

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

L'usura sopravvenuta: una polisemia irrisolta

SOMMARIO*: I. L'Usura sopravvenuta. - I.1. L'usura sopravvenuta derivante da ius superveniens. - I.2. Usura sopravvenuta da modifica delle condizioni contrattuali. - I.3. Usura sopravvenuta per il mutamento dei criteri di rilevazione trimestrale. - I.4. Usura sopravvenuta da riduzione del tasso soglia. - I.5. Usura sopravvenuta da indebita richiesta d'interessi. - I.6. Usura sopravvenuta per modifica della richiesta di prestito del cliente, utilizzo del fido o per sopravvenuto ritardo nell'adempimento. I.7. Usura sopravvenuta per la proposizione dell'azione giudiziale. I.8. Usura sopravvenuta da overruling giurisprudenziale. - II. Gli interessi moratori e l'usura. - III. Cenni alle clausole di salvaguardia.

I. L'Usura sopravvenuta.

L'art. 644 c.p. punisce tanto il "farsi promettere" quanto il "farsi dare" interessi usurari. Approvata la legge n. 108 del 1996, ci si chiese subito se il carattere usurario del prestito dovesse essere accertato riferendosi al TEGM della data della pattuizione negoziale (la promessa) oppure anche a quello della data di addebito in conto o della riscossione delle rate di mutuo (la dazione).

Fu la Corte di Cassazione ad affermare l'esistenza dell'usurarietà sopravvenuta dei contratti stipulati prima del 1996 ad un tasso corrispettivo superiore alle soglie di usura rilevata in base alla legge 108/1996 (es. Cass. 5286/2000; Cass 8422/2992).

Il legislatore, recependo l'allarme delle banche sull'impatto economico del principio di usurarietà sopravvenuta, emanò la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 1°, del d.l. 29.12.2000, n. 394, la quale stabilisce che: "*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*".

Nonostante questo chiaro intervento, con cui si è attribuita rilevanza giuridica esclusivamente alla soglia di usura rilevata al momento

* Relazione tenuta al Convegno AssoCTU 2017 - *Usura Bancaria a 20 anni dall'introduzione del presidio di legge Aspetti amministrativi e penali*, Milano, 9 e 10 novembre 2017.

della sottoscrizione del contratto, la dottrina e la giurisprudenza non hanno smesso di accarezzare l'idea dell'illiceità dell'usura sopravvenuta, sebbene declinata diversamente nella sanzione rispetto all'usura originaria: non come trasformazione del contratto da oneroso a gratuito ai sensi dell'art. 1815 c.c., ma come nullità parziale con sostituzione della clausola degli interessi divenuti usurari con il tasso soglia ex art. 1339 c.c.

La Corte di Cassazione, anche recentemente (Cass. civ. Sez. I° - sent. 17 agosto 2016, n.17150) ha ricordato che in un rapporto contrattuale di durata, l'introduzione di una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, comporta che, da tale momento, esso deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, che si sostituisce ex art. art. 1339 c.c. alla clausola difforme¹. Tale pronuncia, pur riferendosi ad ipotesi di contratti anteriori alla stessa legge sull'usura del 1996 (nei quali il tasso soglia è stato introdotto in corso di rapporto), comporta come logico corollario che il medesimo principio andrebbe osservato nelle ipotesi in cui la soglia di usura discenda al di sotto del TEG, e sembra, pertanto, dare corpo alla tesi che limita il tasso contrattuale (divenuto) usurario al tasso soglia, con l'effetto, certamente non secondario, di rendere incerti nell'onere economico, almeno a favore del cliente, anche i mutui a tasso fisso.

Per ovviare, tuttavia, a situazioni di eccessiva onerosità (sopravvenuta), si era proposta l'applicazione, in alternativa alla sanzione della nullità, del principio buona fede in *executivis*, con la conseguenza che diverrebbe inesigibile la pretesa del pagamento di interessi corrispettivi ad saggio divenuto superiore alla soglia di usura, nella parte eccedente tale limite².

Si è obiettato ad entrambe le tesi, però, che in tale modo venga operata una commistione tra il momento genetico del contratto, unico rilevante per il legislatore, e quello funzionale, il quale non potrebbe

¹ Cass. Sez. 3, Sent. n. 1689 del 2006: <<ne consegue che l'introduzione delle norme sul TEG determinano l'inefficacia ex nunc delle clausole dei contratti stessi, sulla base del semplice rilievo - operabile anche d'ufficio dal giudice - che il rapporto giuridico non si sia esaurito prima ancora dell'entrata in vigore di tali norme e che il credito della banca si sia anch'esso cristallizzato precedentemente>>.

² Decisione A.B.F., n. 77 del 10 gennaio 14, n. 77, ma anche n. 7936 del 16 settembre 2016.

che essere soggetto alla normale alea bilaterale dei rapporti economico-giuridici.

