

COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO E USURA.
RIFLESSIONI A MARGINE DI CASSAZIONE 20 GIUGNO 2018, N. 16303

Alessandro Purpura *

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il *casus decisis* – 3. La commissione di massimo scoperto: giustificazione causale e modalità di applicazione – 4. L'evoluzione normativa – 5. Rapporti con l'usura. La questione della natura della norma: il contrasto tra la tesi c.d. "inclusiva" e quella c.d. "escludente" – 6. La soluzione della "comparazione separata", il principio di simmetria e la compensazione tra "eccedenza" e "margine" – 7. Usura e mora – 8. Conclusioni.

1. – Sul tema dei rapporti tra i contratti bancari e l'usura le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 16303 del 20 giugno 2018¹ varcano il significativo traguardo della risoluzione della *vexata questio* del rilievo – o meno – della commissione di massimo scoperto ai fini della verifica del superamento del tasso soglia di usura.

L'approdo giurisprudenziale, riferibile ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legge n. 185 del 2008, convertito nella legge n. 2 del 2009, prende le mosse dalla portata innovativa delle norme introdotte dai richiamati interventi legislativi e dalla loro conseguente inapplicabilità al pregresso. Ciò, tuttavia, non risulta sufficiente a escludere la commissione dal computo del tasso soglia di usura. A

* Dottorando di ricerca in *Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa*, presso l'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Per il testo completo della sentenza Cass. civ., s.u., 20 giugno 2018, n. 16303, tratta dal sito www.cortedicassazione.it, v. www.giureta.unipa.it/Cassazione_16303_2018.pdf.

Per un commento della sentenza, v. R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, in *Il caso*, www.ilcaso.it; A. Zurlo, *La rilevanza (irretroattiva) della commissione di massimo scoperto nella verifica dell'usura*, in *Diritto del risparmio*, www.dirittodelrisparmio.it.



pacificazione del contrasto tra la tesi “escludente” e la contrapposta opzione ermeneutica “inclusiva”, la Corte accoglie una soluzione mediana, asserendo che le commissioni di massimo scoperto devono essere oggetto di una comparazione separata rispetto a quella riguardante il tasso effettivo globale di interesse (TEG).

La decisione trae fondamento dall'evidente disomogeneità di grandezze tra la commissione, calcolata in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento e il tasso di interesse praticato in concreto, che induce, quindi, a raffrontare la prima con un apposito tasso soglia per le commissioni, c.d. “CMS soglia”, ottenuta dall'aumento della media delle commissioni sino alla metà del loro valore, indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996.

Per i giudici di legittimità, tuttavia, l'eventuale eccedenza della commissione in concreto applicata sulla “CMS soglia” non basta a desumerne l'usurarietà, potendo essere compensata dal “margine” corrispondente alla differenza tra il tasso soglia di usura e il tasso d'interesse praticato in concreto. Per il caso in cui la commissione superi il relativo limite ma gli interessi si attestino sotto soglia, la Corte rileva che “*qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla “CMS soglia” sia inferiore a tale “margine” è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge*”².

In altre parole, la comparazione tra la commissione di massimo scoperto applicata dalla banca e il limite consentito, ancorché separata dal raffronto tra il tasso di interesse praticato e il tasso soglia di usura, deve essere con esso coordinata, rendendosi necessario “*realizzare una comparazione piena, sotto tutti gli aspetti rilevanti secondo la legge delle condizioni praticate in concreto con quelle previste quale soglia dell'usura*”³.

Rimandando al prosieguo della trattazione l'analisi delle questioni affrontate dalla sentenza in esame, preme fin d'ora segnalare che il richiamo a una comparazione “piena”, cui è sottesa una valutazione complessiva di tutti gli oneri economici praticati dall'istituto di credito, rappresenta il tentativo della Cassazione di conciliare gli opposti interessi in gioco: la tutela del cliente, *ratio* ispiratrice della normativa anti-usura, volta a contenere gli oneri economici imposti dalle banche, e – in antitesi – l'esigenza di evitare un più agevo-

² Cass. civ., s.u., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., punto 6.4.3.

³ Cass. civ., s.u., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., punto 6.4.3.

le raggiungimento della soglia consentita, conseguente alla considerazione onnicomprensiva di tutti gli oneri economici imposti al cliente, ancorché tra loro asimmetrici, entro il tasso di usura.

2. – Con decreto di non ammissione al passivo fallimentare, il giudice delegato del Tribunale di Napoli, in assenza di un'adeguata prova, aveva escluso la richiesta da parte di una banca, in qualità di mandataria, di insinuarsi allo stato passivo del fallimento di un cliente del mandante, per saldo negativo di un conto corrente al 31 marzo 2008, oltre interessi.

La successiva opposizione ai sensi dell'art. 98 l. fall. allo stato passivo da parte dell'istituto di credito era stata rigettata dal Tribunale di Napoli, che – pur ritenendo opponibile la documentazione prodotta – aveva dichiarato insussistente una parte del credito ⁴ per aver riscontrato un sistematico superamento del tasso soglia di usura. Il Tribunale includeva nel conteggio la commissione di massimo scoperto, sulla scorta della giurisprudenza penale di legittimità, e qualificava come norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. il disposto dell'art. 2 *bis* d.l. 185/2008, introdotto dalla l. conv. 2/2009.

La banca e la sua mandante hanno, pertanto, proposto distinti ricorsi per cassazione, che la Prima Sezione civile con ordinanza interlocutoria 20 giugno 2017, n. 15188 ha assegnato alle Sezioni Unite, rilevando l'esistenza di un contrasto tra la sua giurisprudenza e quella della Seconda Sezione penale della stessa Corte sulla incidenza delle commissioni di massimo scoperto ai fini dell'esubero del tasso soglia dell'usura di cui all'art. 644 c.p. ⁵.

I due ricorsi, la cui sostanziale identità di contenuto ne ha consentito un'unica trattazione, erano stati articolati in tre motivi di censura, dei quali soltanto il terzo, relativo alla questione oggetto di contrasto giurisprudenziale, è stato accolto dalla Corte ⁶.

⁴ L'altra parte del credito era ritenuta insussistente per esclusione dal calcolo, per difetto di documentazione delle operazioni di addebito e di accredito derivanti dal conto anticipi su fatture connesso al conto corrente, fatta eccezione per gli accrediti recanti la causale "quota non anticipata".

⁵ Si veda Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2017, n. 15188, in *Persona e mercato*, www.personaemercato.it, con nota di F. Sartoris, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione sulla rilevanza usuraria della commissione di massimo scoperto*, e in *Giust. civ.*, www.giustiziacivile.it, con nota di A. Cilento, *La rilevanza usuraria della commissione di massimo scoperto*.

⁶ Con il primo e il secondo motivo di censura le ricorrenti lamentavano che il giudice di prime cure si era pronunciato su eccezioni formulate tardivamente dalla curatela e non rilevabili d'ufficio e che aveva ommesso l'esame di un'eccezione di inammissibilità di deduzioni difensive avversarie. La

Con il terzo motivo, in particolare, le ricorrenti sostenevano l'esclusione della commissione di massimo scoperto dalla rilevazione del tasso effettivo globale medio (TEGM) per il periodo nel quale rientrava interamente il rapporto dedotto in giudizio, chiusosi nel marzo 2008⁷. A fondamento di ciò adducevano le "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge di usura", emanate dalla Banca di Italia il 30 settembre 1996 e confermate fino al termine del 31 dicembre 2009, che disponevano che la considerazione di tali oneri economici avesse rilievo autonomo rispetto al TEGM da indicare nei decreti ministeriali previsti dall'art. 2, comma 1, della legge 108/1996. Ad avviso delle ricorrenti, inoltre, se anche le commissioni fossero state prese in considerazione nei menzionati decreti, incidendo sul tasso soglia dell'usura, quest'ultimo sarebbe risultato più elevato e, pertanto, non sarebbe stato superato dagli oneri economici praticati in concreto.

3. – Soffermandosi sull'onere economico dei cui rapporti con l'usura si dibatte, la commissione di massimo scoperto⁸, prima degli accennati inter-

Corte, tuttavia, rigettava entrambi i motivi, essendo dovere del Tribunale verificare la fondatezza della pretesa creditoria nella sua totalità pronunciandosi su mere difese di parte, e non già su una eccezione in senso proprio, introduttiva di nuovi elementi di fatto nel giudizio. Nel disattendere una eccezione di inammissibilità di una deduzione difensiva avversaria, d'altronde, non potrebbe configurarsi un vizio di omesso esame di un fatto ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

⁷ Per le ricorrenti, infatti, soltanto a seguito dell'intervento normativo del 2008 il legislatore aveva disciplinato il conteggio della commissione di massimo scoperto ai fini della valutazione di usurarietà.

