
Sp. iniz. € 1.000; Pen. ris.: 1% cap. res.									
1 N. rata	2 quota capitale	3 quota interessi	4 rata annuale	5 debito residuo	6 mora dell'anno	7. valore disaggio tassi	8 Penale risol/ind.	8 Penale risol/ind. Esubero	8 tasso effettivo alla scadenza della rata (**)
0			1.000,00	100.000,00					
1	7.640,40	5.850,00	13.490,40	92.359,60		812,10	923,60	111,50	7,031%
2	8.087,37	5.403,04	13.490,40	84.272,23	1.328,80	1.354,79	842,72	-	6,639%
3	8.560,48	4.929,93	13.490,40	75.711,75	2.657,61	1.646,43	757,12	-	6,699%
4	9.061,27	4.429,14	13.490,40	66.650,48	3.986,41	1.713,30	666,50	-	6,832%
5	9.591,35	3.899,05	13.490,40	57.059,13	5.315,22	1.590,24	570,59	-	6,986%
6	10.152,45	3.337,96	13.490,40	46.906,69	6.644,02	1.321,11	469,07	-	7,145%
7	10.746,36	2.744,04	13.490,40	36.160,32	7.972,83	959,31	361,60	-	7,303%
8	11.375,03	2.115,38	13.490,40	24.785,30	9.301,63	568,03	247,85	-	7,458%
9	12.040,46	1.449,94	13.490,40	12.744,83	10.630,44	220,48	127,45	-	7,608%
10	12.744,83	745,57	13.490,40	-	11.959,24	-	-	-	7,754%
11					13.288,05				7,894%
12					13.288,05				8,007%
13					13.288,05				8,100%
14					13.288,05				8,176%
15					13.288,05				8,241%
16					13.288,05				8,296%
17					13.288,05				8,343%
18					13.288,05				8,384%
19					13.288,05				8,419%
20					13.288,05				8,450%
...				
30					13.288,05				8,620%
...				
	100.000	34.904,044	134.904,044						

(*) Il tasso effettivo annuo asintotico è il limite a cui tende il rendimento effettivo nel decorso del tempo.

(**) Il tasso effettivo annuo è calcolato sui flussi maturati sino alla scadenza dell'anno, ipotizzando il completo pagamento alla fine dell'anno (risoluzione anticipata nei primi dieci anni).

Prevedendo che le rate rimangano insolute e che venga regolarmente pagata la mora del 9,85% al termine di ciascun anno successivo al primo, nella Tabella sopra riportata è indicato nell'ultima colonna, il TEG del prestito nel caso al termine dell'anno intervenga la risoluzione/recesso (entro il decennio) con il pagamento di tutta l'esposizione.⁴¹ L'incidenza della penale di risoluzione (a partire dal 2° anno), anche considerando una discesa dei tassi di mercato pari o maggiore dello 0,2% annuo, rimane inferiore al disaggio e non presenta alcuna incidenza sul TEG, mentre l'indennizzo di anticipata estinzione, congiuntamente alle spese iniziali viene ad incidere solo per il primo anno nel TEG elevandolo al 7,03%. Il tasso espresso dal TEG, con il protrarsi dell'insolvenza, cresce per l'effetto della

⁴¹ Il peso relativo dei pagamenti della mora (valori attuali) al tasso più alto di quello corrispettivo, con il protrarsi del tempo, tende a scemare, non riuscendo a sormontare il peso relativo dei tassi più contenuti del primo periodo. Mentre le spese di istruttoria incidono nella stessa misura in ogni possibile scenario, la penale di risoluzione presenta un'incidenza sul TEG più marcata all'inizio per poi flettere e scomparire dopo il decimo anno.

maggiore incidenza che viene ad assumere il tasso di mora rispetto al tasso corrispettivo, ma si può agevolmente verificare che **il tasso di rendimento effettivo (TEG) dell'operazione tende gradualmente, con un'accelerazione decrescente, a convergere verso un TEG asintotico dato dal *worst rate* dell'8,7208%.**⁴²

Questo tasso viene a costituire il limite al quale tende, senza raggiungerlo, l'onere massimo al quale può eventualmente andare incontro il mutuatario, con le condizioni contrattuali previste.⁴³

⁴² In generale, per un mutuo di durata k , nel *worst case* (insolvenza degli interessi e del capitale e regolare pagamento della mora alle singole scadenze):

i) nel caso di estinzione (s), anticipata entro la durata (k) del mutuo, il tasso effettivo è dato dal valore r che rispetta l'eguaglianza:

$$C = S_p + \frac{(C + P_e + \sum_{n=1}^s I_n)}{(1+r)^s} + \sum_{n=2}^s \frac{m_n}{(1+r)^n}$$

ii) nel caso di estinzione (s) successiva alla scadenza ultima (k) del mutuo, il tasso effettivo è dato dal valore r che rispetta l'eguaglianza:

$$C = S_p + \frac{(C + \sum_{n=1}^k I_n)}{(1+r)^s} + \sum_{n=1}^s \frac{m}{(1+r)^n} - \sum_{n=1}^k \frac{m}{(1+r)^n} + \sum_{n=2}^k \frac{m_n}{(1+r)^n}$$

Dove:

S_p = Oneri e spese iniziali;

C = Capitale finanziato;

P_e = Penale di risoluzione o Indennizzo di anticipata estinzione;

I_n = Interessi maturati sino all'anno s ;

m = mora in ciascun anno successivo alla scadenza ultima (k) del mutuo;

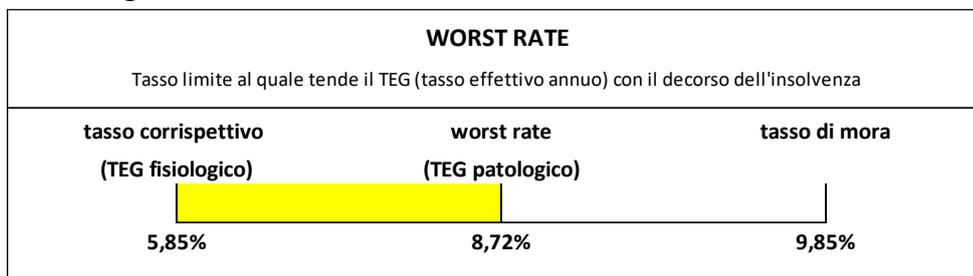
m_n = mora pagata all'anno n entro la scadenza ultima (k) del mutuo;

In quest'ultima formula, per s che va all'infinito, il primo termine tende a zero, il secondo termine è dato da una progressione geometrica convergente [di ragione $1/(1+r)$ e primo termine pari a m], mentre il terzo e quarto termine sono ordinarie somme. Al limite, il tasso asintotico è dato dal valore r che rispetta l'eguaglianza:

$$C = S_p + \frac{(1+r)}{r} m - m \sum_{n=1}^k \frac{1}{(1+r)^n} + \sum_{n=2}^k \frac{m_n}{(1+r)^n}$$

⁴³ Non condivisibile, in quanto confliggente con la natura giuridica del finanziamento, è la tesi proposta in dottrina dal prof. M. Comana. Con un'impropria assunzione, il piano di ammortamento del finanziamento viene assimilato a '*tanti prestiti uniperiodali, pari al capitale residuo dopo il pagamento della rata precedente, che durano appunto quanto il tempo della periodicità della rata. Il debito residuo dopo ogni rata è quindi il credito concesso per il periodo successivo*'. (M. Comana, Effetti del tasso di mora sul costo effettivo del credito,

Risulta evidente ed intuitivo che, tanto più il tasso corrispettivo è prossimo alla soglia d'usura, tanto più anche un modesto *spread* di mora conduce ad un *worst rate* al di sopra della soglia.



Ne consegue che, determinato il *worst rate* del prestito, corrispondente all'eventualità più penalizzante per il mutuatario, si avrà che:

a) se il tasso soglia si pone al di sopra del *worst rate* (8,72% nell'esempio), in ogni possibile scenario (anche il peggiore), risulterà accertato il rispetto della soglia d'usura;

b) se il tasso soglia si pone al di sotto del tasso corrispettivo (5,85% nell'esempio) ovviamente, in ogni possibile scenario (anche il migliore), risulterà accertato il debordo della soglia d'usura;

c) se il tasso soglia si pone nella zona grigia di criticità, compresa fra il tasso corrispettivo (5,85% nell'esempio) e il *worst rate* (8,72% nell'esempio), sussiste una porzione, più o meno ampia di possibili scenari evolutivi del piano di ammortamento del prestito che conducono il costo del credito in usura.