La questione, tuttavia, a seguito del contrasto sussistente anche nella Suprema Corte ³, con ordinanza interlocutoria dell'8 novembre 2016 - 31 gennaio 2017, n. 2484, è stata rimessa alle Sezioni Unite⁴ che hanno pronunciato la sentenza del 19 ottobre 2017, n. 24675, negando decisamente la configurabilità dell'usura sopravvenuta ed affermando che "*allorchè il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. 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.*>>

All'enunciazione di tale principio, assolutamente chiara ma non affatto scontata dopo la precedente citata sentenza n.17150/2016, si è accompagnata, con un *obiter dictum*, un'ulteriore asserzione, meno perentoria: << *nè 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*". Il superamento della soglia di usura in corso di rapporto non determina nullità successiva, né la relativa richiesta può essere considerata contraria a buona fede. Il sillogismo della sentenza parte dalla premessa che l'interesse corrispettivo resta un diritto anche quando esso è superiore alla nuova

³ Sent. del 29 gennaio 2016 n. 801: "*I criteri fissati dalla L. n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non si applicano alle patruzioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge, siano esse contenute in mutui a tasso fisso variabile, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nel D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, (conv., con modif., dalla L. n. 24 del 2001), che non reca una tale distinzione.*" Conf. Cass. 19/3/2007 n. 6514 (in motivazione) e 27/9/2013 n. 22204.

⁴ Orientamento che, facendo leva sull'interpretazione autentica intervenuta D.L. n. 394 del 2000, ex art. 1, convertito nella L. n. 241 del 2001, esclude che il superamento del tasso soglia in corso di esecuzione del rapporto possa determinare l'invalidità degli interessi corrispettivi ex artt. 1339 e 1418 c.c. e la riconduzione entro il predetto tasso soglia.

soglia di usura; trattandosi di un diritto, la sua pretesa non può essere abusiva *per questa sola ragione*.

Le sezioni Unite hanno messo in questo modo la parola fine all'usura sopravvenuta?

La risposta può dirsi positiva alla sola condizione di attribuire a tale locuzione un significato restrittivo, descrivendo come usura sopravvenuta la sola ipotesi dell'introduzione ex novo della soglia di usura o della riduzione del TEGM per effetto della congiuntura economica tale da attrarre nella zona di usura il tasso contrattuale validamente stipulato.

Il termine usura sopravvenuta, tuttavia, ha però assunto, per molti versi impropriamente, un significato più ampio, nel quale ricadono fattispecie molto diverse, accomunate solo dal dato dello sfioramento della soglia di usura solo in un momento successivo alla stipula contrattuale delle quali è opportuno dare analiticamente conto per evitare confusioni termologiche e di disciplina.

I.1. *L'usura sopravvenuta derivante da ius superveniens.*

La prima forma di usura sopravvenuta è quella derivante dalla modifica della fattispecie penale di cui sono occupate le Sezioni Unite con la sentenza di ottobre 2017.

Prima del 1996 il reato di usura era fondato sull'elemento costitutivo dello stato di bisogno della vittima che doveva accompagnare la richiesta di interessi usurari. La legge n. 108/1996 ha degradato tale elemento a circostanza aggravante. I rapporti contrattuali stipulati anteriormente, pertanto, non avevano un tasso di riferimento al momento della stipula contrattuale, per cui l'attenzione cadeva sulla condizione soggettiva della vittima, piuttosto che sul tasso, salvo che non fosse intrinsecamente esorbitante (e che comunque sussistesse anche l'altro elemento costitutivo del reato).

La soglia di usura introdotta dalla legge 108/1996 è stata intesa come un sopravvenuto divieto normativo pretendere interesse oltre tale limite, indipendentemente da quando fosse stato concluso il negozio e da se le condizioni economiche fossero state successivamente riviste, cosa che ha portato taluni a sminuire il valore del riferimento alla "pattuizione", arrivando alla conclusione, errata, del divieto di usura sopravvenuta.

Un secondo intervento legislativo è avvenuto con il decreto legge del 13 maggio 2011, n. 70 (art. 8, lett. D), che ha modificato, non la norma penale, ma le norme extrapenali richiamate dalla fattispecie in bianco, allorché il metodo matematico di calcolo della soglia di usura è stato sostituito: non più il 50% in più rispetto al TEGM, come previsto dall'articolo 2, comma 4, della legge 108/1996, ma la più complessa formula di $TEGM + \frac{1}{4} + 4\%$ con la forbice massima dell'8%.

Non si è dato troppo peso a questa modifica sebbene in sostanza, abbia innalzato la soglia di usura nel caso di contratti con TEGM inferiore al 16%, riducendola solo per i (pochi) contratti con TEGM superiore a tale percentuale. L'assunto tacito della rilevanza della pattuizione, e non della dazione, ha correttamente scoraggiato ogni tentativo di una "convalida" ex post di tassi oltre soglia ricorrendo il primo metodo di calcolo e sotto soglia utilizzando, invece, il secondo. Lo scenario economico di drastica riduzione dei tassi di interesse, rendendo molto favorevole per le banche l'effetto di tale modifica ha reso marginali le ipotesi di sfioramento sopravvenuto della nuova soglia di usura nei contratti stipulati tra il 1996 e il 2011.

Si è già indicato che la sentenza delle Sezioni Unite n. 24675/2017, ha escluso l'usura sopravvenuta. Tuttavia, all'enunciazione di tale principio, assolutamente chiara ma non affatto scontata dopo la precedente citata sentenza n.17150/2016, si è accompagnata, con un *obiter dictum*, un'ulteriore asserzione meno perentoria quanto alla compatibilità di tale equilibrio contrattuale con il principio di buona fede: << *nè 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*". Il sillogismo della sentenza, quanto a tale profilo, parte della premessa che l'interesse corrispettivo resta un diritto anche quando esso è superiore alla nuova soglia di usura; trattandosi di un diritto, la sua pretesa non può essere abusiva per questa sola ragione. La Corte, però, non solo non esclude, né potrebbe, la rilevanza degli altri rimedi negoziali, ma non sembra neppure essere categorica escludendo l'applicazione automatica del principio della buona fede "per il solo fatto" del superamento e, tale superamento e, credo, quindi, lasciando intendere che esso, unitamente ad ulteriori circostanze concrete, possa, invece, determinare l'abusività della richiesta. Del resto, l'affermazione che l'esercizio di un diritto non può mai

essere contrario a buona fede sembra trascurare che la stessa Corte, a proposito della controversa questione dell'abuso del diritto, ha affermato in alcuni casi il contrario, come ad esempio l'esercizio ingiustificato del diritto di recesso contrattualmente previsto, sebbene si tratti dell'ipotesi in cui la parte titolare del diritto “*lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti*” (Cass. 20106/2009 in materia di concessione di vendita).