⁸ Per una disamina delle problematiche concernenti la commissione di massimo scoperto, con particolare attenzione ai suoi rapporti con l'usura, tra gli altri, v. M. Tatarano, *La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici*, Napoli, 2004, *passim*; P. Ferro Luzzi, *Ci risiamo (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, 671 s.; F. De Poli, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 351 s.; M. Cian, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2 bis l. n. 2/2009 e della l. n. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento e usura*, in *Banca borsa*, 2010, I, 182 s.; P. Dagna, B. Inzitari, *Commissioni e spese nei contratti bancari*, Padova, 2010, 6 ss.; F. Maimeri, *La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge*, Bari, 2010, *passim*; A. Dolmetta, *Alcuni temi recenti sulla "commissione di massimo scoperto"*, in *Banca borsa*, 2010, I, 166 s.; M. Porzio, *La commissione di massimo scoperto e le mutazioni della legislazione bancaria*, in *Dir. banc.*, 2010, 4, I, 595 s.; A. Stilo, *La commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al cd. "decreto salva Italia"*, in *Contr.*, 2012, 75 s.; C.M. De Iuliis, *"Il costo del maggior rischio". A proposito dell'art. 117 bis T.U.B.*, in *Contr. impr.*, 2013, 620 ss.

Più recentemente, G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, U. Salanitro, *Gli interessi usurari*.

venti legislativi del 2008, risultava sprovvista di una apposita definizione normativa, nonostante fosse diffusamente applicata dalla tecnica bancaria nei contratti di apertura di credito.

Essa era inizialmente calcolata sulla somma messa a disposizione del cliente, ma non utilizzata, essendo stata introdotta con la funzione di remunerare l'onere delle banche di mettere a disposizione un fido concordato, quale somma ulteriore rispetto agli interessi. In caso di affidamento, la commissione di massimo scoperto era computata, quindi, sulla parte di fido non utilizzata, come remunerazione per l'affidamento, costituendo gli interessi – d'altro canto – la remunerazione per la parte di fido utilizzata.

Con il tempo, tuttavia, la prassi bancaria veicolò una diversa modalità di calcolo dell'onere economico in esame, che non prendeva più in considerazione la parte di fido non utilizzata, ma il massimo scoperto registrato sul conto in un determinato arco temporale a prescindere dalla durata della scoperta. Ne conseguiva una rivalutazione della giustificazione causale della commissione, qualificabile orbene come remunerazione per l'inaspettato picco di utilizzo, piuttosto che per l'affidamento. Il picco di utilizzo, sul quale la commissione è calcolata, d'altronde, rappresenta la punta di rischio che la banca assume. La commissione diveniva, dunque, la remunerazione dovuta alla banca quale corrispettivo del maggior rischio che l'istituto di credito intende accollarsi quando presta denaro⁹.

In tal senso si orientavano le richiamate Istruzioni della Banca di Italia per la rilevazione del TEGM, che individuavano nella commissione “*il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dovere sempre essere in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello*

Quattro voci su un tema controverso a cura di G. D'Amico, Torino, 2017, *passim*; R. Marcelli, *La commissione di massimo scoperto. Con l'endorsement della Cassazione civ. 12965/16 e 22269/16, il presidio all'usura viene ridotto ad una "farsa"*, in *Il caso*, www.ilcaso.it, 2017, n. 941; F. Pistelli, *Commissione di massimo scoperto e usura*, in *Persona e mercato*, 2016, 69 s.

⁹ Di tale avviso, V. Farina, *La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente*, in *Banca borsa*, 1999, 370; P. Ferro Luzzi, *Ci risiamo (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, cit., 673; M. Cian, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2 bis l. n. 2/2009 e della l. n. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento e usura*, cit., 187; F. De Poli, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura*, cit., 360, per il quale la commissione di massimo scoperto equivale al “*corrispettivo di un'utilità fornita all'accreditato*”, la cui esistenza è dubbia, consistendo nella duplicazione della remunerazione naturale (l'interesse delle somme utilizzate).

scoperto del conto”¹⁰. Ad avviso della autorità di vigilanza, tale compenso, applicato, di norma, allorché il saldo del cliente risultasse a debito per oltre un determinato numero di giorni, doveva computarsi “*sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento*”.

Nonostante le indicazioni provenienti dalle Istruzioni della Banca di Italia, tuttavia, sulla funzione assolta dalla commissione di massimo scoperto permaneva un'incertezza, acuita inoltre dalle censure rivolte dalla giurisprudenza di merito per una presunta indeterminatezza dell'oggetto o per una assenza di causa.

Sotto il primo profilo, la previsione generica di una clausola di addebito della commissione con indicazione del solo tasso periodico era dichiarata nulla, perché rendeva l'oggetto del contratto indeterminato in violazione dell'art. 1346 c.c., rendendo il correntista incapace di verificare il costo dell'operazione al momento della conclusione del contratto¹¹. In tal caso, le modalità applicative della commissione sarebbero state rimesse del tutto alla discrezionalità dell'istituto di credito¹², potendo il correntista verificare le

¹⁰ Si tratta di una definizione che compare per la prima volta nell'aggiornamento delle istruzioni del luglio del 2001. La stessa nozione è indirettamente richiamata, tuttavia, anche dalle istruzioni precedenti che prevedono che la commissione sia calcolata sull'ammontare del massimo scoperto.

¹¹ In tal senso, tra gli altri, Trib. Parma 23 marzo 2010, in *Il caso*, www.ilcaso.it; Trib. Biella 23 luglio 2009, in *Il caso*, www.ilcaso.it; Trib. Cassino 10 giugno 2008 n. 402 in *Guida dir.*, 2008, 39, 78; Trib. Genova 18 ottobre 2006, in *Foro Pad.*, 2007, 3-4, I, 493; Trib. Monza 12 dicembre 2005, in *Banca Borsa*, 2007, 2, II, 204.

Più recentemente, Trib. Lucca 30 settembre 2016, n. 1938, in *Diritto bancario.it*, www.diritto-bancario.it, che dichiara “*nulla la commissione di massimo scoperto per indeterminata o indeterminabilità dell'oggetto ex artt. 1346 e 1418 c.c. qualora non è stata oggetto di specifica pattuizione fra le parti che ne determini le modalità di calcolo e che contenga la specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla*”; Trib. Milano 22 luglio 2016, n. 9266, in *Giurisprudenza delle imprese*, www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Piacenza 12 aprile 2011, n. 309, in *Il caso*, www.ilcaso.it, secondo cui “*l'onere di della previsione contrattuale delle Cms deve essere valutato con particolare rigore, dovendosi esigere, se non una sua definizione contrattuale, per lo meno la specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla (percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito), in assenza dei quali non può nemmeno ravvisarsi un vero e proprio accordo delle parti su tale pattuizione accessoria*”.

¹² Nella prassi bancaria la base di calcolo della commissione era individuata prevalentemente nella massima esposizione debitoria raggiunta dal conto nel trimestre; a volte tuttavia gli istituti di credito applicavano l'onere economico sia sull'importo affidato, sia sul massimo saldo di scoperto; altre volte, invece, la commissione era computata sullo scoperto solo se la situazione debitoria si fosse protratta oltre un periodo predeterminato.

modalità operative dell'istituto soltanto attraverso l'analisi degli estratti conto, in violazione dell'art. 117, comma 4, TUB, che impone la forma scritta *ad substantiam* per ogni prezzo, condizione od onere praticati nei contratti bancari.

Per soddisfare, allora, la sufficiente precisione imposta dal canone di determinatezza si rendeva necessaria l'indicazione, oltre al tasso di interesse applicato, delle modalità di applicazione e di calcolo della commissione di massimo scoperto, affinché il cliente potesse essere edotto sin da subito delle condizioni praticate dalla banca.

Sotto l'altro versante di censure, relativo alla giustificazione causale della commissione, avendo posto la commissione in relazione causale con lo scoperto, e non con l'affidamento, sono state ritenute illegittime per assenza di causa le clausole volte ad addebitare al cliente il pagamento di una somma da calcolarsi sugli importi entro i limiti del fido. Una siffatta commissione di massimo scoperto si tradurrebbe in “*un ulteriore aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso d'interesse effettivamente applicato*”¹³, in “*un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti*”¹⁴, la cui nullità, determinata dall'assenza di una causa giustificativa, è rilevabile anche d'ufficio.

4. – Con l'art. 2 *bis* (“*Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari*”), del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2, il legislatore ha disciplinato per la prima volta la commissione di massimo scoperto, tra le misure urgenti volte a recare sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa, per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale. La disposizione normativa ha previsto la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto qualora il

¹³ Trib. Monza, 11 giugno 2007, n. 1967, in *Il caso*, www.ilcaso.it, nella quale si afferma che “*il fatto che la commissione di massimo scoperto venga di volta in volta determinata in termini percentuali facendo riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ovvero secondo una modalità di determinazione del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comporta un ulteriore aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso di interesse effettivamente applicato, con la conseguenza che la pattuizione della relativa clausola dovrà essere ritenuta nulla per mancanza di causa*”.

¹⁴ Trib. Milano, 4 luglio 2002, in *Foro pad.*, 2002, I, 422; e in *Banca borsa*, 2003, II, 452, con nota di B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*.

saldo del cliente fosse risultato a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni o a fronte di utilizzi in assenza di fido, nel caso di conto passivo non affidato o fuori dal fido. Può, pertanto, ritenersi valida la commissione calcolata per utilizzi di somme nei limiti dell'affidamento, purché il saldo del conto del cliente risulti a debito per un periodo continuativo uguale o maggiore a trenta giorni.