Gli sviluppi di calcolo illustrati nella precedente Tavola forniscono al giudice utili indicazioni per una valutazione delle circostanze concrete, nella scelta fra due possibili alternative di letture dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c.:

c.1) l'una, rigorista e garantista del corretto funzionamento del mercato, volta a sanzionare con la nullità ogni contrattualizzazione di eventualità di usura, quale che sia la

Seminario autunnale 2017 in materia bancaria e finanziaria, Torino, 14 dicembre 2017). Il tale lettura si trascura l'unitarietà del rapporto di finanziamento, il cui costo viene espresso dal rendimento effettivo annuo calcolato al momento pattizio dell'erogazione. Matematicamente, procedendo dal capitale residuo ad ogni rata, si perviene a tassi esprimenti il costo del credito residuo, che si configurano come media ponderata del tasso corrispettivo e del tasso di mora, ma non appaiono costituire il corretto riferimento per la verifica del rispetto delle soglie d'usura.

ricorrenza statistica di tale eventualità. Il rigore della norma non sembra consentire alcuna regola pattizia nella quale si concepisca una prestazione usuraria della parte debole, quale che sia l'improbabile ricorrenza di tale eventualità.

c.2) l'altra, rivolta, invece, a valutare il peso specifico delle condizioni eventuali che possono condurre in usura il finanziamento, valutandone, più che eventuali ma teoriche eventualità, l'effettivo pregiudizio che in concreto si riversa sul regolare funzionamento del mercato e nei rapporti fra le parti. In altri termini, per le condizioni eventuali, previste in contratto – corrispondenti ad utilità, anche e non solo economiche, a favore del datore e/o del prenditore di credito – si può procedere ad una valutazione dell'incidenza iniziale della condizione eventuale al momento pattizio, commisurandone la gravità che giustifica l'applicazione dell'art. 644 c.c.p. e dell'art. 1815 c.c. alla ricorrenza con la quale la condizione è passibile di realizzarsi. Anche in questo caso il processo di calcolo del *worst rate* può risultare di ausilio.

2. Esempificazione: *worst case* con margine mora, penale di risoluzione (1% capitale residuo) e indennizzo di anticipata estinzione (1% capitale residuo).

Data la rilevazione campionaria della Banca d'Italia, che ha accertato un valore medio dello *spread* sul tasso corrispettivo ragguagliato al 2,1%, al quale corrisponde un limite massimo per la somma pari a 3,15% (= 2,1 + 50%), enucleando dal tasso di mora contrattuale la soglia della maggiorazione di mora del 3,15% e replicando i calcoli sopra riportati, si consegue il TEG rettificato che, per il *worst case*, ricomprende anche l'esubero della mora rispetto alla soglia stessa.

WORST CASE con esubero soglia mora (3,15%) e penale risol./antic. est. (Insolv. rate e rimborso del capitale: pag. regolare della mora)						TEG asintotico (*): 6,5485%			
Fin. 10 a. (rata ann. cost.) : € 100.000;		TAN: 5,85%		Mora: 9,85%; spread mora: 4%		t. corrisp. + esub. (5,85%+0,85%)			
Sp. iniz. € 1.000; Pen. ris.: 1% cap. res.		TEG: 6,06%		Esubero (4% - 3,15%): 0,85%		6,70%			
1 N. rata	2 quota capitale	3 quota interessi	4 rata annuale	5 debito residuo dopo	6 Mora dell'anno rettificata (6,70)	disaggio tassi di mercato	Penale risol/ind	7 Penale risol/ind esubero	8 tasso effettivo alla scadenza della rata
0			1.000,0	100.000,0					
1	7.640,4	5.850,0	13.490,4	92.359,6		812,1	923,6	111,50	7,031%
2	8.087,4	5.403,0	13.490,4	84.272,2	903,9	1.354,8	842,7	-	6,437%
3	8.560,5	4.929,9	13.490,4	75.711,7	1.807,7	1.646,4	757,1	-	6,311%
4	9.061,3	4.429,1	13.490,4	66.650,5	2.711,6	1.713,3	666,5	-	6,270%
5	9.591,4	3.899,1	13.490,4	57.059,1	3.615,4	1.590,2	570,6	-	6,263%
6	10.152,4	3.338,0	13.490,4	46.906,7	4.519,3	1.321,1	469,1	-	6,270%
7	10.746,4	2.744,0	13.490,4	36.160,3	5.423,1	959,3	361,6	-	6,286%
8	11.375,0	2.115,4	13.490,4	24.785,3	6.327,0	568,0	247,9	-	6,306%
9	12.040,5	1.449,9	13.490,4	12.744,8	7.230,9	220,5	127,4	-	6,329%
10	12.744,8	745,6	13.490,4	-	8.134,7	-	-	-	6,353%
11					9.038,6				6,379%
12					9.038,6				6,400%
13					9.038,6				6,417%
14					9.038,6				6,432%
15					9.038,6				6,444%
16					9.038,6				6,454%
17					9.038,6				6,463%
18					9.038,6				6,471%
19					9.038,6				6,478%
20					9.038,6				6,484%
...				
30					9.038,6				6,520%
...				
	100.000,0	34.904,0	134.904,0						

(*) Il tasso effettivo annuo asintotico è il limite a cui tende il rendimento effettivo nel decorso del tempo.

(**) Il tasso effettivo annuo è calcolato sui flussi maturati sino alla scadenza dell'anno, ipotizzando il completo pagamento alla fine dell'anno (risoluzione anticipata nei primi dieci anni).

Come riportato nella Tavola, a seguito della maggiorazione (0,85%) dello *spread* di mora (4%) rispetto alla mora soglia (3,15%), il tasso di mora rettificato da includere nel TEG, comprensivo dell'esubero, nel *worst case*, si ragguaglia al 6,55% (=5,85% + 4% - 3,15%).⁴⁴

Come nell'esempio precedente, per una discesa dei tassi nell'ordine dello 0,2% all'anno il disaggio dei tassi sormonta la penale di risoluzione/indennizzo di estinzione dell'1%, salvo che per l'indennizzo di anticipata estinzione del 1° anno. Nel caso di estinzione anticipata al 1° anno, l'incidenza delle spese

⁴⁴ Il criterio è del tutto rispondente a quello del margine previsto per la CMS: *‘l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alla soglia di volta in volta vigente (“margine”)* (Circolare Banca d'Italia 2/12/05).

iniziale conduce il TEG al valore del 7,03%, superiore al TEG asintotico.

Il finanziamento presenta il TEG del 6,06% nel fisiologico sviluppo del piano; salvo il caso di estinzione anticipata al 1° anno, il finanziamento presenta il TEG del 6,55% nel caso di patologia, con il peggior scenario evolutivo (*worst case*). L'esubero (0,85%) del tasso di mora rispetto alla Mora soglia (3,15%), come si può rilevare, viene ad incidere sul TEG dell'operazione solo per una quota parziale (0,70%).

Tale incidenza tende a scendere all'aumentare del tasso e della durata del finanziamento. Nella Tavola qui sotto riportata sono indicati i valori asintotici, per le scadenze 5, 10 e 20 anni e per il tasso nominale del 5%, 10% e 15% (senza spese e penale), con la mora collocata su 1, 2 e 3 punti sopra la soglia di mora (3,15%),

VALORI ASINTOTICI DEL RENDIMENTO EFFETTIVO SU PRESTITI A RATA ANNUALE COSTANTE

Tab. sintesi Asintoti		Tasso Corrispettivo		5%			10%			15%		
		Esubero dalla Mora soglia (3,15%)		+1%	+2%	+3%	+1%	+2%	+3%	+1%	+2%	+3%
Anni	5	5,86%	6,69%	7,48%	10,78%	11,54%	12,28%	15,73%	16,44%	17,13%		
	10	5,78%	6,51%	7,21%	10,68%	11,34%	11,97%	15,63%	16,23%	16,82%		
	20	5,64%	7,47%	6,87%	10,53%	11,13%	11,66%	15,48%	16,06%	16,56%		

3. Esempificazione: *worst case* con margine mora, penale di risoluzione (1% del capitale residuo) e indennizzo di anticipata estinzione (valore attuale future rate).

Si prevede per il finanziamento dell'esempio precedente spese di istruttoria per € 1.000 e per l'anticipata estinzione, come frequentemente operato in passato nella risoluzione dei *leasing*, l'indennizzo ragguagliato al valore delle future rate/canoni attualizzate ad un tasso prestabilito, sottratto il debito residuo.⁴⁵ Ipotizzando le medesime condizioni dell'esempio precedente, variando il tasso da fisso a variabile, ponendolo pari all'Euribor + 2 punti, se si prevede l'indennizzo pari alla differenza fra il valore delle future rate attualizzate ai tassi di mercato e il capitale residuo, oltre all'eventuale disaggio dei tassi, l'intermediario viene a percepire il valore attuale dello *spread* per tutte le rate future.

⁴⁵ Con la riforma normativa del leasing, la regolamentazione della risoluzione prevede la penale ragguagliata al capitale residuo.