I.2. *Usura sopravvenuta da modifica delle condizioni contrattuali.*

L'equivalenza tra la “promessa” e la “dazione” degli interessi usurari per integrare il reato di usura, in concreto ha portato spesso i consulenti ed i giudici a perdere di vista la necessità del confronto tra TEG e TEGM solo al momento della pattuizione, istruendosi, invece, processi nei quali si accertava se nei singoli trimestri vi fosse stato lo sfioramento del tasso soglia o meno, laddove gli unici valori rilevanti erano quelli iniziali, salva l'ipotesi di una richiesta (usuraria) difforme rispetto al tasso corrispettivo (validamente) convenuto.

A questo prassi si è un po' frettolosamente risposto che, essendo l'usura solo iniziale e non sopravvenuta, doveva tenersi conto solo della liceità del tasso come originariamente pattuito (interpretazione effettivamente corretta), dimenticando di considerare che nel corso dei rapporti di apertura di credito in conto corrente il tasso contrattuale, come previsto dal testo unico bancario, viene legittimamente variato unilateralmente dalla banca (art. 118 t.u.b.).⁵

In tal caso, invece, l'usura è *economicamente* “sopravvenuta” in corso di rapporto (nel senso di un superamento del tasso soglia), ma *giuridicamente* è invece, “originaria” perché la variazione del tasso rappresenta a tutti gli effetti una nuova pattuizione: variazione del tasso contrattuale, pertanto, deve essere confrontata con il TEGM di riferimento nel momento preciso in cui è stata comunicata dalla banca al cliente. Il consulente, pertanto, è tenuto a confronto tra TEG e TEGM

⁵ MORERA – OLIVIERI, *Mutui bancari e jus variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, t.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2011, I, 480.

non solo al punto 0, ma anche al punto 1,2,3 etc. corrispondente ad ogni variazione contrattuale.

Resta da affrontare l'ulteriore problema di se sia sufficiente che la variazione di tasso risulti dagli estratti conto o dagli scalari. Ritengo che, soprattutto, in caso di non contestazione della banca – condizione del tutto naturale posto che la banca dovrebbe riconoscere di aver richiesto un interesse superiore a quello dovuto – possa ritenersi provato induttivamente che vi sia stata una modifica negoziale nella comunicazione dell'estratto al cliente, senza che sia necessaria la prova documentale della comunicazione al cliente della variazione del tasso.

Lo stesso accade, peraltro, se sono variate le clausole relative ad altre voci di costo come la c.m.s., le polizze ed altro, anche se tale aspetto risulta poco arato in giurisprudenza.

Le conseguenze di questa sequenza di nuovi tassi contrattuali e di nuove soglie di usura possono essere paradossali. Può accadere, infatti, che la banca riduca i tassi di interesse corrispettivi (es. 10%) in corso di rapporto, divenuti solo in un momento successivo superiori alla nuova soglia di usura (7%) più bassa rispetto a quella rilevata al momento della stipula (12%). Il nuovo tasso corrispettivo (es. 8%), può essere inferiore rispetto a quello inizialmente lecito (perché stipulato in un quadro di tassi alti) ma risulti usurario perché superiore alla soglia attuale. Può derivare l'usura sopravvenuta da una variazione di questo tipo, migliorativa per il cliente? Può concretarsi in un'azione criminale una disposizione contrattuale liberamente introdotta da una parte, non tenuta a tale modifica e migliorativa del trattamento economico dell'altra?

I.3. Usura sopravvenuta per il mutamento dei criteri di rilevazione trimestrale.

Nel corso di questo ventennio di usura oggettiva, desunta dai tassi di mercato, i criteri di rilevazione sono stati modificati, articolando in modo diverso i contratti e le relative fase e selezionando i costi rilevanti.

Si è ampiamente discusso se la Banca d'Italia e, di conseguenza, il Ministero delle Finanze debbano “fotografare” i tassi di mercato, come afferma anche parte della giurisprudenza di legittimità, anche penale, o abbiano una discrezionalità tecnica. Va preferita questa secon-

da tesi, sia pur con alcuni limiti, per la semplice considerazione che il paniere dei contratti bancari, le sue suddivisioni e i parametri rilevati sono state modificati nel tempo ad esempio, quanto a categorie delle operazioni e costi accessori, come quelli delle polizze assicurative, incluse dalla Banca d'Italia nel calcolo del TEGM solo a partire dal 2006 e poi, nuovamente dal 2009.