Il legislatore, ancorando la commissione all'utilizzato, e non alla messa a disposizione, si muove nel solco di quella originaria qualificazione di tale onere economico, in aggiunta agli interessi, come remunerazione per l'affidamento concesso dalla banca.

L'intervento normativo, oltre a non fornire una definizione della commissione, tace sulle modalità applicative della stessa, rimettendo nuovamente alla discrezionalità delle banche, ove non preventivamente concordata, la scelta della base di calcolo. Questa potrà essere individuata dalle banche o nel picco di massima esposizione debitoria o nella media dei saldi passivi o in relazione al saldo a debito giornaliero, permanendo un profilo di indeterminatezza dell'oggetto della clausola.

Per quanto concerne la commissione volta a remunerare la messa a disposizione dei fondi a prescindere dall'effettivo prelevamento, un'eccezione alla regola che ne prevede la nullità consiste nel considerarla ammissibile soltanto qualora sussistano alcune condizioni, individuate nella determinazione del corrispettivo in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto; nella redazione per iscritto del patto; nella specifica indicazione e rendicontazione al cliente con cadenza massima annuale del corrispettivo, indicando l'effettivo utilizzo di somme avvenuto nello stesso periodo; nell'esigenza di rinegoziare la commissione di affidamento a ogni scadenza, anche se l'apertura di credito a tempo determinato preveda un rinnovo tacito; ancora, nella facoltà di recesso per il cliente in ogni momento e nel contenimento della commissione entro la soglia dello 0,5 % trimestrale e, quindi, del 2 % annuale dell'importo totale dell'affidamento.

Tali accorgimenti, tuttavia, in considerazione dei margini di discrezionalità lasciati alla banca, non sempre riescono a soddisfare le programmate esigenze di tutela del cliente. Si è sostenuto che esigere che il corrispettivo sia predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e

alla durata dell'affidamento richiesto, può rivelarsi una proposizione priva di significato se non si chiarisce se la proporzionalità debba essere diretta o inversa in relazione all'entità e alla durata dell'affidamento¹⁵. Pur permanendo tale elemento di indeterminatezza, la predeterminazione del corrispettivo in relazione alla durata dell'affidamento inibisce, d'altro canto, alla banca il potere di modifica unilaterale degli oneri economici nei contratti a tempo determinato, applicandosi in favore del cliente l'art. 118 t.u.b.

Può, inoltre, osservarsi che la previsione della facoltà di recesso in qualunque momento, anche nell'apertura di credito a tempo determinato, costituisce una deroga alla disposizione normativa dell'art. 1845, comma 1, c.c. che consente il recesso prima della scadenza del termine solo per giusta causa. In presenza di una commissione di affidamento, allora, sarà possibile recedere mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza in quello di quindici giorni, ai sensi dell'art. 1845, comma 3, c.c.

In conclusione, l'intervento normativo del 2009, nel prevedere due commissioni, una sull'utilizzato, l'altra sull'affidato in presenza delle esposte condizioni, in luogo di un'unica commissione computata in prevalenza sul picco massimo di utilizzo di ciascun trimestre, ha lasciato disattese le esigenze di accrescimento di tutela in favore dei correntisti.

Il legislatore nel 2009 ha influito, altresì, sull'incidenza della commissione di massimo scoperto sul calcolo del tasso soglia usuraio. L'art. 2 *bis*, comma 2, ha previsto che tutti gli oneri economici – come la commissione – che prevedono per la banca un corrispettivo commisurato alla durata effettiva dell'utilizzazione dei fondi, rilevano ai fini dell'applicazione della normativa anti-usura e devono essere, pertanto, computati nel tasso soglia¹⁶.

¹⁵ Di tale avviso, M. Santise, *Coordinate ermeneutiche del diritto civile*, Torino, 2017, 490.

¹⁶ L'art. 2 *bis*, co. 2, del citato d.l. 185/2009 ha previsto che “*gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti da clausole comunque denominate, che prevedono una remunerazione a favore della banca, indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'art. 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni*”.

Con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con l. 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modifiche¹⁷, il legislatore è ulteriormente intervenuto sulla disciplina della commissione di massimo scoperto, introducendo nel *corpus* normativo del t.u.b. l'art. 117 *bis*¹⁸ e abrogando il comma 1 dell'art. 2 *bis*. Scompare, dunque, la commissione calcolata sull'utilizzato, in luogo della quale la banca potrà esigere soltanto gli interessi passivi relativi alle somme prelevate. Si prescinde, pertanto, dal reale utilizzo compiuto dal cliente. Permane, invece, la commissione onnicomprensiva di affidamento, proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento, il cui tetto massimo si conferma essere della misura dello 0,5 % trimestrale della commissione di affidamento.

Viene prevista, inoltre, la commissione di istruttoria veloce, quale ulteriore onere economico, che può prevedersi a carico del cliente, preteso in ipotesi di sconfinamento in assenza di fido o extra-fido e determinato in misura fissa, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi, in aggiunta agli interessi sull'ammontare dello sconfinamento¹⁹. Si tratta dunque di una prestazione re-

¹⁷ Si tratta dei due decreti legge del 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27, e del 24 marzo 2012, n. 29, convertito con l. 18 maggio 2012, n. 629.

¹⁸ L'art. 117 *bis* t.u.b., rubricato "Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti", prevede che "I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.

A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi comprese quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2°.

¹⁹ L'art. 1 *ter* della l. conv. 22 dicembre 2011, n. 214, ha escluso alle famiglie consumatrici l'applicazione della commissione di istruttoria veloce nel caso di sconfinamenti pari o inferiori a 500 euro, in assenza di affidamento ovvero oltre il limite di fido, purché si verificano una sola volta nel trimestre e per una durata non superiore a sette giorni consecutivi, per evitare di gravare con costi eccessivi dovuti a sconfinamenti episodici su conto corrente.

munerativa, gravante sul cliente, per l'attività della banca di accertamento del merito creditizio e degli eventuali rischi che essa sopporterebbe a seguito dell'ulteriore addebito. Ulteriori oneri o costi non previsti rispetto a quelli espressamente consentiti sono stati sanzionati dal comma 3 dell'art. 117 *bis* con la nullità della sola clausola difforme, e non dell'intero contratto, ai sensi del comma 1 dell'art. 1419 c.c.²⁰. L'intervento normativo del 2012 non ha inciso, invece, sulle novità introdotte dal comma 2 dell'art. 2 *bis*, della l. 2/2009 sul rilievo della commissione ai fini del calcolo del tasso soglia di usura.

Soffermandosi, da ultimo, sulla commissione di istruttoria veloce, non può tacersi che essa sia stata individuata come una sorta di "valvola di apertura" che servisse alle banche per accollare al cliente diversi oneri ad essa non sempre riconducibili²¹.

Le banche, infatti, hanno tentato per un verso di eludere i limiti posti dall'intervento normativo per recuperare il c.d. maggior rischio correlato al nuovo affidamento, giungendo talvolta ad aumentare di dieci punti percentuali il tasso di interesse annuo in caso di sconfinamento. Si è trattata di un'operazione, tuttavia, non consentita, in quanto in frode alla legge, essendo contraria allo spirito informatore della commissione di istruttoria veloce, funzionale a remunerare la sola valutazione bancaria del merito creditizio del cliente, e pertanto generando il medesimo risultato precluso dall'art. 117 *bis* t.u.b.

Un'ulteriore ipotesi di ricorso abusivo alla commissione d'istruttoria veloce è stato rinvenuto nella prassi bancaria di addebito di oneri economici a fronte di uno sconfinamento non rientrante tra le fattispecie preventivamente individuate dalla banca tra le procedure interne e senza che l'istruttoria sia stata realmente svolta. Esempio è l'ipotesi di sconfinamento avvenuto mediante l'emissione di assegni privi di copertura, nella cui eventualità siffatto onere economico è stato ritenuto indebito²².

²⁰ Alle stesse conseguenze si giunge nel caso di clausole dal contenuto difforme da quello previsto all'art. 117 *bis* t.u.b., o per la previsione di un importo maggiore o per la differente modalità applicativa. In tali ipotesi si prefigura la nullità della clausola difforme, senza possibilità di sostituzione automatica. Non opera, pertanto, il comma 2 dell'art. 1419 c.c.

²¹ S. Mazzamuto, *I contratti bancari: un'introduzione*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, XXVI ss. Sul punto si veda C. Robustella, *Gli sconfinamenti bancari, presupposti e finalità della commissione di istruttoria veloce*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 121 ss.; A.A. Dolmetta, *Art. 117 bis t.u.b.: regole e diritto transitorio*, in *Contratti*, 2012, 191 ss.

²² Sul punto, ABF Roma 16 maggio 2014, n. 3260, che ha accolto il ricorso contro un istituto di credito che aveva addebitato al cliente oneri economici non dovuti nell'ambito di un

L'evoluzione normativa fin qui condotta, prefiggendosi l'obiettivo di strutturandosi anche il mercato bancario in senso concorrenziale, depone per una maggiore responsabilizzazione degli istituti bancari, ai quali è preclusa una via di fuga per sottrarsi ai rischi connessi all'esercizio del credito, dovendosi piuttosto conformare anch'essi al libero mercato ²³.