La condizione di anticipata estinzione sopra descritta risulta apprezzabilmente penalizzante, in quanto sostanzialmente si prevede, oltre al rimborso del capitale residuo del prestito e del differenziale dei tassi *free risk* intervenuti sul mercato, anche il pagamento, in termini attuali, della maggiorazione espressa dallo *spread*, per le future rate, che l'intermediario avrebbe introitato sino al termine del finanziamento.

Considerando sempre un tasso nominale del 5,85%, dato da 3,85% + 2% di *spread*, al quale, considerando le spese iniziali di € 1.000, corrisponde un tasso effettivo del 6,06%, il valore dell'indennizzo convenuto sull'attualizzazione delle rate future può essere determinato con la curva dei rendimenti di mercato. All'origine, se la curva presenta tassi ascendenti, il valore dell'indennizzo sarà più moderato, se la curva, invece, presenta tassi discendenti, il valore dell'indennizzo sarà più marcato: in ogni caso, il beneficio della banca, da ricomprendere nel calcolo per la verifica dell'usura, risulterà sempre pari allo *spread* caricato sul tasso Euribor, attualizzato ai tassi di mercato.

Ipotizzando, come nei precedenti esempi, una discesa dei tassi di mercato del 2% nell'arco del decennio, nell'ordine dello 0,2% all'anno, il TEG rettificato (Tav. A) presenterà inizialmente tassi marcatamente più elevati, risultando l'estinzione anticipata particolarmente onerosa, per poi scendere rapidamente sino al termine della durata del prestito e risalire verso il tasso asintotico del 6,55%, il medesimo dell'esempio precedente.

Ipotizzando, invece, l'invarianza dei tassi di mercato, l'incidenza dello *spread* sull'Euribor, che si riversa sull'indennizzo di anticipata estinzione, si attenua per l'effetto maggiorato dell'attualizzazione, rimanendo tuttavia nei primi anni su livelli apprezzabilmente più elevati del tasso asintotico del 6,55% (Tav. B).

Tav. A - WORST CASE con esub. soglia (3,15%), pen. di risoluz. o ind. estinz.							TEG 6,5485%		
(Insolvenza rate e rimborso del capitale: pagamento)							asintotico		
Fin. 10 a. (rata ann. cost.): € 100.000;		TAN: 5,85%		Mora: 9,85%; spread mora: 4%		t. corrisp. + esub. (5,85%+0,85%)			
Sp. iniz. € 1.000; Pen. ris.: 1% cap. res.		TEG: 6,06%		Esubero (4% - 3,15%): 0,85%		6,70%			
1 N. rata	2 quota capitale	3 quota interessi	4 rata annuale	5 debito residuo dopo	6 Mora dell'anno rettificata (6,70)	7 indennizzo anticipata estinzione			8 tasso effettivo alla scadenza della rata (**)
						tassi free risk	disaggio	Esubero free risk su disaggio	
0			1.000,0	100.000,0					
1	7.640,4	5.850,0	13.490,4	92.359,6		9.565,2	812,1	8.753,1	15,760%
2	8.087,4	5.403,0	13.490,4	84.272,2	903,9	8.654,0	1.354,8	7.299,2	9,846%
3	8.560,5	4.929,9	13.490,4	75.711,7	1.807,7	7.551,0	1.646,4	5.904,6	8,046%
4	9.061,3	4.429,1	13.490,4	66.650,5	2.711,6	6.308,7	1.713,3	4.595,4	7,232%
5	9.591,4	3.899,1	13.490,4	57.059,1	3.615,4	4.988,5	1.590,2	3.398,2	6,804%
6	10.152,4	3.338,0	13.490,4	46.906,7	4.519,3	3.661,0	1.321,1	2.339,9	6,566%
7	10.746,4	2.744,0	13.490,4	36.160,3	5.423,1	2.405,9	959,3	1.446,6	6,435%
8	11.375,0	2.115,4	13.490,4	24.785,3	6.327,0	1.311,5	568,0	743,5	6,370%
9	12.040,5	1.449,9	13.490,4	12.744,8	7.230,9	474,6	220,5	254,1	6,348%
10	12.744,8	745,6	13.490,4	-	8.134,7	-	-	-	6,353%
11					9.038,6				6,379%
12					9.038,6				6,400%
13					9.038,6				6,417%
14					9.038,6				6,432%
15					9.038,6				6,444%
16					9.038,6				6,454%
17					9.038,6				6,463%
18					9.038,6				6,471%
19					9.038,6				6,478%
20					9.038,6				6,484%
...				
30					9.038,6				6,520%
...				
	100.000,0	34.904,0	134.904,0						

Tav. B - WORST CASE con esub. soglia (3,15%), pen. di risoluz. o ind. estinz.							TEG 6,5485%		
(Insolvenza rate e rimborso del capitale: pagamento regolare della mora)							asintotico		
Fin. 10 a. (rata ann. cost.): € 100.000;		TAN: 5,85%		Mora: 9,85%; spread mora: 4%		t. corrisp. + esub. (5,85%+0,85%)			
Sp. iniz. € 1.000; Pen. ris.: 1% cap. res.		TEG: 6,06%		Esubero (4% - 3,15%): 0,85%		6,70%			
1 N. rata	2 quota capitale	3 quota interessi	4 rata annuale	5 debito residuo dopo	6 Mora dell'anno rettificata (6,70)	7 Indennizzo anticipata estinzione			8 tasso effettivo alla scadenza della rata (**)
						tassi attualizz. free risk 3,85%	disaggio	Esubero free risk su disaggio	
0			1.000,0	100.000,0					
1	7.640,4	5.850,0	13.490,4	92.359,6		8.635,2	-	8.635,2	15,642%
2	8.087,4	5.403,0	13.490,4	84.272,2	903,9	7.120,5	-	7.120,5	9,764%
3	8.560,5	4.929,9	13.490,4	75.711,7	1.807,7	5.709,1	-	5.709,1	7,989%
4	9.061,3	4.429,1	13.490,4	66.650,5	2.711,6	4.414,7	-	4.414,7	7,194%
5	9.591,4	3.899,1	13.490,4	57.059,1	3.615,4	3.251,7	-	3.251,7	6,781%
6	10.152,4	3.338,0	13.490,4	46.906,7	4.519,3	2.235,7	-	2.235,7	6,553%
7	10.746,4	2.744,0	13.490,4	36.160,3	5.423,1	1.383,6	-	1.383,6	6,429%
8	11.375,0	2.115,4	13.490,4	24.785,3	6.327,0	713,7	-	713,7	6,368%
9	12.040,5	1.449,9	13.490,4	12.744,8	7.230,9	245,4	-	245,4	6,347%
10	12.744,8	745,6	13.490,4	-	8.134,7	-	-	-	6,353%
11					9.038,6				6,379%
12					9.038,6				6,400%
13					9.038,6				6,417%
14					9.038,6				6,432%
15					9.038,6				6,444%
16					9.038,6				6,454%
17					9.038,6				6,463%
18					9.038,6				6,471%
19					9.038,6				6,478%
20					9.038,6				6,484%
...				
30					9.038,6				6,520%
...				
	100.000,0	34.904,0	134.904,0						

(*) Il tasso effettivo annuo asintotico è il limite a cui tende il rendimento effettivo nel decorso del tempo.

(**) Il tasso effettivo annuo è calcolato sui flussi maturati sino alla scadenza dell'anno, ipotizzando il completo pagamento alla fine dell'anno (risoluzione anticipata nei primi dieci anni). Si ipotizza, nella Tav. A la discesa uniforme dei tassi di mercato del 2%, nella Tav. B l'invarianza dei tassi di mercato nel decennio.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE PRIMA CIVILE

in persona del dott. Enrico Astuni, in funzione di Giudice unico,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 26196/2017 R.G. promossa da:
B. G.

- attore/i

contro

BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SPA

- convenuta

Conclusioni:

Fatto e svolgimento del processo

Gli attori, sottoposti a esecuzione forzata (R.G.E. 31/2016), hanno proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. nei confronti di Banca Nazionale del Lavoro (anche BNL). A seguito dell'udienza avanti al G.E. essi hanno introdotto con citazione il giudizio di merito ai sensi dell'art. 616 c.p.c., chiedendo dichiararsi l'inesistenza del diritto di procedere a esecuzione forzata e la nullità del contratto di mutuo Meliorbanca S.p.A. 20.12.2006 rogito notaio De Luca rep. 4818 racc. 2117 nella parte concernente la clausola interessi, in ragione della violazione dell'art. 1815 c.c., per la pattuizione di interessi usurari, e in subordine per violazione della normativa sulla trasparenza bancaria, segnatamente dell'art. 117 TUB, in quanto l'ISC (o TAEG) non era determinabile dalla lettura del contratto di mutuo; inoltre da perizia stragiudiziale prodotta il tasso risultava superiore a quello dichiarato. In via consequenziale all'accoglimento della domanda di nullità, gli attori hanno altresì chiesto la condanna della banca a restituire le somme corrisposte a titolo di interessi, oltre rivalutazione monetaria e interessi sulle somme indebitamente percepite.