Bisogna chiedersi anche sotto tale profilo se la modifica, non della fattispecie penale in quanto tale, né della legge extrapenale primaria, quanto degli atti amministrativi richiamati possa comportare l'usura sopravvenuta del tasso corrispettivo. In altre parole, rettificato il criterio di rilevazione, può dirsi ora per allora, secondo la tesi della rilevazione come mera "fotografia" che il tasso originariamente stipulato, *melius re perpensa*, deve considerarsi usurario? Ma se a questa domanda si intende rispondere positivamente, quale affidamento può fondarsi in tal caso sulla rilevazione del MEF? Essa può, anzi deve, essere disattesa dalle banche che, come si è detto anche in giurisprudenza, quali operatori qualificati, sono tenuti anche a valutazioni parzialmente autonome? Dubbi legittimi vengono posti quanto alla necessaria determinatezza della fattispecie penale che si profilerebbe, orfana del riferimento costituito dal TEGM rilevato nei d.m..

In sostanza, i criteri di rilevazione dei tassi "fotografano" il mercato e, quindi, informano riguardo alla soglia di usura, oppure conformano, in modo limitato, ma potenzialmente decisivo, la soglia di usura?

Pochi dubbi sul fatto che la Banca d'Italia e il MEF non abbiano discrezionalità sul tasso soglia, ma ciò non esclude che l'output della rilevazione non sia un'operazione matematica di elaborazione, ma richieda un margine di apprezzamento i cui esiti mutano a seconda di come sono catalogati i dati economici e che, eserciti, quindi, una discrezionalità di tipo tecnico, piuttosto che un mero accertamento.

I.4. *Usura sopravvenuta da riduzione del tasso soglia.*

Si tratta della vera e propria usura sopravvenuta sostanzialmente analoga nelle regola a quella determinata dallo *ius superveniens*, ragione per cui valgono le considerazioni in precedenza espresse quanto all'uso della clausola generale di buona fede buona fede, nonché <<altri rimedi negoziali>> menzionati dalle SU.

I.5. Usura sopravvenuta da indebita richiesta di interessi.

Cosa accade se il tasso contrattuale è lecito, ma la richiesta successiva supera la soglia di usura del tempo 0 di stipula del contratto? La richiesta è certamente criminosa, non essendovi dubbio sull'illiceità della richiesta di interessi usurari, anche se contrattualmente non convenuti; tuttavia, il prestito non diviene gratuito perché non sono stati "convenuti" ai sensi dell'art. 1815 c.c., ma solo "richiesti", interessi di tipo usurario. È noto che la violazione di obblighi comportamento, specialmente dopo la conclusione del contratto genera rimedi risarcitori e non invalidanti sul contratto.

I.6. Usura sopravvenuta per modifica della richiesta di prestito del cliente, utilizzo del fido o per sopravvenuto ritardo nell'adempimento.

Il cliente chiede un incremento del prestito, utilizza il fido per brevi periodi di tempo per importi rilevanti oppure risulta in ritardo nell'adempimento, per cui, senza variazioni contrattuali, trova applicazione una legge contrattuale diversa: diverso è il tasso corrispettivo previsto per fidi superiori ad un importo prefissato, oppure in caso di assenza di fido o, ancora, diversa è l'incidenza della commissione di massimo scoperto ante 2009 per brevi picchi di utilizzo del fido. In caso di ritardo, poi, devono applicarsi gli interessi moratori previsti nel contratto, il tasso applicato dalla banca, sia pur conformemente al contratto originario, risulta, diversamente da prima usurario.

I.7. Usura sopravvenuta per la proposizione dell'azione giudiziale.

Attualmente, dopo la modifica dell'1284 c.c., dalla proposizione della domanda giudiziale sono dovuti gli interessi moratori nella misura sostanzialmente corrispondente a quella prevista per gli interessi moratori da ritardo nelle transazioni commerciali previsti dalla legge 231/2002. In uno scenario di tassi vicini quasi allo zero lo stesso tasso da mora giudiziale potrebbe essere superiore alla soglia di usura (specialmente per le categorie di operazioni con tassi minori). Epperò è un tasso legale, previsto per disincentivare la resistenza in giudizio altrimenti economicamente vantaggiosa in base al saggio legale

d'interesse. Il coordinamento con il TGEEM e con la mora non è ancora scandagliato, non essendo stato ben chiarito per quali rapporti giuridici trova applicazione la norma.

I.8. *Usura sopravvenuta da overruling giurisprudenziale.*

E' naturalmente un provocazione, ma non del tutto: i giudici cambiano (legittimamente) idea su cosa debba essere incluso nel TEG o nel TEGM o in entrambi ed il tasso, originariamente immune da ogni censura "diventa" usurario con effetto "ora per allora".

La corte di cassazione ha riconosciuto l'overruling processuale, derivante dal mutamento di giurisprudenza sulla norma processuale che ha determinato una decadenza processuale, ma non quello sostanziale, neppure quando determina l'illiceità di una condotta precedentemente considerata lecita dal diritto vivente. E' in linea con la giurisprudenza della Corte EDU l'incriminazione di condotte in precedenza considerate lecite secondo il diritto vivente? E' noto, infatti, che è in possibile frizione con il principio di legalità penale previsto dall'art. 7 della CEDU (*an essential element of the rule of law*) la punizione della condotta precedentemente considerata lecita dalla giurisprudenza, soprattutto in caso di orientamenti consolidati.