5. – Superata l'incertezza riguardo al regime vigente con gli esposti interventi normativi, la spinosa questione dei rapporti tra la commissione in esame e l'usura può, dunque, circoscriversi al periodo anteriore all'entrata in vigore della menzionata disposizione normativa.

Il contrasto si è polarizzato attorno a una tesi c.d. "inclusiva", favorevole a includere la commissione nel calcolo del tasso soglia, e a una tesi c.d. "escludente", propensa a dimostrare perplessità riguardo all'interferenza della commissione in un siffatto computo ²⁴.

La prima opzione ermeneutica è stata sostenuta dalla giurisprudenza della Seconda Sezione penale della Corte di Cassazione²⁵ e, successivamente, dalla giurisprudenza civile di merito ²⁶.

Con la pronuncia del 19 febbraio 2010, n. 12028, la Seconda Sezione invocava, in primo luogo, il tenore letterale del comma 4 dell'art. 644 c.p., per il quale ai fini della determinazione del tasso di interesse usurario si tiene con-

contratto di conto corrente bancario in forza dei ripetuti sconfinamenti, ai quali tuttavia non era seguita l'istruttoria veloce, condizione imprescindibile per consentirne la remunerazione secondo il dato normativo.

²³ S. Mazzamuto, *I contratti bancari: un'introduzione*, cit., XXX.

²⁴ Per una ricostruzione del dibattito oggetto del contrasto, *ex multis*, R. Di Napoli, *L'usura nel contenzioso bancario*, Rimini, 2017, *passim*; P. Lisi, *L'usura bancaria*, in *I contratti bancari. Anatocismo, usura e altre problematiche*, Frosinone, 2015, *passim*. Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2017, n. 15188, cit.

²⁵ In tal senso, Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Dir. banc.*, 2010, I, 699, con nota di R. Marcelli, *Le commissioni di massimo scoperto e le soglie dell'usura. La Cassazione penale ridimensiona la Banca d'Italia*, e in *Foro it.*, 2010, II, 390, con nota di A. Di Landro, *La cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso d'interesse usurario: la l. 2/09, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo*; Cass. pen., sez. II, 14 maggio 2010, n. 28743, in *Foro eu.*, www.foroeuropeo.it; Cass. pen., sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, in *Il caso*, www.ilcaso.it; Cass. pen., sez. II, 3 luglio 2014, n. 28928, in *Delitto di usura*, www.delittodiusura.it.

²⁶ In tal senso, *ex multis*, Trib. Cagliari, 4 gennaio 2016, n. 6, in *Delitto di usura*, www.delittodiusura.it.

to delle commissioni, delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese – escluse imposte e tasse – collegate all'erogazione del credito. Tra tali oneri economici è da includere innegabilmente la commissione di massimo scoperto, intesa quale “*costo indiscutibilmente sopportato dal cliente per l'erogazione del credito*”, che ricorre ogniqualvolta il cliente utilizzi lo scoperto di conto corrente, e che costituisce il corrispettivo per l'onere sopportato dall'intermediario finanziario di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e di tenerla a disposizione del cliente.

A tale conclusione si sono accompagnate le perplessità manifestate dalla Corte in ordine alla esclusione dell'onere economico dalle rilevazioni del tasso soglia, sia da parte delle Istruzioni della Banca d'Italia, sia dei relativi decreti ministeriali, in cui si prevedeva che la commissione non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del TEG. Sul punto, la pronuncia del 19 dicembre 2011, n. 46669, qualifica le circolari e le Istruzioni della Banca d'Italia come improduttive di diritti ed obblighi per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza dell'autorità bancaria e, ove illegittime, come non efficaci e, altresì, inutilizzabili quale strumento interpretativo. La Corte riconosce, pertanto, come la materia penale sia dominata esclusivamente dalla legge e come la legittimità si verifichi solo mediante il confronto con il comma 4 dell'art. 644 c.p., norma di legge posta a disciplina della determinazione del tasso soglia di usura.

Ulteriore sostegno alla inclusione della commissione nel computo del tasso soglia si rinviene nella previsione, al comma 2 del menzionato art. 2 *bis*, della rilevanza per la normativa anti-usura di ogni remunerazione dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi. Tale disposizione normativa non può valere solo dalla data di entrata in vigore, ma anche anteriormente in quanto “norma di interpretazione autentica” del comma 4 dell'art. 644 c.p., volta a puntualizzare cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme. Dall'assunto di carattere interpretativo consegue, pertanto, la retroattività della disposizione normativa del 2009, onde ritenersi che l'incidenza della commissione nella determinazione del tasso soglia abbia ragion d'essere anche per il passato.

L'altra opzione ermeneutica, originariamente avallata da una parte della giurisprudenza di merito²⁷, è stata in seguito adottata dalla Prima Sezione

²⁷ In tal senso, *ex multis*, Trib. Verona 19 novembre 2012, in *Il caso*, www.ilcaso.it; Trib. Na-

civile della Corte di Cassazione²⁸.

A sostegno si adduce il comma 2 dell'art. 2 *bis* del d.l. 185/2008, che costituisce un considerevole argomento letterale per sostenere che precedentemente alla sua entrata in vigore la commissione non possa essere inclusa nel calcolo del TEG. Il legislatore, altrimenti, non avrebbe previsto l'inclusione della commissione soltanto dalla data di entrata in vigore della disposizione.

La stessa previsione normativa reca, inoltre, una disciplina transitoria valevole fino a che la rilevazione del TEG non tenga conto delle nuove disposizioni. Prima di tale momento, la determinazione della soglia di usurarietà deve essere sottoposta alle modalità indicate in precedenza dai decreti ministeriali ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. 108/1996, in conformità alle "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge di usura", emanate dalla Banca d'Italia fino al termine del 31 dicembre 2009, che – come accennato – determinano il TEGM senza comprendere nel calcolo l'ammontare delle commissioni di massimo scoperto.

Tale orientamento, orbene, è di ostacolo a qualificare l'intervento compiuto dal legislatore del 2009 come "norma di interpretazione autentica" dell'art. 644, comma 4, c.p., essendo pertanto preclusa la sua portata retroattiva²⁹. Tale norma non si limita ad incidere sul comma 4 dell'art. 644 c.p.,

poli, Sezione Distaccata di Frattamaggiore, 4 novembre 2010; ABF Napoli, 24 novembre 2010, in *Il caso*, www.ilcaso.it. Più recentemente, *ex multis*, avallando la giurisprudenza di legittimità, Trib. Messina 16 febbraio 2017, n. 445, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Napoli, 16 febbraio 2017, n. 1924, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Teramo, 14 febbraio 2017, n.121, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Milano, 25 gennaio 2017, n. 916, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Bergamo, 23 gennaio 2017, n. 154, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Avellino, 12 gennaio 2017, n. 56, in *Assoctu*, www.assoctu.it; Trib. Napoli, 4 gennaio 2017, n. 99, in *Assoctu*, www.assoctu.it.

²⁸ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, in *Giuri. civile*, 2017, 5, con nota di J. Chiavari, *La CMS va inclusa nel TEG? La cassazione n. 12965/2016 divide i tribunali*; Cass. civ., sez. I, 3 novembre 2016, n. 22270, in *Dir. banc.*, www.dirittobancario.it.

²⁹ Sul punto, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, cit., ha osservato che "(...) non è affatto pacifico che la L. n. 2 del 2009 integri gli estremi di una norma di mera interpretazione autentica dell'articolo 644 cod. pen., conclusione cui potrebbe invero giungersi solo ove si ritenesse che la medesima legge abbia voluto operare direttamente sulla norma del codice, chiarendo il significato da attribuire ai concetti di "commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese" indicati al comma quarto del cit. articolo 644 c.p. Ma tale circostanza non è univocamente traibile dal testo della norma del 2009. Mentre è chiaro che se si accede all'opzione della natura meramente interpretativa della L. n. 2 del 2009, allorché essa si limita a scegliere fra le diverse letture delle nozioni ivi indicate, cioè fra l'esclusione o l'inclusione della CMS dal computo del TEGM, non sorgerebbero molti dubbi circa la necessità di inserire nel calco-

accogliendo l'inclusione o l'esclusione della commissione dal computo del TEGM, ma sul comma 3, che richiama la legge che stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari. Detta normativa, indicando che, valicando i limiti, i tassi divengono usurari, assume una portata evidentemente innovativa, confermata dall'assenza di un intento univoco del legislatore di regolare con la nuova norma fattispecie sorte prima della sua entrata in vigore.