BNL s'è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'opposizione. Essa ha dato atto di non essere legittimata passiva rispetto alla domanda di condanna proposta dagli attori, avendo agito nel processo esecutivo quale mandataria di EMF-IT-2008-1 S.r.l., cessionaria del credito ex art. 58 TUB dalla mutuante Meliorbanca S.p.A.. Nel merito ha contestato specificamente la domanda attorea, per il tramite dell'esame delle condizioni contrattuali in punto interessi corrispettivi e moratori.

La causa è stata istruita tramite C.T.U.

Motivi della decisione

Il contratto di mutuo ipotecario oggetto di contestazione è stato stipulato in data 20.12.2006, per la somma capitale di € 155.000,00 da rimborsare in n. 360 rate mensili, posticipate e consecutive, di capitale e interessi. Il contratto prevede per il computo degli interessi (art. 4) che "a) gli interessi saranno calcolati utilizzando i tassi nominali rapportati ai giorni

commerciali su commerciali (360); b) il tasso di interesse, per le prime due rate mensili, sia fissato nella misura del 4,92% nominale annuo; c) per le successive rate e fino alla scadenza del mutuo, il predetto tasso sarà determinato, di tre in tre rate, sommando i seguenti addendi: - una quota fissa di 2,50 punti quale margine di intermediazione della banca; - una quota variabile determinata dalla media aritmetica dei dati giornalieri EURIBOR 6 mesi base 365 relativi al primo e al secondo mese solare intero precedente la data di decorrenza del tasso. Alla data odierna il tasso così determinato è pari al 6,23%". L'art. 4-bis (rubricato "Indicatore sintetico di costo ai sensi della Delibera CICR del 04.03.2003" indica il valore del TAEG/ISC nella misura del 6,77%. Ai sensi dell'art. 5, il tasso degli interessi moratori è pattuito nel tasso contrattuale con una maggiorazione di 2 p.p..

Nell'instestazione del contratto, i due attori B. G. e P. S. sono qualificati il primo come "mutuatario" ed entrambi come "costituenti ipoteca". Dalla posizione di P. S. come mero datore di ipoteca non discendono tuttavia, ai fini di causa, conseguenze di apprezzabile rilievo giuridico, visto che anche il terzo datore di ipoteca, come il terzo acquirente di bene ipotecato ha facoltà di opporsi all'esecuzione *utendo juribus*, cioè utilizzando i mezzi di eccezione e difesa che competono al debitore diretto (vedi artt. 2859 e 2870).

1. Gli oppositori contestano la nullità del mutuo per violazione dell'art. 1815 c.c.. Nel trimestre di conclusione del mutuo, il TEGM per le operazioni pertinenti alla categoria "mutui a tasso variabile", non contestata, era pari al 4,77% e il tasso soglia era per conseguenza 7,155%.

Gli attori richiamano nella citazione (pag. 5, punto 4) una perizia prodotta col ricorso avanti al G.E., di cui trascrivono le conclusioni (pag. 6) e di cui evocano la produzione in questo giudizio come parte del "doc. 1 fascicolo del ricorso in opposizione ex art. 615 c.p.c.". Il fascicolo tuttavia non è, all'infuori della perizia in atti, a disposizione non essendo stato prodotto in forma telematica. Lo scrivente ritiene tuttavia utilizzabile, come parte del fascicolo, la perizia in questione, anche in considerazione del fatto che la convenuta non ha eccepito l'estraneità della perizia al fascicolo prodotto avanti al G.E..

La perizia in questione (pag. 13) riconosce, e la circostanza è dunque non contestata, che non si verifica alcun superamento del tasso soglia di periodo per il tasso annuo contrattuale (4,92%), per il TAN dopo il periodo iniziale (6,23%), per il tasso di mora (6,92%) e per il TAEG/ISC dichiarato in contratto (6,77%).

La perizia prosegue, assumendo invece come scenari di verifica del superamento della soglia di usura i seguenti: 1) esercizio da parte del cliente della facoltà di estinguere anticipatamente il mutuo mediante addebito di una somma pari al 3% del capitale residuo (pag. 16 ss.); 2) tasso di mora calcolato su una rata a piacere (pag. 19 ss.); 3) c.d. tasso complessivo, consistente nella sommatoria degli interessi corrispettivi e moratori (pag. 24 ss.).

2. Il secondo e terzo scenario coinvolgono il superamento della soglia d'usura per effetto dell'applicazione degli interessi di mora. Le questioni giuridiche sottese a questo profilo della domanda sono le seguenti:

- se gli interessi di mora siano un costo collegato all'erogazione del credito;

- a quali condizioni l'interesse di mora assuma rilievo ai fini dell'art. 644 c.p., se sia cioè sufficiente la semplice "promessa" o sia necessaria la "dazione" (o "pretesa" dal lato della banca) perché l'interesse sia ritenuto rilevante;

- quali siano le modalità di calcolo dell'interesse di mora che rispettano le previsioni della legge n. 108/96 e in particolare i canoni di "effettività" e "globalità" del costo del credito.

Anticipando le conclusioni che verranno sviluppate nel prosieguo della motivazione, deve dirsi che: 1) gli interessi di mora sono costo collegato all'erogazione del credito, come attesta la norma di interpretazione autentica (d.l. 29.12.2000 n. 394 conv. legge 28.2.2001 n. 24), che si riferisce agli "interessi promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo", e una stabile giurisprudenza di legittimità; 2) benché l'interesse di mora non sia dovuto con certezza al momento della conclusione del contratto, ma dipenda dalla circostanza dell'inadempimento contrattuale, la sua rilevanza deve farsi nondimeno risalire al contratto stesso e quindi al momento della promessa, in ragione della norma di interpretazione autentica ("si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi [...] indipendentemente dal momento del loro pagamento"), così come, a sua volta, interpretata dalla Cass. sez. un. 19.10.2017 n. 24675 nel senso dell'inammissibilità di fenomeni usurari sopravvenuti; 3) ai sensi dell'art. 2 comma 1 della legge n. 108/96 il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari è per definizione, come il tasso medio da cui è derivato, effettivo, globale e riferito ad anno e si sostanzia nel metodo comunemente accettato, recepito dalle Istruzioni di Banca d'Italia, del c.d. TAEG (o TIR o tasso di rendimento finanziario), consistente nel tasso di attualizzazione, espresso su base annua, che rende eguali a t_0 due flussi di cassa di segno contrario, con scadenze previste in tempi diversi (t_1 , t_2 , t_n), ossia la somma del credito concesso al cliente e la somma di tutti i pagamenti dovuti dal cliente a estinzione del debito contratto col prestito; 4) il metodo del TAEG comporta di considerare ai fini della determinazione del tasso tutti i pagamenti fatti a qualsiasi titolo (per rimborso capitale, interessi, spese), che siano rilevanti in quanto "collegati all'erogazione del credito" (cfr. art. 644 co. 4 c.p.); 4.1.) detto metodo, richiedendo di eguagliare la somma del credito concesso al cliente e la somma dei pagamenti fatti a qualsiasi titolo, impedisce di raffrontare al tasso soglia il tasso emergente dalla singola rata del mutuo; 4.2.) detto metodo, richiedendo di considerare globalmente le remunerazioni previste in contratto, impedisce di isolare il tasso semplice di mora per raffrontarlo separatamente al tasso soglia; 4.3.) è egualmente inammissibile, per incompatibilità con il dato normativo e le previsioni dello specifico contratto, il raffronto tra il tasso soglia e la sommatoria dei tassi semplici per interessi corrispettivi e moratori; 4.4.) il principio di

onnicomprendività del TAEG osta infine ad aumentare la soglia d'usura della c.d. maggiorazione di mora del 2,1%, rilevata *olim et una tantum* dalla Banca d'Italia; 5) il metodo del c.d. *worst case* (scenario peggiore), consistente nella simulazione dei TEG ricavabili per il caso di sistematico inadempimento di tutte le rate del mutuo e al contempo di sistematico pagamento di tutta la mora maturata nell'intervallo, è viceversa compatibile sia con il metodo del TAEG, di cui costituisce esplicitazione, sia con la rilevanza dell'interesse in quanto soltanto "promesso", indipendentemente dal momento del pagamento.

2.1. Ai sensi dell'art. 644 co. 4 c.p. per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle "commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese ... collegate alla erogazione del credito".