Può giungersi alla stessa conclusione per la sanzione civilistica della gratuità del prestito prevista dall'art. 1815 c.c., da alcuni annoverata come "pena privata", in quanto non limitata negli effetti al ripristino dell'equilibrio contrattuale tra le parti, ma certamente afflittiva per il mutuante? In questo secondo caso certamente no, posto che il divieto di retroattività della norma sanzionatoria, vale per quelle che, secondo i noti criteri "Engel" della Corte Europea possono essere considerate secondo le norme convenzionali "sanzioni penali", anche se non considerate come tale dall'ordinamento interno. L'assenza di *fair warning* può rendere secondo il diritto europeo non legittimamente sanzionabile la condotta sul piano penale, ma non ne esclude la l'illiceità civilistica, se la "pena privata" non consente di inquadrarla come sanzione di tipo penale secondo la giurisprudenza della Corte Edu.

II. *Gli interessi moratori e l'usura.*

L'accertamento dell'usura bancaria in sede di contenzioso è attualmente imperniata sull'inclusione nel calcolo del tasso usurario di alcune voci di costo (come la commissione di massimo scoperto, gli interessi di mora⁶, i costi di assicurazione e di mediazione).

Può trascurarsi la rilevanza attuale della CMS, sia perché ridimensionata dalla legge n. 2 del 2009 e dall'attuale art. 120 t.u.b. sia perché attualmente espressamente inclusa nel calcolo del TEGM. Uno spazio limitato meritano anche le voci relative a costi di assicurazione e mediazione, in quanto la S.C. già le considera parte del tasso usurario (Cass. civ. Sez. I, Sent., 05 aprile 2017, n. 8806) ; inoltre, secondo le Istruzioni della Banca d'Italia, già a partire dal 2009, sono espressamente incluse nella base di calcolo, non solo le spese di mediazione, ma anche *“le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore, se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte”*⁷.

Più delicata, invece, è la questione degli interessi moratori.⁸

⁶ In giurisprudenza, per l'applicabilità della legge n. 108/1996 anche agli interessi moratori già: App. Venezia, 18.4.2013, n. 342; Cass., 11.1.2013, n. 602, in *www.ilcaso.it*, 2013; Trib. Torino, 3.11.2006, in *Contratti*, 2007, 679, la quale ritiene anche applicabile la maggiorazione di 2,1 punti percentuali prevista per gli interessi moratori dai decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia; Trib. Bari, 28.9.2005, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 2005; Trib. Sulmona, 3.5.2005, in *P.Q.M.*, 2005, 2, 94, con nota di Pezone; Trib. Brescia, 24.11.2003, in *Mass. Trib. Brescia*, 2004, 131; Cass., 4.4.2003, n. 5324, in *Mass. Giur. it.*, 2003; App. Milano, 10.5.2002, in *Giur. it.*, 2003, 502; App. Milano, 9.4.2002, in *Gius.*, 2003, 3, 372; Trib. Sant'Angelo. Per la tesi contraria, escludendo l'applicabilità del secondo comma dell'*art. 1815 cod. civ.* agli interessi di mora: Trib. Roma, 1°2.2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1082, con nota di Lamorgese; Trib. Firenze, 20.9.2000, in *Gius.*, 2001, 517; Trib. Napoli, 5.5.2000, *Giur. it.*, 2000, 1665; Pret. Macerata, 1°6.1999, in *Foro it.*, 2000, I, 1709, con nota di Palmieri. Per i riferimenti giurisprudenziali su indicati si veda diffusamente TARANTINO: «*Usurae interessi di mora*», nota di commento a (Cass. civ. Sez. I Sentenza, 09 gennaio 2013, n. 350, e così anche per la posizione della dottrina).

⁷ Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura- luglio 2016. Sono escluse, invece, quelle chiaramente individuabili come spese di mera consulenza.

⁸ AA.VV, *Gli interessi usurari*, a cura di G. D'Amico, Torino, 2016.

La Corte di Cassazione (n. 350 del 9 gennaio 2013⁹), con una succinta motivazione ha affermato che gli interessi moratori rilevano ai fini del rispetto della soglia di usura, sia per ragioni di ordine letterale (ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p., si considerano usurari gli "interessi che superano il limite stabilito dalla legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti *a qualunque titolo*), sia per l'unitarietà del criterio di accertamento del tasso usurario da parte della legge n. 108 del 1996, sia per il preesistente principio di omogeneità di trattamento degli interessi (che si evince dall'art. 1224, 1° comma, cod. civ., per il quale gli interessi moratori sono dovuti, in difetto di diversa disposizione contrattuale, nella stessa misura degli interessi convenzionali)¹⁰. Un fugace riferimento alla loro rilevanza ai fini dell'usura è contenuto anche nella sentenza della Corte Costituzionale che negava l'usura sopravvenuta prima dell'intervento della norma di interpretazione autentica¹¹.

La Banca d'Italia, invece, ha sempre avuto una posizione opposta, omettendo di rilevare ed inserire gli interessi moratori nel TEGM. Nei Chiarimenti del 3 luglio 2013 alle "Istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura", afferma che «*gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo*» non devono essere esclusi dal calcolo del TEGM, con una previsione poi confermata anche nelle Istruzioni del luglio 2016, che escludono espressamente dal calcolo <<*gli interessi di mora e gli oneri assimi-*

⁹ Vedi anche Cass. 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603. Cass. 22.4.2000 n. 5286; Cass. 4.4.2003 n. 5324. Ad es., Cass. 6.3.2017 n. 5598 (seguita da Cass. 4.10.2017 n. 23192) ritiene possibile una sommatoria di interessi corrispettivi e moratori, che invece è radicalmente esclusa per la considerazione che i due tassi di interesse non possono essere mai applicati nella medesima unità di tempo, attenendo l'uno al capitale a scadere e l'altro al debito scaduto. La sommatoria dei tassi è *expressis verbis* definita "un'emerita sciocchezza" da Marcelli, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, in *Il caso*, 17.6.2014 (pag. 3).