Ci si sofferma, inoltre, sull'esigenza di omogeneità dei parametri di valutazione per la verifica in concreto del superamento della soglia di usurarietà, significativo elemento richiamato nei passaggi motivazionali delle Sezioni Unite in commento. L'usura oggettiva, integrata dal mero superamento del tasso soglia, viene rilevata dal raffronto tra il dato concreto, costituito dallo specifico TEG praticato dal contratto oggetto di contenzioso, e il dato astratto del TEGM, rilevato in relazione alla tipologia di appartenenza del contratto in questione. Si richiede, pertanto, una simmetria tra la metodologia di calcolo dei due dati, altrimenti ciò che se ne ricava non potrebbe che essere viziato. Se conformemente alle Istruzioni della Banca d'Italia sino al 31 dicembre 2009 le commissioni non sono state incluse tra le voci di costo rilevanti per il computo del tasso di usura, le stesse adesso non potrebbero essere ritenute rilevanti per il periodo anteriore la commissione, conseguendo altrimenti la disomogeneità tra i due dati a confronto ³⁰.

lo del TEG praticato in concreto dalla banca anche le CMS applicate nel corso del rapporto di conto corrente. E tuttavia appare più plausibile una diversa interpretazione, nel senso di una norma che si limita ad incidere non già sull'articolo 644 c.p., comma 4 bensì sul comma 3, ovvero su quella "legge che stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari". D'altronde, se la novella del 2009 si riferisce alla "legge" che stabilisce i limiti superati i quali i tassi divengono ex se, cioè oggettivamente, usurari, non vi è dubbio che detta normativa integri un vero e proprio mutamento innovativo nella disciplina complessivamente intesa (inclusi ovviamente gli atti di valore regolamentare, fino a quel momento lasciati dal legislatore a regolare la materia) e dunque in tema di CMS, laddove il congegno ricognitivo-determinativo primario, fino all'entrata in vigore della riforma, espressamente escludeva quest'ultima dal calcolo del TEGM; constatazione che persuade nell'essere di fronte ad una norma non di interpretazione autentica, ma appunto innovativa e come tale – in ogni sede sanzionatoria – non applicabile retroattivamente (...)".

³⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, cit., nella quale si afferma che "(...) pari persuasività, rilevante ai fini della decisione cui è chiamato il Collegio, va poi ascritta alla tesi che sostiene la necessità di utilizzare, nella rilevazione dei tassi usurari, dati tra loro effettivamente comparabili. Come osservato in dottrina, la fattispecie della cd. usura oggettiva (presunta), o in astratto, è integrata a seguito del mero superamento del tasso-soglia, che a sua volta viene ricavato mediante l'applicazione di uno spread sul TEGM; posto che il TEGM viene trimestralmente fissato dal Ministero dell'Economia

A dimostrazione dell'incertezza sottesa al contrasto può addursi un ulteriore intervento della Prima Sezione civile della Cassazione, che nel 2017³¹, riconoscendo il carattere di onnicomprensività fissato dall'art. 644 c.p., ha contraddetto la pronuncia del 2016, negando l'esigenza di simmetria e di omogeneità. In tal caso, la Corte ha sostenuto che, come espressamente affermato dalla normativa anti-usura, occorre considerare rilevanti tutte le voci del carico economico che si trovino applicate nel contesto dei rapporti di credito. Del resto, non avrebbe neppure senso opinare diversamente in un'ottica di repressione del fenomeno usurario, essendo altrimenti spostata la sostanza del peso economico del negozio di credito dalle voci incluse a quelle escluse. In linea con le statuizioni della Seconda Sezione penale, la Corte ribadisce la centralità di una "lettura sistemica" dell'art. 644 c.p., a subordinazione della quale si pongono le disposizioni esecutive del Ministero dell'economia e delle finanze e quelle della Banca d'Italia.

6. – Le Sezioni Unite, chiamate a risolvere l'esposto contrasto, hanno innanzi tutto escluso il carattere interpretativo e, conseguentemente, retroattivo dell'art. 2 *bis*, co. 2, d.l. 185/2008, optando per la portata innovativa della disposizione, in conformità ai richiamati precedenti della Prima Sezione civile. Depone in tal senso l'espressa previsione, al comma 2 del medesimo articolo, di una disciplina transitoria, in attesa della cui emanazione si applica il regime pregresso all'entrata in vigore delle disposizioni incidenti sul

sulla base delle rilevazioni della (OMISSIS), a loro volta effettuate sulla scorta delle metodologie indicate nelle più volte richiamate Istruzioni, è ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale. Il giudizio in punto di usurarietà si basa infatti, in tal caso, sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto oggetto di contenzioso) e un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione), sicchè – 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. In definitiva, può sostenersi che quand'anche le rilevazioni effettuate dalla (OMISSIS) dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco – in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica – l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della cd. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina anti-usura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione. (...)

³¹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2017, n. 8806, in *Il caso*, www.ilcaso.it.

computo del TEGM. Un chiaro indizio della portata innovativa dell'art. 2 *bis* era, altresì, contenuto al comma 3, poi abrogato nel 2012, che prevedeva la necessità che i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione avrebbero dovuto essere adeguati alle disposizioni di tale articolo nei successivi centocinquanta giorni.

La Corte conferma, inoltre, la riferibilità del comma 2 dell'art. 2 *bis* al comma 3 dell'art. 644 c.p., e non già al comma 4 del medesimo articolo. Si nega, infatti, che possa originarsi un sistema asimmetrico in cui la commissione possa rilevare nella determinazione del TEG da applicare in concreto, pur non essendone previsto il computo per il calcolo del TEGM. In assenza di una espressa indicazione normativa contraria, in ossequio a una esigenza di omogeneità, gli elementi significativi nella rilevazione trimestrale di quest'ultimo con appositi decreti ministeriali sono gli stessi che rilevano ai fini della determinazione in concreto della soglia di usurarietà.

L'esclusione del carattere interpretativo dell'art. 2 *bis*, tuttavia, non costituisce una condizione sufficiente per la risoluzione della questione del rilievo o meno della commissione ai fini della verifica del superamento del tasso soglia di usura, rivelandosi soltanto un argomento a conferma di un risultato raggiunto in altra sede.

Trattandosi di un compenso per l'utilizzo dello scoperto di conto, la commissione va inclusa tra le remunerazioni del credito menzionate al comma 4 dell'art. 644 c.p.

Non può risultare decisiva la constatazione della mancata indicazione delle commissioni nei decreti ministeriali di determinazione del TEG.

Poiché la legge di cui tali decreti costituiscono applicazione richiede che la rilevazione ne tenga conto, il giudice ordinario dovrebbe prendere atto dell'illegittimità dei decreti, sprovvisti della indicazione delle commissioni, e dovrebbe, dunque, disapplicarli.

A ben vedere, però, per la Corte non è neanche corretto sostenere che i decreti ministeriali non prendono in considerazione le commissioni e, pertanto, sono illegittimi. Dell'ammontare medio delle commissioni di massimo scoperto, espresso in termini percentuali, quei decreti in realtà danno atto, sia pure a parte, seguendo le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia nelle richiamate Istruzioni. La sentenza, dunque, recepisce le indicazioni del Bollettino di Vigilanza della Banca d'Italia n. 12 del dicembre 2005, che in-

dica che la commissione, rilevabile separatamente rispetto al calcolo del TEG ed espressa in termini percentuali, debba essere calcolata in relazione al raffronto tra l'importo della commissione effettivamente percepita e l'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata. La presenza di tale elemento nei decreti ministeriali consente la piena comparazione tra i corrispettivi praticati in concreto e il tasso soglia, in conformità del disposto dell'art. 2, comma 1, l. 108/1996, che attribuisce a tali decreti la funzione di rilevazione dei dati necessari ai fini della determinazione del tasso soglia in vista della comparazione con esso delle condizioni praticate in concreto dagli operatori. Tali decreti, pertanto, adempiono alla funzione ad essi preposta e, non tradendo il dato normativo, non possono considerarsi illegittimi.

La soluzione intermedia della rilevazione separata, accolta dai giudici di legittimità, costituisce il punto di equilibrio tra la necessità di dar conto della disomogeneità di grandezze tra la commissione di massimo scoperto e il tasso di interesse praticato in concreto e l'esigenza di non trascurare l'incidenza delle commissioni di massimo scoperto agli effetti dell'usura presunta.

La Corte individua, inoltre, la modalità di calcolo della c.d. "CMS soglia", facendo riferimento all'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996 (prima della modifica introdotta con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. nella legge 12 luglio 2011, n. 106) che prevede che il confronto tra l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile sia desunto aumentando del 50 % l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle.

Come accennato in premessa, tuttavia, per la Corte, l'eventuale eccedenza della commissione in concreto applicata sulla "CMS soglia" non è sufficiente a determinarne l'usurarietà, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. L'esubero della commissione rispetto alla relativa soglia può, infatti, essere compensato dal "margine" corrispondente alla differenza tra il tasso soglia di usura e il tasso d'interesse in concreto praticato, quegli interessi ulteriori rispetto a quelli praticati che la banca avrebbe potuto richiedere. Per il caso in cui la commissione superi la relativa soglia e gli interessi si attestino sotto soglia, se la commissione è inferiore a detto margine, la Corte rileva che non si determina un superamento delle soglie di legge, essendosi realizzata una compensazione tra "eccedenza" e "margine".