La formula "collegamento all'erogazione del credito" è evidentemente più ampia di quella ("in corrispettivo della prestazione di denaro") prevista dal co. 1, poiché copre anche costi del credito diversi dagli interessi corrispettivi, comunque inerenti alla concessione di credito ancorché estranei o in posizione accessoria rispetto al sinallagma. Si trae conferma della maggior larghezza, considerando che il nomen juris è tenuto per irrilevante, sia dallo stesso art. 644 co. 4 ("remunerazioni a qualsiasi titolo"), sia dalla norma di interpretazione autentica art. un. del d.l. 29.12.2000 n. 394 conv. in legge 27.2.2001 n. 24 ("interessi ... promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo").

Anche l'interesse moratorio è inerente alla concessione del credito. La pattuizione è contenuta nel contratto e può agevolmente assumersi come *condicio sine qua non* per la concessione del credito; regola preventivamente le conseguenze economiche del ritardato pagamento alla scadenza di una rata di rimborso del prestito concesso e ha quindi la funzione di stimolare il regolare adempimento del contratto. Non ultimo, la migliore dottrina ha dimostrato che, nel vigente sistema, esiste una sostanziale omogeneità funzionale tra interessi corrispettivi e moratori (per questa conclusione vedi da ultimo in giur. con dovizia di argomenti Cass. 30.10.2018 n. 27442), poiché entrambi esprimono il principio di naturale fruttuosità del denaro, guardato dal punto di vista ora del vantaggio del debitore, ora del danno da ritardo patito dal creditore; si tratta, tuttavia, di punti di vista largamente sovrapponibili, visto che l'interesse moratorio spetta "anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno" (art. 1224 c.c.), compete "nella stessa misura" dell'interesse dovuto prima della mora, salva diversa convenzione, spetta con decorrenza dalla scadenza del termine di adempimento, se l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio del creditore (art. 1182 co. 3, 1219 n. 3 c.c.).

L'inerenza degli interessi di mora alla sfera di applicazione degli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. risponde, peraltro, al prevalente indirizzo della Cassazione civile, da cui non sussiste motivo per discostarsi. È degno di nota che la giur. risale a epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 108/96 (Cass. 7.4.1992 n. 4251) e s'è mantenuta sostanzialmente stabile anche in seguito (Cass. 22.4.2000 n. 5286; Cass. 4.4.2003 n. 5324; Cass. 350/2013; Cass. 11.1.2013 nn. 602-603; Cass. 6.3.2017 n. 5598; Cass. 4.10.2017 n. 23192; Cass. 27.10.2019 n. 26286). Anche Cass. 30.10.2018

n. 27442 che giudica inapplicabile l'art. 1815 cpv. c.c. alla clausola che prevede un tasso convenzionale di mora superiore al tasso soglia, riconduce nondimeno il fenomeno nell'alveo della legge n. 108. In senso contrario, cfr. Cass. 13.9.2019 n. 22890 secondo cui l'interesse di mora risulterebbe estraneo al campo di applicazione dell'art. 1815 cpv. c.c..

2.2. Il debito per interesse corrispettivo sorge per effetto della traditio rei e al momento della conclusione del contratto, se il mutuo è reale (cfr. art. 1813 c.c.). Il debito della mora, per contro, non nasce al momento della conclusione del contratto, né al momento della consegna della somma, se posteriore, ma soltanto se il debitore ritardi il pagamento delle rate del mutuo e nella misura del ritardo.

Per queste caratteristiche, di onere eventuale, lo scrivente ha in numerose altre sentenze ritenuto di ricondurre l'interesse moratorio alla "usura per dazione" (vedi art. 644 comma 1 c.p.: "chiunque [...] si fa dare o promettere ecc.") come fattispecie alternativa alla "promessa" e suscettibile di manifestarsi e assumere rilevanza anche in un momento successivo alla conclusione del contratto, ossia al tempo della "maturazione", per essersi verificato ritardo nel pagamento di una o più rate, e nella misura della somma maturata.

Quest'orientamento non appare, tuttavia, ulteriormente sostenibile dopo la nota Cass. sez. un. 19.10.2017 n. 24675 che ha negato la possibilità di manifestazioni usuarie sopravvenute rispetto alla conclusione del contratto (la "promessa"), "essendo il giudice vincolato all'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, come modificati dalla L. n. 108 del 1996, (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dal D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1", secondo cui "si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi [...] indipendentemente dal momento del loro pagamento".

È stato acutamente osservato che la sentenza n. 24675/17 ha ristretto la figura dell'illecito usurario, espungendo dal suo campo di applicazione, almeno con riguardo ai contratti di mutuo, la fattispecie dell'usura "per dazione" e riconducendo la rilevanza usuraria dei costi collegati all'erogazione del credito al momento in cui essi sono "promessi", anziché a quello logicamente successivo della maturazione e-o della pretesa e-o infine del pagamento. Questa considerazione vale anche per gli interessi di mora, che peraltro testualmente rientrano nel campo di applicazione della norma di interpretazione autentica come "interessi promessi [...] a qualsiasi titolo" e che, pertanto, devono entrare nella valutazione di usurarietà in una logica *ex ante*, ancorché non sia dato conoscere – e non sia nemmeno rilevante se l'usura deve essere determinata sulla sola pattuizione – se ci sarà ritardo nel pagamento di una o più rate e per quanti giorni, quale sia l'ammontare dalla rata o delle rate insolute alla scadenza ecc..

La sufficienza della promessa di un onere meramente eventuale rende pertanto necessario stabilire i criteri, in base ai quali verificare il rispetto del "limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari", determinato ai sensi dell'art. 2 legge n. 108. Alla questione sono dedicati i paragrafi successivi.

2.3. Ai sensi dell'art. 2 co.1 della legge n. 108/96 il tasso medio, rilevato e pubblicato su base trimestrale, a partire dal quale si determina "il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari" (art. 644 c.p.), deve essere:

- effettivo;
- globale;
- riferito ad anno.

Il "tasso effettivo riferito ad anno" richiede di considerare non soltanto l'ammontare dei pagamenti fatti e-o previsti nel contratto, ma anche il tempo in cui tali pagamenti sono fatti e-o previsti nel contratto, nel senso che a una periodicità infra-annuale corrisponde un tasso effettivo maggiore rispetto al tasso nominale da cui è derivato, secondo la nota formula dell'interesse composto $T.E. = (1 + t/n)^n - 1$ mentre a una periodicità ultra-annuale corrisponde un tasso effettivo inferiore, sempre secondo detta formula. Vedi a proposito degli effetti sul tasso effettivo di pagamenti o liquidazioni previsti con cadenza infra-annuale l'art. 6 della delibera CICR 9.2.2000.

La "globalità" comporta invece l'onnicomprensività del tasso medio, e di conseguenza del tasso soglia, che richiede di aggregare ai fini della determinazione del tasso ogni remunerazione prevista, a qualunque titolo (per rimborso capitale, interessi e spese), purché "collegata all'erogazione del credito" (cfr. art. 644 co. 4 c.p.), all'infuori di imposte e tasse che sono escluse per legge.

Ora, il metodo comunemente accettato per determinare il costo complessivo ed effettivo di un mutuo (o altro finanziamento a rimborso graduale) è il c.d. TAEG – anche noto come TIR o tasso di rendimento finanziario – che consiste nell'attualizzare alla data di conclusione del contratto (t_0) tutti i pagamenti, a qualunque titolo collegati all'erogazione del credito (capitale interessi commissioni), previsti o prevedibili secondo il piano di ammortamento del mutuo, e nell'eguagliare la somma di tali pagamenti alla somma del credito concesso al cliente. Il TAEG (o TIR) è dunque il tasso che rende eguali a (t_0) due flussi di cassa di segno contrario, con scadenze previste in tempi diversi (t_1, t_2, t_n), ossia la somma del credito concesso al cliente e la somma dei pagamenti dovuti dal cliente a estinzione del debito contratto col prestito.

Le stesse Istruzioni di Banca d'Italia (§ C3 lett. b) per la rilevazione dei tassi medi, da cui è ricavato aritmeticamente il tasso-soglia, prescrivono per il mutuo e gli altri finanziamenti a rimborso graduale l'utilizzo della metodologia del TAEG.

2.4. Ritene lo scrivente che l'adozione della metodologia del TAEG per la rilevazione dei tassi medi non consenta di utilizzare, nel rispetto della legge n. 108/96, altro possibile metodo per verificare il TEG della singola operazione creditizia, poiché – come ha affermato autorevolmente la Cassazione – è "ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale", poiché "se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo, il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato" (Cass. 22.6.2016 n. 12965).

Di più, ove fosse consentito all'interprete discostarsi a piacere dalla metodologia di calcolo prevista dalla legge n. 108 e utilizzata per la rilevazione dei tassi medi, resterebbe vanificata la conoscibilità *ex ante* del tasso medio del credito rilevato e pubblicato (art. 2 co. 3 legge n. 108/96) e quindi applicabile nel trimestre, in funzione:

- del principio *nullum crimen sine priori lege*;
- della determinatezza della fattispecie penale, palesemente frustrata, se il confronto deve farsi tra il tasso soglia ricavato dal TEGM pubblicato, seguendo le istruzioni dell'autorità amministrativa, e un TEG contrattuale ricavato da un diverso algoritmo scelto *a posteriori* da un perito;
- della libertà dell'intermediario bancario-finanziario di pianificare la propria offerta economica nel rispetto della legalità, evitando la sanzione civilistica comminata dall'art. 1815 cpv. c.c..