¹⁰ Cfr. Cass. 9 gennaio 2013, n. 350; Cass. 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603. In precedenza Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, e Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996, da Cass. 7 aprile 1992, n. 4251.

¹¹ Sent. n. 29/2002: "*Va in ogni caso osservato - ed il rilievo appare in sé decisivo - che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori.*"

bili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo>>.

La questione, però è ampiamente controversa in dottrina ed in giurisprudenza.

Contro la loro inclusione si sostiene, ad esempio, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza di merito, che:

- l'inclusione degli interessi moratori innalzerebbe il TEGM danneggiando i clienti;
- si tratta di una fase di anomala del rapporto, conseguente all'inadempimento del cliente, mentre gli interessi corrispettivi riguardano l'aspetto commutativo e fisiologico, gli interessi moratori, invece, riguardano l'aspetto risarcitorio e patologico;
- la direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, sui contratti di credito ai consumatori, all'art. 19, par. 2, esclude dal calcolo del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) qualsiasi penale da inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora¹²;
- il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della direttiva 2014/17/UE, al "Capo I-bis" del t.u.b., per il credito immobiliare ai consumatori" esclude dal calcolo del "TAEG", ovvero il "costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua

¹² Una decisione dell'ABF Nord (Decisione n. 2427 del 16 aprile 2014) evidenzia che il legislatore europeo considera l'esclusione contrattuale degli interessi moratori come una lesione della libertà contrattuale del creditore. Allo scopo richiama la direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, attuata con decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192. In particolare, la citata decisione dell'ABF evidenzia che, nel 28° considerando, si afferma che: «*La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. A tale riguardo e conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale*».

dell'importo totale del credito" (art. 120 quinquies, comma 1) "le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito" (comma 2);

- l'esclusione degli interessi di mora dalle soglie è sottolineata anche negli appositi decreti trimestrali del MEF i quali specificano che *"i tassi effettivi globali medi (...) non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento"* (e così anche espressamente le Istruzioni della Banca d'Italia del 2016);

- gli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. si riferiscono ai soli interessi corrispettivi;

- già nel testo del testo della relazione governativa al D.L. n. 394/2000, convertito in L. n. 24/2001, si affermava che: *"L'articolato fornisce al comma 1 l'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 comma secondo c.c. Viene chiarito che quando in un contratto di prestito sia convenuto il tasso di interesse (sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio) il momento al quale riferirsi per verificare l'eventuale usurarietà sotto il profilo sia penale che civile è quello della conclusione del contratto a nulla rilevando il pagamento degli interessi"*;

- i rilievi del TEGM si riferiscono ad operazioni della stessa natura, per cui non può confrontarsi il tasso corrispondente alla somma di corrispettivi e moratori;

- nei mutui a tasso fisso con piano di ammortamento va escluso che possa verificarsi una condizione legale di cumulo di interessi corrispettivi e moratori, visto che la rata del piano di ammortamento prevede capitale ed interesse e che, alla sua scadenza della rata, diviene tutto capitale.¹³

L'orientamento della Corte di legittimità ha dalla sua parte, però, argomenti di tipo letterale, non secondari:

- l'art. 1, comma 1°, del d.l. 29.12.2000, n. 394, convertito con la legge n. 24/2001, introdotto con la finalità essenziale di interpre-

¹³V. Trib. Napoli, III Sezione, 14.4.2014. Altri giudici di merito, ancora, hanno evidenziato che la giurisprudenza maggioritaria non ha mai autorizzato la sommatoria degli interessi di mora a quelli corrispettivi, ma ha semplicemente e correttamente sommato il tasso degli interessi corrispettivi con la maggiorazione (spread) prevista per calcolare i tassi moratori (GUP Torino, 10 giugno 2014, in www.leggiditalia.it).

tare autenticamente gli artt. 644 c.p.c. e 1815, comma 2 c.c., dà rilevanza esclusiva al confronto tra tasso contrattuale e TEGM nel momento temporale della pattuizione, e non del pagamento, e fa riferimento agli interessi convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento”;

- il comma 4 dell’art. 644 c.p. imponendo “Per la determinazione del tasso di interesse usurario” di tener “conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito”, si basa su un criterio di omnicomprensività;

- la Relazione governativa che accompagna il decreto del 2000 fa un esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio»;

- il comma 3 dell’art. 644 c.p. punisce anche il patto usurario che riguardi, oltre gli interessi, oneri simili che risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all’opera di mediazione, “quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”.

L’orientamento indicato della rilevanza ai fini dell’usura del tasso moratorio è stata ribadita con la recente ordinanza della S.c. (sez. VI, 04/10/2017, n. 23192), la quale si è limitata a richiamare la sentenza Cass. 4 aprile 2003, n. 5324 e la ordinanza sempre di VI n. n. 5598/2017.