Laddove, invece, sia superata la “CMS soglia” e l'esubero non possa essere “riassorbito” dalla differenza tra il tasso soglia di usura e il tasso d'interesse praticato, in quanto quest'ultima è maggiore del primo, si pone il problema del rimedio da applicare all'esubero, sul quale tace la pronuncia in commento per avere rinviato al giudice di prime cure. In questa evenienza, a fronte della rilevanza usuraria della commissione, pare in linea con la soluzione “mediana” adottata dalla Corte, che gli esborsi “esuberanti” non siano giustificati e, dunque nulli, siano da restituire al cliente (o da scomputare dal saldo a debito del cliente).

7. – Deve, a questo punto, verificarsi se le conclusioni cui è giunta la Corte nella sentenza in commento possano estendersi in parallelo al rapporto tra la mora e l'usura³², tema sul quale si sono contrapposti due orientamenti³³.

Per una prima opzione ermeneutica, alla quale è incline la dottrina³⁴ e – pur senza continuità – la giurisprudenza di merito³⁵, gli interessi moratori

³² Cfr. R. Marcelli, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.c.: finalità accostate ma non identiche*, in *Riv. dir. banc.*, 2/2015, *passim*.

³³ Per un approfondimento della tematica dei rapporti tra interessi moratori e usura si vedano, C. Robustella, *Usura bancaria e determinazione del “tasso soglia”*, Bari, 2017, 163 ss.; Id., *Sull'applicabilità del limite dei “tassi soglia” agli interessi moratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1003 ss.; E. Bivona, *La clausola penale usuraria*, Roma, 2016, 93 ss.; Id., *Il divieto d'usura tra interessi corrispettivi e interessi moratori*, in *Persona e Mercato*, www.personaemercato.it, 10 settembre 2016, *passim*; G. Carriero, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa*, 2016, parte I, 93 ss.; V. Farina, *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca borsa*, 2016, 445 ss.; E. Labella, *Interessi moratori e applicabilità della normativa antiusura*, in *Contr.*, 2017, 131 ss.; F. Cappai, *Il rilievo degli oneri economici eventuali nel vaglio dell'usura dei contratti di mutuo*, in *Banca borsa*, 2016, 482 ss.; A. Stilo, *Interessi moratori e principio di simmetria nella determinazione del tasso usurario*, in *Contr.*, 2016, 1043 ss.; V. Sangiovanni, *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio di usura*, in *Contr.*, 2016, 455 ss.

³⁴ Si veda, *ex multis*, G. Carriero, *Credito, interessi e usura: tra contratto e mercato*, cit., 93 ss.

³⁵ Si vedano, *ex multis*, per l'irrelevanza degli interessi moratori ai fini del superamento della soglia di usura, Trib. Monza 15 dicembre 2015, n. 3083, in *Diritto*, www.diritto.it; Trib. Treviso 11 aprile 2014, in *Il caso*, www.ilcaso.it; Trib. Brescia 16 gennaio 2014; Trib. Napoli 8 aprile 2014 e 15 aprile 2014; Trib. Verona 30 aprile 2014; Trib. Trani 10 marzo 2014 in *Asocetu*, www.asocetu.it.

Si veda, altresì, per la mora applicata ad un'apertura di credito, ABF Napoli 19 marzo 2014, in cui si osserva che: “(...) in riferimento ad una apertura di credito ad utilizzo flessibile, gli interessi corrispettivi sono, in quanto obblighi di concreto pagamento da adempiere in costanza di rapporto di credito

sono irrilevanti per la normativa anti-usura. Per tale impostazione, se è pur vero che ai sensi dell'art. 644, comma 4, c.p. ai fini della determinazione del tasso di usura occorre tenere in considerazione ogni remunerazione a qualsiasi titolo, di contro, la disposizione normativa circoscrive il fenomeno ai soli interessi corrispettivi, stante la differenza di funzione e natura che ricorre tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori. A una esclusione del rilievo del tasso di interesse moratorio ai fini della valutazione di usurarietà depone la nota della Banca d'Italia del 3 luglio 2013, che prevede che gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non dovuti dal momento dell'erogazione del credito, ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente.

La prassi dei contratti bancari tende a frazionare il costo del credito nelle sue distinte componenti – tra cui si rintracciano interessi corrispettivi, commissioni di massimo scoperto, interessi moratori – e per ciascuna componente si calcola la media nelle modalità utilizzate dalla Banca d'Italia. Si richiama, dunque, le Istruzioni della Banca di Italia che operano una maggiorazione mediamente pari a 2,1 punti percentuali sulla misura legale degli interessi nei casi di ritardato pagamento, in assenza di indicazione nei decreti trimestrali ministeriali. Dinanzi a tale prassi la giurisprudenza³⁶ ha affermato

programmato, alternativi rispetto agli interessi moratori che identificano gli obblighi di pagamento riferiti alle somme dovute susseguenti alla messa in mora e non già cumulabili con questi ultimi. Pertanto la sommatoria proposta dal ricorrente è logicamente errata”.

³⁶ In tal senso, Trib. Trani 10 marzo 2014, cit., in cui si afferma che “ (...) sostenere che il tasso soglia ex L. 108/1996 sarebbe superato per effetto della sommatoria fra il tasso debitore del mutuo e quello moratorio è un errore di carattere logico oltre che giuridico. L'art. 1815, c. 2, c.c., come ormai da tempo novellato ex L. 108/1996, determina la sanzione della non debenza degli interessi quando la stessa pattuizione degli interessi (e, detto per inciso, non la concreta applicazione che l'istituto ne faccia) sia non conforme alla soglia anti usura. Nel caso di specie è evidente che le parti hanno pattuito un tasso diverso e alternativo per due differenti tipologie d'interessi, applicabili in ipotesi distinte e alternative. In un caso è fissato, in misura sotto la soglia, il tasso di interessi corrispettivi del mutuo, cioè quelli che rappresentano il prezzo dell'operazione mutuo e il vantaggio che il mutuante riceve nel sinallagma, avendo le parti stabilito un mutuo di carattere oneroso. Nell'altro caso si fissa la misura dell'interesse dovuto ove il rapporto entri nella patologia, cioè ove la parte mutuataria non paghi quanto dovuto per la restituzione del denaro ricevuto in prestito. Da questa clausola del contratto non si evince che le parti avessero stabilito la misura dell'interesse (moratorio o corrispettivo) come la somma dei due tassi sopra indicati e quindi sopra la soglia legale (nel qual caso, peraltro, la chiara lettura dell'art. 1815, comma 2, c.c. determinerebbe al più che non sono dovuti gli interessi moratori e non tout court che non siano dovuti anche gli interessi corrispettivi che, in ogni caso, sono pattuiti entro la soglia). Né una diversa lettura delle clau-

che la soluzione di un raffronto effettuato singolarmente rispetto al tasso soglia consente una valutazione più corretta, che meglio riflette le differenti finalità delle due categorie di interessi. Tale soluzione pone, inoltre, un argine alla tendenza giurisprudenziale, volta a determinare il tasso di mora mediante l'aggiunta al tasso degli interessi corrispettivi di uno *spread*, determinato nella misura di uno o più punti percentuali, generando il censurabile risultato di un più facile esubero del tasso soglia applicabile.

Anche in questo caso si applica, dunque, il principio di simmetria, che richiede la comparazione tra entità omogenee; diversamente, se il raffronto fosse compiuto tra entità eterogenee, superare la soglia di usurarietà sarebbe molto più agevole.

A sostegno di siffatta conclusione può addursi la diversità di funzione degli interessi moratori rispetto ai corrispettivi. Gli interessi moratori assumono una funzione risarcitoria, considerandosi una liquidazione forfetaria assimilabile alla clausola penale. Chi propende per l'inapplicabilità della normativa anti-usura agli interessi moratori, pertanto, ammette contro l'interesse moratorio eccessivo una riduzione *ad aequitatem* ai sensi dell'art. 1384 c.c., inapplicabile invece agli interessi corrispettivi, che superando il tasso di usura non devono essere più corrisposti, conformemente alla previsione dell'art. 1815, comma 2, c.c. Gli interessi moratori, d'altronde, sono previsti a tutela del creditore contro il debitore moroso, esigenza non sottesa alla disciplina anti-usura, posta invece a tutela del cliente della banca, che è necessario difendere dagli eccessi di un costo del credito sopra soglia. Giova segnalare, inoltre, che lo stesso legislatore ha ammesso all'art. 2 lett. e del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, un tasso di interesse legale di mora di per sé usurario, per disincentivare i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali. Si tratta di un interesse di mora su base giornaliera, pari al tasso di riferimento, maggiorato di otto punti percentuali.

Sulla scorta di tali considerazioni, non si considera quindi possibile giungere alla soluzione giurisprudenziale della comparazione "separata", adottata in tema di commissione di massimo scoperto, in un differente ambito, quale

sole di questo genere pare sia stata sostenuta da alcuna pronuncia della Suprema Corte: la sentenza invocata a base di tutto il ricorso (n. 350/13) altro non fa che ribadire un principio interpretativo da tempo affermato dalla Corte di Cassazione (v. Cass. n. 5286/2000, Cass. n. 5324/2003, Cass. n. 6992/2007), cioè che la regola ex art. 1815 c.c. si applica alla pattuizione di interessi a qualunque titolo dovuti, cioè a quelli corrispettivi come a quelli moratori".

quello degli interessi moratori, in cui egualmente si concorda nell'esigere omogeneità tra i termini di confronto³⁷.