Infine, l'onnicomprendività del tasso limite, ricavato dal tasso medio, comporta che il contratto sia nel suo insieme o lecito (se il TAEG è inferiore al limite) oppure illecito (se superiore).

Il rispetto della metodologia del TAEG previsto dalla legge n. 108/96 e utilizzato per la rilevazione dei tassi medi s'impone all'attenzione dell'interprete proprio considerando la questione, qui dibattuta, delle modalità di calcolo dell'interesse di mora, visto che si rinvencono nella giurisprudenza, anche di legittimità, differenti e non convergenti criteri di raffronto tra il tasso di mora e il tasso soglia.

2.4.1. Parte della giur. di merito, citata anche nella perizia di parte attrice (pag. 19), ritiene doversi raffrontare al tasso soglia il tasso risultante dalla singola rata del mutuo, specificamente considerando da un lato l'interesse di mora, dall'altro l'ammontare della rata o la quota capitale compresa nella rata.

Questo metodo tuttavia non rispetta la legge n. 108/96 poiché la verifica viene fatta:

- su una singola rata, ignorando il principio di globalità;
- isolando, tra tutti i costi rilevanti ai fini dell'erogazione del credito, il solo costo della mora (*amplius* la mora e le spese addebitate per il ritardo), di nuovo ignorando il principio di globalità;
- ignorando la grandezza che la legge n. 108/96 richiede di verificare, ossia che il costo effettivo applicato al contratto non sia superiore al tasso soglia – grandezza che questo metodo non misura, e non è in grado di misurare – ma una grandezza diversa (incidenza della mora su una rata a piacere), del tutto irrilevante ai fini della legge n. 108/96.

Allargando per un momento l'analisi all'apertura di credito in c/c e alle altre operazioni a utilizzo flessibile, in cui la verifica deve farsi, seguendo le Istruzioni di Banca d'Italia e parte della giur. di legittimità (cfr. Cass. 18.1.2019 n. 1464, in motivazione) trimestre per trimestre – anziché *una tantum* al momento della conclusione del contratto, come è invece previsto per il mutuo – si deve dire che è invece possibile che esistano nel caso dell'apertura di credito alcuni trimestri in usura e altri no, con conseguente limitazione ai primi degli effetti dell'art. 1815 cpv. c.c..

2.4.2. Secondo parte della giur. di legittimità, il superamento della soglia d'usura potrebbe essere verificato tramite il raffronto diretto e isolato del tasso semplice di mora con il tasso soglia, nel senso che, se il tasso convenzionale di mora (TM) risulti superiore al tasso soglia (TS), a ciò seguirebbe la nullità della clausola contrattuale o la sua riduzione nei limiti di legge.

Cfr. Cass. 30.10.2018 n. 27442, secondo cui “in presenza di un patto con il quale si convengano interessi convenzionali moratori ad un tasso superiore, alla data della stipula, rispetto a quello di cui all'art. 2 l. 7 marzo 1996 n. 108, la nullità della relativa clausola comporta l'attribuzione al danneggiato degli interessi commisurati al tasso legale”.

Nel senso della nullità della clausola, a quanto è dato comprendere, dei soli interessi di mora e ai sensi dell'art. 1815 cpv. c.c. appare orientata anche Cass. 17.10.2019 n. 26286 secondo cui anche gli interessi convenzionali di mora, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti all'applicazione della normativa antiusura, con la conseguenza che, laddove la loro misura oltrepassi il "tasso soglia" previsto dall'articolo 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108, si configura la cosiddetta usura "oggettiva" che determina la nullità della clausola ai sensi dell'articolo 1815, 2° comma, c.c..

Ritiene lo scrivente che quest'indirizzo non possa essere seguito perché è evidentemente in conflitto con il precedente di Cass. sez. un. 19.10.2017 n. 24675. Questa sentenza, negando la possibilità di configurare la rilevanza dell'usura sopravvenuta, anche soltanto a fini civili e per effetti diversi da quelli dell'art. 1815 cpv. c.c., ha lucidamente osservato che è “impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.” e del meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono sempre usurari previsto dalle altre disposizioni della legge n. 108. L'adozione della metodologia di rilevazione del tasso medio (art. 2 comma 2 legge n. 108), da cui si ricava il “limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art. 2 comma 4 legge n. 108/96), è dunque imprescindibile e richiede di considerare i costi collegati all'erogazione del credito unitariamente e nella globalità, non consentendo all'interprete di isolare una voce di costo (il tasso semplice di mora) per raffrontarla a una grandezza eterogenea in quanto espressa da un “tasso effettivo in ragione d'anno” (ossia composto) e globale, quale è il TAEG (o TIR).

Il raffronto diretto tra tasso semplice di mora e tasso soglia non è nemmeno possibile, o accettabile, come verifica semplificata, per ragioni di praticità, del più complesso confronto richiesto dalla legge n. 108, richiedente il confronto tra il tasso soglia e il TEG dell'operazione creditizia, poiché l'aggregato dei costi collegati all'erogazione del credito, previsti e prevedibili nello sviluppo del piano di ammortamento – e specificamente la maturazione di interessi corrispettivi sul capitale a scadere e della mora sulle rate scadute – comporta necessariamente la diluizione del peso percentuale della mora. Si ha evidenza matematica di ciò considerando che nel caso di specie, dato un tasso semplice di mora pari al 6,92% sulle prime due rate e dell'8,23% sulle rate successive, il C.T.U.

ha verificato che, nello scenario peggiore per il mutuatario (c.d. *worst case*), il TEG dell'operazione è compreso nell'intervallo tra il 5,918% alla seconda rata e il 6,859% alla 360^a rata e quindi risulta in ogni scenario possibile inferiore al tasso semplice di mora e altresì inferiore al tasso soglia di usura.

È quindi non decisivo, ai fini della qualificazione del contratto e-o della clausola come “usurari”, che il tasso semplice di mora alla data della convenzione sia superiore al tasso soglia previsto dalla legge n. 108, poiché “è impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario” fuori dalla metodologia prevista dalla legge n. 108 (Cass. sez. un. 19.10.2017 n. 24675) e un raffronto effettuato secondo una metodologia differente “non può che essere in principio viziato” (Cass. 22.6.2016 n. 12965). L'impossibilità di qualificare il solo tasso di mora superiore al tasso soglia come “usurario” non toglie che, eventualmente, la clausola che prevede un interesse moratorio superiore al tasso soglia possa essere eventualmente qualificata come penale “manifestamente eccessiva” per gli effetti dell'art. 1384 c.c. o dell'art. 33 lett. f) cod. consumo.

2.4.3. Come non è consentito il raffronto al tasso soglia del tasso semplice di mora, così è inammissibile la sommatoria dei “tassi” di interesse, corrispettivo e moratorio.

La perizia di parte attrice pretende di considerare, come “tasso complessivo”, “il tasso che si viene a generare dalla sommatoria degli interessi corrispettivi e moratori a seguito di ritardato pagamento. Tale definizione è sostenuta dalla proiezione contabile dell'analisi semantica di ciò che è scritto, e quindi pattuito, contrattualmente” e giustifica la pretesa di sommare tra loro i tassi di interesse, corrispettivo e moratorio, sulla considerazione che l'applicazione della mora sulla rata scaduta “produce ulteriori interessi a pagare che vanno ad aggiungersi a quelli già previsti dal piano di ammortamento per l'importo del finanziamento erogato”.

La tesi è manifestamente infondata.

La sommatoria dei tassi postula che il tasso corrispettivo e il tasso di mora siano applicati:

- all'intero capitale;
- nello stesso periodo di tempo;
- in modo cumulativo.

Solo al verificarsi di tutte queste condizioni potrebbe infatti ammettersi che il tasso effettivo del contratto di finanziamento corrisponda o sia non inferiore alla sommatoria dei due tassi. La stessa struttura del contratto di mutuo, in generale e nel caso particolare, impedisce tuttavia che si verifichi questa sommatoria.

Il tasso corrispettivo si applica solo sul capitale a scadere, visto che la causa dell'interesse-frutto civile consiste nel diritto del mutuatario a godere della somma secondo il piano di rimborso graduale (art. 820 e 1815 c.c.). Viceversa, il tasso di mora non può mai applicarsi al debito per il quale non è ancora decorso il termine di esigibilità, perché per definizione finché il termine pende non si dà mora (arg. ex art. 1219 n. 3 c.c.). Egualmente, sulle rate che vengono man mano a scadenza non spetta e non può competere altro che l'interesse moratorio, perché la funzione dell'interesse-frutto

civile si esaurisce nel momento in cui il mutuatario è obbligato a restituire il capitale (art. 820 c.c.).