L’idea della non assimilabilità funzionale di interessi corrispettivi e interessi moratori risulta smentita non solo dal dato letterale dell’art. 1, comma 1 sopra citato e dal principio di omnicomprensività degli esborsi rilevanti del cliente, ma anche in base alla considerazione che la norma è nata per punire l’usura criminale e non settorialmente specificamente quella bancaria. Certamente il legislatore della riforma era perfettamente consapevole della ricorrente dinamica dei rapporti di usura, caratterizzati da una evoluzione peggiorativa delle condizioni di prestito e di rientro, con incrementi progressivi del tasso richiesto, richieste di prestazioni accessorie, *datio in solutum* totali o parziali, secondo moduli negoziali ed attuativi ben lontani dal semplice schema della pattuizione iniziale di un tasso determinato per la restituzione del prestito. Dalla complessità del rapporto economico tra il debitore ed il suo usurario nasce il principio di omnicomprensività dei costi inclusi.

All'argomento della diversità funzionale tra interessi moratori ed interessi corrispettivi, è poi agevole replicare, inoltre, che anche le polizze assicurative ed i costi di mediazione (così come la commissione di massimo scoperto, o di istruttoria veloce, nelle diverse declinazioni) hanno una funzione del tutto diversa rispetto a quella remunerativa degli interessi corrispettivi e, ciò nonostante, rientrano espressamente nel calcolo usurario¹⁴.

Appare superabile, ancora, anche la questione, certamente rilevante, della disomogeneità del metodo di calcolo di TEG e TEGM, dovuta alla mancata rilevazione del saggio medio degli interessi di mora di mercato.

Sul punto si sono ormai formate due tesi:

a) per la *tesi del TEGM unico*, perché, la necessaria omogeneità di calcolo tra TEG e TEGM sarebbe un falso mito, prevedendo già il legislatore, accanto al TEGM, che costituisce il riferimento per gli operatori, una soglia notevole di tolleranza fino a raggiungere la soglia di usura (il 50% in più ora sostituito dal nuovo criterio);

b) la *tesi del doppio TEGM*, invece, ritiene imprescindibile l'elaborazione di un duplice TEGM per ciascuna categoria di operazioni, ossia (a) il TEGM basato sugli interessi convenzionali (ed altri oneri) praticati sul mercato e (b) un secondo TEGM, inclusivo anche degli interessi di mora, da applicarsi per la stessa categoria di operazioni, ma solo in caso di inadempimento del cliente (determinato mediante CTU ed, in subordine, con il correttivo dell'incremento del 2,1% basato sull'ultima rilevazione degli interessi di mora).¹⁵

Con tale duplice rilevazione, da un lato, si evita che il tasso convenzionale regolarmente pagato sia confrontato con i tassi di mercato incrementati dello spread mediamente praticato per la mora e, quindi,

¹⁴ Già previste nelle Istruzioni del 2006, nelle Istruzione del luglio 2016" si precisa che "Le assicurazioni sul credito (...) e quelle per furto e incendio sono ritenute connesse con il finanziamento, e quindi incluse nel calcolo del TEG, anche nei casi in cui il beneficiario della polizza non sia l'ente creditore". Inota: "i contratti assicurativi di carattere del tutto accessorio (per esempio polizze sanitarie, polizze a tutela degli acquisti e prelievi effettuati con carta di credito), sia pure contestuali al finanziamento, in cui la polizza non è finalizzata in alcun modo al rimborso totale o parziale del credito non rilevano ai fini del calcolo del TEG. Parimenti, non vanno inclusi nel calcolo del TEG, le coperture assicurative obbligatorie per legge (es. RC auto) non direttamente connesse al rapporto di finanziamento".

¹⁵ P. SERRAO D'AQUINO, *Interessi moratori ed usura*, in *dirittobancario.it*.

l'innalzamento del TEGM; dall'altro lato, si evita anche una comparazione disomogenea tra il tasso contrattuale inclusivo degli interessi moratori ed il TEGM che, invece, li esclude, pur essendo essi, invece, comunemente praticati da tutti gli operatori di mercato.

In questo modo gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori restano sul piano giuridico entità distinte che delineano un duplice ed alternativo regolamento di interessi, per la fase fisiologica del rapporto contrattuale i primi, per la fase patologica, i secondi.

Ne deriva che le conseguenze del superamento del tasso di usura in tal modo appaiono adeguatamente regolate. La natura usuraria dei soli interessi moratori determina una nullità solo parziale del contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c., per cui restano dovuti gli interessi corrispettivi, indipendentemente dal fatto che la banca abbia o meno preteso gli interessi moratori.

Questa idea di un doppio regime dello stesso contratto, non solo è conforme alla duplice rilevazione separata di alcuni contratti come l'apertura di credito in conto corrente, che richiede evidenze separate, se accompagnata o meno da affidamento o vi sia sconfinamento o assistenza di garanzie¹⁶, ma risulta ora espressamente affermata, quanto al trattamento sanzionatorio differenziato proposto da chi scrive, ed applicato da parte della giurisprudenza di merito, anche dalla Corte di