L'opposto e minoritario orientamento, talvolta avallato dalla giurisprudenza di legittimità³⁸, riconosce invece la compatibilità degli interessi moratori con la disciplina anti-usura, includendo nel tasso soglia anche gli interessi moratori, sia per la medesima funzione di fondo, in ambedue le tipologie di interessi compensativa del mancato uso del denaro, sia per il riferimento nella normativa anti-usura al riferimento generico agli interessi "convenuti" a qualsiasi titolo, locuzione onnicomprensiva di tutte le categorie di interessi.

Al superamento della distinzione tra interessi corrispettivi *ex art. 1282 c.c.* e interessi moratori *ex art. 1224 c.c.* si è altresì mostrata favorevole una parte della dottrina³⁹, in quanto la rilevazione della mora ad opera della

³⁷ In tal senso, R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 9.

³⁸ Si veda, *ex multis*, in Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, in *Altalex*, www.altalex.com, che ha osservato che: "Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori. Infatti il riferimento contenuto nel d.l. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, agli interessi a qualunque titolo convenuti rende plausibile l'assunto secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori". In tal senso, anche, Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2017, n. 23192, che riprende l'insegnamento di Cass. civ., sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *Persona e Mercato*, www.personaemercato.it, in cui si stabilisce che: "(...) in tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della l. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori". Da ultimo, in Corte App. Torino 24 luglio 2018, "(...) La Corte ritiene opportuno che vi sia una modalità di computo nel TEG degli interessi di mora pattuiti (...) in caso del superamento delle soglie usurarie, quanto meno nelle ipotesi del c.d. "worst case", che ricorre quando il prestatore del finanziamento risulta insolvente ad ogni scadenza ma provvede ad effettuare versamenti che coprono solo gli interessi di mora, eseguiti tempestivamente ossia non appena vengono addebitati unitamente alla rata successiva del mutuo, provveda a due distinte ricostruzioni: a) calcolando l'importo degli interessi corrisposti dal mutuatario; b) la sola porzione degli interessi debordanti rispetto alla soglia di usura".

³⁹ In tal senso, pur non sempre con esiti coincidenti, R. Nicolò, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-1945, IV, c. 44; E. Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, c. 399 ss.; E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953 (rist. 1994), 259; M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 159 ss.; M. Libertini, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, 1972, 105 ss.; B. Inzitari, *Profili comparatistici in tema di interessi*, in *Credito e moneta* a cura di C.M. Mazzoni e A. Nigro, Milano, 1982, 578 ss.; Id., *La moneta*, in *Moneta e valuta* di B. Inzitari, G. Visentini e A. Di Amato, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1983, 216 ss.; O.

Banca d'Italia esula dal disposto normativo, e pertanto risulterebbe ancora più arbitraria e discrezionale nella composizione campionaria e nel tempo di rilevazione. Si è osservato che tali aspetti sarebbero invasivi oltre misura dell'area penale, violando ancora più marcatamente il principio di tassatività e che l'aporia dell'omogeneità, inoltre, condurrebbe a ritenere errate per difetto le soglie d'usura che non hanno incluso detti costi, con conseguente illegittimità dei decreti non conformi a legge e disapplicazione degli stessi ⁴⁰.

Orbene, nell'eventualità in cui si scelga di qualificare gli interessi di mora come rilevanti ai fini di una valutazione di usurarietà, occorrerebbe includerli nel TEG oppure rilevarli separatamente rispetto agli interessi corrispettivi o compiere una "coordinazione" o "compensazione" nel rapporto tra tassi di mora e corrispettivi, tanto da riuscire a compensare l'eventuale sfioramento dei tassi di mora con l'ipotetico "margine" dei corrispettivi, come deciso nella sentenza in commento. Dinanzi a queste eventualità insoluto rimane poi il problema del rimedio conseguente all'esubero del tasso di usura, a fronte delle difficoltà applicative della previsione del comma 2 dell'art. 1815 c.c. agli interessi moratori, pur ritenuti usurari.

A favore dell'estensione ai tassi moratori della disciplina anti-usura si è altresì espressa, assai recentemente, la Corte di Cassazione, con la sentenza della sez. III, del 30 ottobre 2018, n. 27442, che ha dichiarato nullo il patto con cui si convengono interessi convenzionali moratori che alla data della stipula eccedano il tasso soglia usurario, considerando l'opposta soluzione il frutto di un aforisma scolastico, ingiustificato dal punto di vista storico e sistematico. Tale pronuncia è addirittura giunta al risultato di riscontrare l'usurarietà degli interessi convenzionali moratori mediante il confronto puro e semplice del tasso soglia di interessi pattuito con quello calcolato con

Scozzafava, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, 83 ss.; N. Rizzo, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, 256 ss.

⁴⁰ R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 12, che osserva che "si potrebbe, a questo punto, sostenere irrimediabilmente sottostimate e quindi 'viziate' le precedenti rilevazioni del TEGM e quindi inapplicabile la legge. Né si potrebbe privilegiare il principio di omogeneità applicato esclusivamente alla CMS; se, come riporta la sentenza, fosse stata, sin dall'origine, ricompresa tra gli oneri la CMS (come anche la mora o le spese di assicurazione, o l'annualizzazione), determinando un TEGM più alto, anche un'usura riveniente dall'esclusiva applicazione di interessi avrebbe potuto non debordare più il nuovo valore del TEGM: l'intermediario che avesse applicato solo interessi avrebbe potuto applicare un tasso più alto nel rispetto delle soglie".

riferimento a quel tipo di contratto, senza alcuna maggiorazione o incremento⁴¹. Una soluzione, questa, che seppur ben argomentata produrrà inevitabili incertezze applicative nel travagliato rapporto tra mora e usura, tali da sollecitare – ci si immagina – l'intervento delle Sezioni Unite.

8. – Tornando alla pronuncia in commento sulla commissione di massimo coperto, essa può apprezzarsi per avere individuato un punto di equilibrio tra le opposte ragioni sottese al contrasto con una soluzione intermedia che dà conto dei principi che si rinvergono in materia.

Un bilanciamento tra gli antitetici interessi in gioco in ossequio alla necessità di una piena comparazione si riscontra nella previsione di una compensazione tra l'eventuale esubero della "CMS soglia" e il "margine" reso disponibile dal tasso di interesse praticato⁴².

L'approdo giurisprudenziale in commento, tuttavia, in contraddizione con la precedente giurisprudenza della Sezione penale della Cassazione, ha suscitato qualche perplessità, innanzi tutto, relativamente al risultato che da essa consegue: si è osservato che si rende meno agevole il superamento della soglia di usura, rispetto alla più rigorosa soluzione proposta dalla tesi c.d. "inclusiva"⁴³.

Giova segnalare che un risultato di favore per gli intermediari finanziari può riscontrarsi nella stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite in Cassazione 19 ottobre 2017, n. 24675, che ha sancito il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta⁴⁴.

⁴¹ Si veda Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27742, in *Il caso*, www.ilcaso.it, 2018, nella quale si puntualizza che, in assenza di una qualsiasi norma di legge che riscontri l'esistenza di un tasso soglia di mora, è impossibile che l'usurarietà di un tasso moratorio possa ottenersi incrementando arbitrariamente di qualche punto percentuale il tasso soglia.

⁴² Cfr. R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 6, che ha, tuttavia, indicato la scarsa utilità pratica dell'accorgimento, osservando che, considerata la modalità "gabellare" di incidenza della commissione di massimo scoperto, di regola indifferente alla durata dello scoperto, sia facilmente verificabile come un piccolo esubero della CMS soglia possa indurre al superamento della soglia, anche in presenza di una "marginale" degli interessi ampio, in quanto con una CMS superiore alla soglia, difficilmente può esservi un tasso di interesse così esiguo, tale da consentire che l'eccedenza possa coprire il margine superiore al valore medio rilevato.

⁴³ Cfr. R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., *passim*.

⁴⁴ La pronuncia richiamata – sia relativamente ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della l. 108/1996 e successivamente ancora in corso; sia relativamente ai contratti stipulati

Nella sentenza in commento si ammette, in realtà, una soluzione più favorevole alle banche, che potrebbe essere giustificata da un'affermazione del principio logico-giuridico di simmetria. Ne conseguirebbe, infatti, la necessità di una comparazione separata, che ben potrebbe consentire un risultato formalmente meno rigoroso nei confronti degli intermediari finanziari rispetto alla soluzione veicolata dalla Sezione penale della Cassazione. Con il richiamo all'esigenza di omogeneità, d'altronde, i giudici di legittimità intendono individuare una modalità di comparazione che tenga conto dell'esigenza di non trascurare, nel confronto, l'incidenza delle commissioni una volta esclusa la possibilità di includerle nel TEG del singolo rapporto.