Quest'affermazione, vera in generale, è vera anche a termini di contratto, poiché l'art. 5 (doc. cit.) prevede che "ogni somma dovuta [...] e non pagata, sia essa relativa al capitale, come agli interessi, spese ed accessori tutti, produrrà di pieno diritto a favore della banca interessi di mora ecc." (seguono le modalità di calcolo), mentre l'art. 3 prevede "il pagamento di numero 360 rate mensili posticipate e consecutive di capitale, interessi secondo le condizioni stabilite nel successivo art. 4 e oneri", le quali 360 rate mensili corrispondono alla durata del piano di ammortamento. È quindi evidente che l'interesse corrispettivo è compreso e liquidato nella sola rata del piano di rimborso e cessa di maturare dopo che la rata è venuta a scadere.

Ai sensi dell'art. 5 l'interesse moratorio matura su "ogni somma dovuta [...] e non pagata", compreso l'interesse corrispettivo. Si tratta di una forma di anatocismo consentita all'epoca della conclusione del contratto (vedi art. 3 delibera CICR 9.2.2000) e non comporta che il costo dell'operazione creditizia sia pari alla somma dei tassi moratori e corrispettivi, visto che il tasso di mora si applica sul solo interesse corrispettivo già scaduto.

L'esempio del perito (vedi sopra) non smentisce questa ricostruzione. Osserva il perito che "qualora la prima rata del piano d'ammortamento originario fosse pagata in ritardo di 29 giorni si genererebbe un costo maggiore ed ulteriore [...] producendo così un costo complessivo del finanziamento in oggetto più alto. In pratica si genera un secondo interesse corrispettivo ultroneo ecc."

A parte l'ovvietà che il ritardo nel pagamento aumenta il debito per interessi, dall'esempio non è dato ricavare che il tasso di interesse applicabile, su un debito di € 155.000 (capitale iniziale) sia pari all'11,84% pari alla somma dei tassi semplici. Si ricava anzi esattamente il contrario. Nel mese di maturazione della rata di ammortamento, il tasso corrispettivo del 4,92% ha prodotto interessi per € 635,50⁴⁶, mentre il tasso di mora, pur se nominalmente superiore (6,92%), nei successivi ipotetici 29 giorni di ritardo ha prodotto un minimale (€ 4,53)⁴⁷ incremento del debito per interessi, essendo calcolato sulla sola prima rata scaduta, pari a 824,51.

In definitiva, il mutuatario è tenuto a pagare, periodo per periodo, o il tasso corrispettivo (sul capitale a scadere) o il tasso di mora (sulla rata scaduta), mentre non può pagare nel medesimo periodo di tempo sullo stesso debito principale un tasso pari alla sommatoria dei due tassi. Resta con ciò escluso che possa determinarsi il TEG contrattuale ai fini della verifica di usura in misura non inferiore alla somma dei tassi semplici, corrispettivo e di mora.

La riprova matematica di quest'affermazione si ha considerando, ancora una volta, la C.T.U. che, applicando l'interesse di mora alle rate progressivamente scadute e non pagate e prevedendo il pagamento in unica soluzione di tutte le rate a chiusura del contratto, ha stabilito che il TEG

⁴⁶ $155.000 * 0,0492/12$.

⁴⁷ $824,51 * 0,0692*29/365$.

dell'operazione è compreso nell'intervallo tra il 5,918% alla seconda rata e il 6,859% alla 360^a rata e quindi risulta in ogni scenario possibile inferiore alla sommatoria del tasso corrispettivo e moratorio.

Questione affatto diversa – ancorché talvolta confusa con la sommatoria dei tassi semplici – è la necessità di aggregare ai fini della determinazione del TEG tutte le somme dovute a titolo di interessi corrispettivi e di interessi moratori, la quale risponde al principio di onnicomprensività stabilito dall'art. 2 comma 1 della legge n. 108 e che nondimeno esige il rispetto della metodologia indicata dalla legge e utilizzata nelle istruzioni di Banca d'Italia, ossia il TIR, e non consente di utilizzare metodi empirici differenti, non compatibili col dato normativo e non validati scientificamente, come quelli esaminati sopra.

In senso contrario alla sommatoria dei tassi, vedi in ogni caso Trib. Brescia 16.1.2014 e 23.1.2014; Trib. Milano 28.1.2014; Trib. Napoli 18.4.2014; Trib. Verona 30.4.2014; Trib. Roma 3-16.9.2014 (ord.); Trib. Ascoli Piceno 15.12.2014; Trib. Padova 10.3.2015.

2.4.4. Parte della giur. di legittimità, segnatamente la cit. Cass. 17.10.2019 n. 26286, opina necessario individuare il tasso soglia degli interessi di mora sommando al tasso soglia degli interessi corrispettivi il valore medio degli interessi (2,1%) di mora rilevato dalla Banca d'Italia.

La conclusione non può essere condivisa, perché incompatibile, ancora una volta, con il dato normativo dell'art. 2 comma 1 della legge n. 108 che prescrive che il tasso medio sia, oltre che “effettivo in ragione d'anno”, anche onnicomprensivo. Per conseguenza, anche il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (comma 4), derivato aritmeticamente dal tasso medio, non può che essere onnicomprensivo e comprendere tutti i costi del credito. Visto che gli interessi di mora sono, come ripete da sempre la S.C., collegati all'erogazione del credito perché condividono la stessa natura dei corrispettivi (punto messo a fuoco da Cass. 27442/18) non è possibile stabilire due diverse soglie di usura: una per i debitori adempienti, l'altra per gli inadempienti: o il costo complessivo del credito è tollerabile (inferiore al limite) oppure è eccessivamente oneroso (sopra il limite), indipendentemente dal fatto che il debitore paghi regolarmente oppure no.

2.5. In definitiva, l'unico metodo conosciuto, matematicamente corretto, che consenta di applicare la metodologia del TAEG, come richiede l'art. 2 della legge n. 108, e di considerare ex ante il peso degli interessi di mora perché semplicemente “promessi”, ancorché di incerta verifica (se, quando e in quale misura), come richiedono l'art. 1 d.l. 394/00 e Cass. sez. un. 24675/17, è il c.d. *worst case scenario*, che postula il necessario rispetto del tasso soglia di usura sia nello scenario del fisiologico rispetto del piano di ammortamento del mutuo, sia in ogni altro scenario possibile a termini di contratto, ma ipotetico, nel quale si verifichi, a una o più scadenze, il mancato pagamento della rata con conseguente maturazione di mora.

Gli scenari possibili e ipotetici sono evidentemente in numero infinito, ma si osserva in dottrina e nella poca giur. edita sul punto (cfr. Trib. Udine 26.9.2014 in *Danno e responsabilità* 2015, pag. 522), che l'interprete non ha necessità di ricostruire ogni possibile scenario, poiché è a tale fine

sufficiente verificare il rispetto (o mancato rispetto) del tasso soglia nello scenario peggiore (*worst case*). Per la costruzione del *worst case*, devono considerarsi: 1) la sistematica omissione del pagamento a scadenza di tutte le rate, con conseguente maturazione della mora; la base di calcolo degli interessi moratori cresce nel tempo, mano a mano che rate successive vengono a scadenza senza essere pagate; 2) il sistematico pagamento della mora periodicamente maturata sulle rate scadute, atteso che l'interesse moratorio non può essere a sua volta capitalizzato (cfr. art. 3 delibera CICR 9.2.2000) e che la traslazione in avanti del momento del pagamento diluisce il valore attualizzato a t_0 ; 3) infine, il rimborso, a chiusura dell'operazione, di tutte le rate scadute alla scadenza prevista del piano di ammortamento; a voler considerare la possibilità di un'estinzione anticipata, dovrebbe considerarsi il pagamento a quella data, oltre che delle rate scadute, anche dell'eventuale capitale ancora a scadere; 4) il calcolo delle quote interessi e della mora, nel caso di variabilità del tasso, deve farsi secondo i valori che il parametro assume alla data di conclusione del contratto, atteso che l'art. 1 del d.l. 394/00 non consente altra possibile soluzione.

L'adozione di questo metodo di verifica del rispetto del tasso soglia comporta peraltro, in coerenza con la pluralità di scenari possibili, che l'operazione finanziaria non esprima un unico TEG, ma un tasso: 1) crescente, in ragione della periodica maturazione e pagamento di interessi di mora sulle rate non adempite; 2) tendente a un limite (e pertanto la crescita non è indefinita) in ragione del fatto che la base di calcolo della mora è finita, essendo rappresentata dalla somma delle rate previste nel piano di ammortamento, e che la mora maturata a sua volta non concorre a generare nuova mora. Sul *worst case* vedi C.T.U. pag. 22 e ss..