Si è, inoltre, notato che l'esigenza di omogeneità dei valori non si ricava, soltanto, da un dato testuale della legge, argomento assunto a fondamento della decisione in esame, ma anche dalla funzione del tasso usurario, che – come è stato sostenuto⁴⁵ – è quella di evitare che si pretendano costi sproporzionati rispetto a quelli praticati mediamente dagli operatori economici.

Occorre, tuttavia, verificare se il richiamo del principio di simmetria ad opera della giurisprudenza di legittimità sia un elemento “prescrittivo”, come

successivamente all'entrata in vigore della L. n. 108/96, ma che hanno superato la soglia di usurarietà nello svolgimento del rapporto – ha stabilito che “*allorchè il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuuario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto*”.

Per una disamina della sentenza delle Sez. Unite, *ex multis*, S. Pagliantini, *L'usuraietà sopravvenuta e il canone delle SS. UU.: ultimo atto?*, in *Corr. giur.*, 12/2017, 1487 ss.; F. Giuliani, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017, n. 24675: le Sezioni Unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*, in questa *Rivista*, vol. XVI, 2018, 53 ss.; G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.*, 12/2017, 1496 ss.; S. Alecci, *Le Sezioni Unite e il tramonto dell'«usura sopravvenuta»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 ottobre 2017.

⁴⁵ U. Salanitro, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Gli interessi usurari*, cit., 141, che osserva che la determinazione delle soglie usuarie è affidata a parametri fondati sul libero mercato, con i quali si evita di ricorrere a integrazioni eteronome e che il contenimento dei costi del credito rispetto a quelli mediamente praticati, inoltre, deve essere perseguito senza rendere anti-economico il finanziamento delle operazioni più rischiose. Si escluderebbe, altrimenti, dal finanziamento bancario una fascia rilevante di imprenditori a rischio di insolvenza, spingendoli verso l'usura criminale.

proprio di un'affermazione di principio, o piuttosto un elemento "descrittivo".

L'argomento della omogeneità tra gli elementi che compongono il TEG e il TEGM pare, infatti, una scelta obbligata che consegue alla negazione all'intervento legislativo del 2009 della natura di interpretazione autentica dell'art. 644, comma 4, c.c. Si tratta di una scelta che ha fatto emergere il contrasto tra il dato di fatto della disomogeneità per il periodo precedente all'entrata in vigore della legge, in cui nulla era stabilito in ordine alla rilevanza della commissione sul piano dell'usura, e l'omogeneità riscontrabile per il periodo successivo, in cui si è mossi nel senso dell'inclusione. Sembra, allora, che la simmetria tra i valori considerati per il calcolo del TEGM e i costi e le remunerazioni che possono essere presi in considerazione per stabilire il TEG del singolo rapporto non possa rivelarsi un'affermazione di principio⁴⁶.

Sulla pronuncia in commento, inoltre, si riflettono le obiezioni che erano stati mosse tanto alle modalità operative del principio di omogeneità, quanto all'impiego della "CMS soglia"⁴⁷.

Relativamente alle prime, i giudici di legittimità muovono dal presupposto della comparazione tra il costo del credito, determinato dai corrispettivi praticati in concreto, e il tasso soglia. Si è, tuttavia, osservato che tale confronto sarebbe asimmetrico, in quanto la rilevazione del TEG e la verifica di usurarietà assolvono a funzioni diverse, alle quali tecnicamente non possono che corrispondere calcoli e modalità di inclusione differenti. Vero è che la determinazione della soglia di usura trova una parte considerevole nella rilevazione statistica del TEG, ma non può esaurirsi in questa. La rilevazione del TEG include esclusivamente i costi fisiologici, effettuando una stima statistica attraverso modelli mutevoli nel tempo che accompagnano l'evoluzione del mercato. La verifica compiuta ai sensi dell'art. 644 c.p. mira, invece, a contenere i costi della patologia entro i limiti di soglia, individuando le condizioni contrattuali pattuite e, pertanto, rimanendo immutabile nella sua determinazione. A conferma di ciò può addursi l'ampiezza della verifica dell'art. 644 c.p., che ricomprende ogni remunerazione associata all'erogazione, indipen-

⁴⁶ F. Piraino, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 196 nota 165.

⁴⁷ In senso critico nei confronti della sentenza in commento, R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 7.

dentemente dal percettore, mentre la rilevazione del TEG è circoscritta dall'art. 2 della l. 108/1996 alle sole remunerazioni degli intermediari.

Anche in merito all'impiego della "CMS media" per comparare la commissione praticata nel singolo rapporto si è osservato che si giunge a una sorta di asimmetria. L'eccedenza della commissione sul valore medio delle commissioni applicate può compensarsi con il margine di eguale importo tra il TEG e il tasso di usura, ma si tratta di valori tra loro non comparabili. L'eccedenza è calcolata sulla media dei rapporti ai quali è applicata la commissione e non concerne l'aliquota applicata a ogni rapporto, diversamente dalla differenza tra il TEG e il valore aggregato.

A tale asimmetria si aggiunge l'inconveniente della dipendenza dell'usura dalla natura dell'addebito⁴⁸. La presenza o meno dell'usura non viene a dipendere esclusivamente dall'ammontare del corrispettivo richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo dell'addebito operato. Un medesimo importo può risultare usurario se addebitato a titolo di interesse e, al contrario, risultare sotto soglia, se addebitato in parte a titolo di interesse e in parte a titolo di commissione.

Al di là degli inconvenienti tecnici dell'applicazione del principio, più in generale, può concludersi che della simmetria – che gioca un ruolo di rilievo nella pronuncia in commento e nella menzionata Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965 – non ne andrebbe sopravvalutata la portata⁴⁹.

Si è criticato, ancora, che la Cassazione, "*assorbita dallo stereotipo dell'omogeneità, sia entrata nel merito della prestazione, solo consultiva, assegnata dalla legge alla Banca d'Italia*", inducendo la prestazione consultiva a divenire da "norma tecnica autorizzata" a "principio di diritto"⁵⁰.

⁴⁸ In tal senso, R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 9.

⁴⁹ In tal senso, F. Piraino, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 196 nota 165; *contra* U. Salanitro, *Usura e commissione di massimo scoperto. La Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 12/2006, 1602; C. Robustella, *Usura bancaria e determinazione del "tasso soglia"*, cit., 201 ss.

⁵⁰ R. Marcelli, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*, cit., 9, che afferma che l'intervento dell'Istituto di vigilanza bancaria e della stessa normazione secondaria non dovrebbero, piuttosto, contrastare con il principio di riserva di legge, generandosi altrimenti un aggiramento della norma penale. *Cfr.* Cass. pen., sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, cit., che osservava che: "*La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto*

A ben vedere, però, il richiamo alle indicazioni della Banca d'Italia non infrange il principio di riserva di legge, essendo un riferimento a una "norma tecnica autorizzata" che non viola il potere del legislatore in materia penale, ma costituisce, semmai, un riconoscimento alla posizione di garanzia ricoperta dall'autorità di vigilanza.

La questione giunge a un ulteriore nodo problematico. Per un verso, infatti, il raccordo tra la politica e la tecnica deve compiersi nel senso della non ingerenza della politica negli spazi di regolazione riservati alle autorità tecniche, che devono essere garantiti dal legislatore e dai quali la decisione politica stessa deve attingere in un successivo momento normativo⁵¹. E in tal modo, tuttavia, si potrebbe obiettare che si addivene a una sterilizzazione dell'apprezzamento in concreto del giudice, la cui valutazione è circoscritta alle sole voci individuate dall'autorità di vigilanza, soluzione questa che – seppure accolta nella giurisprudenza di legittimità – può risultare discutibile sul piano generale dei rapporti istituzionali tra poteri e nell'ottica di un equilibrio tra pesi e contrappesi⁵².

con la norma di legge (art. 644 comma 4 c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere le "remunerazioni a qualsiasi titolo", ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto (...)

⁵¹ F. Capriglione, *Il rapporto tra politica e tecnica. Le Autorità di vertice*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2016, 117 ss., che nell'indagare l'equilibrio tra la politica e la tecnica, riscontra una perdita di centralità del CICR, non solo nei rapporti con la Banca d'Italia, ma anche per la tendenza a ritirare dalla politica alcune attività devolute al mercato e per la crescente produzione normativa europea, sempre più spesso valevole a dequotare le direttive del Comitato.

⁵² F. Piraino, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 198.

Abstract

The essay analyzes the judgment of the Joint Session of the Court of Cassation n. 16303, handed down on the 20th June 2018, with which the Supreme Court solves the conflict about the relevance of the maximum overdraft charge in the anti-usury evaluation, proposing an intermediate solution.

The judgment applies symmetry in establishing that the maximum overdraft charge, significant in a anti-usury evaluation, has to be compared to a medium rate, determined by the Bank of Italy in a specific threshold ("CMS soglia"), regardless of the comparison concerning the interest rate. Moreover, the Court underlines the necessity of an overall comparison. So, a charge above its threshold could be compensated by the difference between the interest rate and the usury threshold rate.

The Court's point of view is examined in its appreciable and undesirable aspects, after an analysis of the relation between the maximum overdraft charge and the anti-usury legislation, focused on the previous jurisprudence, the new discipline and the practical aspects.