Nel caso di specie, il C.T.U. ha verificato che, anche nello scenario peggiore, il TEG dell'operazione è compreso nell'intervallo tra il 5,918% alla seconda rata e il 6,859% alla 360^a rata e quindi risulta in ogni scenario possibile inferiore al tasso soglia fissato al 7,715%. La domanda deve pertanto respingersi.

2.6. Messa a fuoco l'interpretazione delle norme, poche battute appaiono, a questo punto, necessarie per confutare le metodologie di calcolo adottate nella perizia di parte attrice.

2.6.1. Il perito considera a pag. 19 ss. uno scenario da lui definito "tasso effettivo di mora", per calcolare il quale "è necessario calcolare l'importo dovuto in Euro secondo il Tasso di Mora applicato all'importo della rata scaduta per i giorni di ritardo e verificare a quanto corrisponda in termini percentuali l'importo così ottenuto sulla quota di capitale della rata. Il risultato di questa operazione determina il Tasso Effettivo di Mora [TEMO] secondo la seguente equazione" (pag. 21):

$$T.E.M.O = \frac{(mora + oneri) \cdot 36500}{quotaCapitale \cdot ggMora}$$

In buona sostanza, come ben spiega la perizia nel prosieguo, il TEMO postula una verifica sulla singola rata, considerando al numeratore la mora (e altri oneri) applicabili al caso di ritardo e al denominatore la frazione di

capitale che produce interessi moratori, ossia il capitale scaduto, per il numero dei giorni di ipotetico ritardo (nel caso di specie, ipotizzato in 29 giorni). In questa valutazione, il perito considera anche la portata dell'art. 5 del contratto, secondo cui "ogni somma dovuta dal mutuatario per qualsiasi titolo in dipendenza del presente contratto [...] e non pagata produrrà di pieno diritto dal giorno della scadenza e senza bisogno di costituzione in mora, interessi moratori a carico della parte mutuataria ed a favore della Banca interessi di mora ecc.". In definitiva, ritiene il perito doversi calcolare nella mora (al numeratore della frazione) tutta la mora prodotta sulla rata scaduta, dipendano essi da un debito capitale o da un debito per interessi corrispettivi. Questo calcolo comporta, sulla prima rata, un preteso TEMO del 30,187% in violazione della soglia di usura del 7,715%.

Il metodo è inaccettabile, perché comporta una verifica su una singola rata a piacere in patente violazione del principio di onnicomprensività (§ 2.4.1.) e considerando, nell'insieme dei costi, una specifica voce ed essa sola (tasso di mora), di nuovo in patente violazione dello stesso principio.

2.6.2. Il perito considera la sommatoria dei tassi, che è nondimeno inammissibile per le considerazioni già anticipate, anche con riguardo alla perizia all'odierno esame, sub § 2.4.3..

3. Il capitolato allegato al contratto di mutuo (doc. 1 conv.), al paragrafo "estinzione o riduzione anticipata", prevede che "il mutuatario potrà estinguere anticipatamente il debito in tutto o in parte, purché: abbia ottenuto l'integrale erogazione del mutuo; non sia inadempiente nei confronti della Banca riguardo agli obblighi dipendenti dal contratto e dal presente capitolato, in particolare per quanto riguarda il pagamento di ogni somma dovuta alla Banca in dipendenza del mutuo [...]".

Unitamente al capitale e agli interessi maturati sul capitale da rimborsare, il mutuatario deve corrispondere alla banca un compenso onnicomprensivo così determinato: - estinzione/riduzione entro la 60esima rata: 3% del capitale anticipatamente restituito + euro 9,60 per ogni rata mancante alla scadenza naturale del contratto; - estinzione/riduzione dalla 61esima rata: 1% del capitale anticipatamente restituito + euro 9,60 per ogni rata mancante alla scadenza naturale del contratto; - estinzione/riduzione oltre la 180esima rata: 0% del capitale anticipatamente restituito + euro 9,60 per ogni rata mancante alla scadenza naturale del contratto.

All'art. 1 del contratto, la parte mutuataria, "pur essendo legittimata ad estinguere anticipatamente in tutto o in parte il proprio debito, peraltro dichiara che non estinguerà in via anticipata il presente contratto, prima che siano decorsi 18 (diciotto) mesi più un giorno dalla data di erogazione; e ciò al fine di poter beneficiare del trattamento fiscale di cui all'articolo 15 del D.P.R. n. 601/1973".

Le questioni sono:

- quale sia la qualificazione giuridica di questa commissione;
- se tale costo sia collegato all'erogazione del credito ai fini dell'art. 644 c.p.;

Il tenore letterale del contratto (art. 1 e capitolato) indica che al mutuatario è stata attribuita facoltà di recedere dal contratto anticipatamente, tramite rimborso in tutto o in parte del capitale ancora in godimento, per il quale cioè non sia scaduto il termine di rimborso previsto nel piano di ammortamento. Tra le altre condizioni, per l'esercizio della facoltà di recesso, è previsto il pagamento della commissione onnicomprensiva, che ha la lata funzione di ristorare indirettamente la banca delle remunerazioni contrattuali perdute per effetto dell'anticipato rimborso. Peraltro, è evidente che l'obbligazione di corrispondere tale commissione in tanto viene a esistenza in quanto il mutuatario dichiara, facendo "richiesta scritta con preavviso di almeno 90 giorni", di voler recedere dal contratto e di fatto eserciti tale diritto potestativo, corrispondendo le somme necessarie, compresa la commissione. Giuridicamente, tale commissione si qualifica come multa penitenziale (art. 1373 c.c.; cfr. in precedenza Trib. Torino 13.9.2017 su *dirittobancario*).

Malgrado tale commissione abbia la funzione di ristorare indirettamente la banca delle remunerazioni contrattuali perdute per effetto dell'anticipato rimborso, ritiene lo scrivente che essa non possa ritenersi "costo collegato all'erogazione del credito" perché: 1) tale debito viene a esistenza solo se il mutuatario eserciti il diritto potestativo di recedere dal contratto; 2) tale atto di esercizio costituisce espressione di autonomia negoziale su cui la banca non può interferire; 3) a sua volta, la banca non ha alcun potere o facoltà di anticipare la chiusura dell'operazione per maturare il diritto al pagamento di una penale di estinzione poiché il contratto non la prevede.

A riprova dell'estraneità delle "penali" di estinzione anticipata ai costi previsti per l'erogazione del credito cfr. le Istruzioni di Banca d'Italia sub § C4 ("Le penali a carico del cliente previste in caso di estinzione anticipata del rapporto, laddove consentite, sono da ritenersi meramente eventuali, e quindi non vanno aggiunte alle spese di chiusura della pratica").

In definitiva, non può affermarsi il superamento della soglia d'usura per effetto della pattuizione della commissione di estinzione anticipata, poiché il costo non può ritenersi collegato all'erogazione del credito.

Deve peraltro aggiungersi che il mutuatario non ha mai esercitato la facoltà di recesso dal contratto e pertanto mai si sono verificate le condizioni perché l'obbligo di corrispondere la commissione venisse a esistenza.

4. Infine, in citazione (pag. 6), gli attori deducono, sempre richiamandosi alla perizia di parte, che l'ISC dichiarato nel contratto (6,770%) è inferiore all'ISC verificato (6,773%), ma la doglianza è manifestamente infondata visto che il TAEG/ISC al tempo della conclusione del contratto doveva essere calcolato su otto decimali ed espresso tramite due soli decimali (art. 2 D.M. Tesoro 8.7.1992), con plausibile arrotondamento all'intero più vicino.

Il rilievo è assorbente ed esime, secondo il criterio della ragione più liquida, dal confutare la perizia rilevando l'estraneità al TAEG/ISC di una parte dei costi considerati dal perito (pag. 13) quali le spese di restrizione e

accollo del mutuo, e dall'esaminare le implicazioni dell'eventuale difformità tra il TAEG dichiarato e quello applicato.

5. In conclusione, l'opposizione deve respingersi. Le spese di C.T.U., comprese quelle della C.T.U. già liquidata in corso di causa, seguono la soccombenza e si liquidano per gli onorari sulla media dello scaglione. Non sussistono le condizioni per pronunciare condanna alle spese per temerarietà della lite poiché il comportamento degli attori non denuncia uno specifico dolo o colpa grave nell'azione.

PQM

Il Giudice, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria domanda istanza eccezione:

rigetta tutte le domande degli attori e li condanna a rifondere alla convenuta le spese di lite che liquida d'ufficio in € 13.430,00 per onorari, oltre rimborso spese generali 15%, CPA come per legge e IVA se indetraibile.

Torino, 5 febbraio 2020

Il Giudice

(dott. Enrico Astuni)