¹⁶ Istruzioni della Banca d'Italia del 2016: << *Cat. 1. Aperture di credito in conto corrente - Rientrano in tale categoria di rilevazione le operazioni regolate in conto corrente in base alle quali l'intermediario, ai sensi dell'art. 1842 e ss. del c.c., si obbliga a tenere a disposizione del cliente una somma di denaro per un dato periodo di tempo ovvero a tempo indeterminato e il cliente ha facoltà di ripristinare le disponibilità. Vanno inseriti in tale categoria anche i passaggi a debito di conti non affidati nonché gli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato. È richiesta separata evidenza delle operazioni con garanzia e senza garanzia (Cat. 1a e 1b). Per operazioni "con garanzia" si intendono quelle assistite da garanzie reali ovvero da garanzie prestate da banche, imprese di investimento, società e enti di assicurazione, confidi e intermediari finanziari iscritti all'albo unico (4). Vanno segnalate tra le operazioni con garanzia anche quelle parzialmente garantite. È richiesta altresì separata evidenza dei passaggi a debito di conti senza affidamento (Cat. 1c). Qualora su uno stesso conto corrente non affidato si registrino saldi a debito nel trimestre di riferimento e successiva concessione di fido nel medesimo trimestre devono essere considerate due distinte operazioni, ciascuna nella rispettiva sotto-categoria. Parimenti, 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.>> (pag. 17).*

legittimità (sez. 1 - ord. n. 21470 del 15/09/2017) che ha recentemente affermato che <<In tema di contratto di conto corrente bancario, qualora vengano pattuiti interessi superiori al tasso soglia con riferimento all'indebitamento extra fido e interessi inferiori a tale tasso per le somme utilizzate entro i limiti del fido, la nullità della prima pattuizione non si comunica all'altra, pur se contenute in una medesima clausola contrattuale, poiché si deve valutare la singola disposizione, sebbene non esaustiva della regolamentazione degli interessi dovuti in forza del contratto.>>

Con tale pronuncia la Corte ha ricordato che <<la clausola è un'unità precettiva dell'accordo contrattuale, unità che può articolarsi anche in più disposizioni distinte (Cass. 26 giugno 1987, n. 5675; cfr. pure Cass. 11 aprile 1979, n. 2123), affermando <<che l'art. 1815, comma 2, c.c., nel prevedere la nullità della clausola relativa agli interessi, ove questi siano usurari, intende per clausola la singola disposizione pattizia che contempli interessi eccedenti il tasso soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto. La sanzione dell'art. 1815, comma 2, c.c., dunque, non può che colpire la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano.>> Ancora aggiunge la sentenza <<così non fosse, la norma non potrebbe trovare pratica applicazione tutte quelle volte in cui - per effetto della differenziazione dei tassi applicabili in ragione di diverse condizioni (come, appunto, l'entità dell'indebitamento del correntista) - nella clausola che disciplina la misura degli interessi contrattuali convivano una disposizione che fissi gli stessi al di sopra della soglia usuraria ed altra che la determini in una misura inferiore>>.

I delicati principi affermati nella sentenza sono in parte meritevoli di adesione, ma necessitano di una successiva puntualizzazione da parte della Corte. Il legislatore, infatti, considerata unitariamente il peso economico del prestito del mutuatario: le clausole, quindi, non sono distinte, ma i loro contenuti economici, resi omogenei con l'opportuna formula commutativa, inevitabilmente si sommano. E' vero, invece, che il contratto può prevedere un tasso non unico, ma differenziato: entro una certa somma, oltre, con o senza garanzie, nel fido o in assenza di fido: non si tratta di singole componenti di un prezzo unita-

riamente applicato, ma di “prezzi” del prestito diversi a seconda delle condizioni della richiesta, questi sì autonomi gli uni dagli altri, perché destinati a non operare congiuntivamente, ma alternativamente, così come avviene specificamente per il tasso contrattuale nell’esecuzione fisiologica del rapporto e per il tasso moratorio nella (solo eventuale) fase patologica.

Non del tutto condivisibile, però, è la conseguenza di questa doppia convivenza di disposizioni contrattuali, anche per l’incertezza della fattispecie esattamente veicolata nel giudizio di legittimità: *<<in conclusione, dunque, l’indebitamento oltre i limiti del fido, prodottosi in un determinato arco temporale, genera per certo interessi non dovuti, in quanto il tasso relativo si collochi oltre la soglia di legge: ma ciò non esclude che l’indebitamento entro i limiti del fido, prodottosi in altro periodo, produca interessi che il correntista debba corrispondere, ove il relativo tasso di interesse non presenti carattere usurario.>>* (sent. cit.) Evidenziato che, in genere, il prestito non assistito da affidamento può essere dovuto alla sua eccedenza rispetto al fido, o alla mancanza (es. per revoca del fido), la Corte, pertanto, conserva in pieno l’onerosità del prestito entro il fido, rendendo, invece, gratuito il prestito ultra fido. Tale dato, però, non è meramente temporale, come sembrerebbe dedursi dalla motivazione, ma anche quantitativo, perché nel periodo di sfioramento del fido, vi è, naturalmente una parte entro l’affidamento ed una parte eccedente. Restano dovuti gli interessi corrispettivi per il debito entro il limite del fido, quando vi sia sfioramento o in tale periodo il contratto si trasforma in gratuito? E’ certo, poi che sia nullo il tasso maggiorato ultra fido e non possa trovare applicazione il tasso corrispettivo ordinario, se è vera la premessa da cui muove la sentenza dell’autonomia delle clausole?

Inoltre, gli indicati metodi di calcolo (differenziati sull’apertura di conto corrente nel fido e non affidato o ultrafido) evidenziano l’infondatezza dell’assunto per il quale non sarebbe ipotizzabile una distinzione del TEGM tra tasso corrispettivo e moratorio delle operazioni, perché, motivato sul fatto la soglia di usura sarebbe distinta dalla legge in funzione della natura del credito, non della diversa tipologia (compensativa o moratoria) del tasso di interesse praticato.

La Corte di legittimità non ha un orientamento chiaro sulla necessità di includere gli interessi di mora nel calcolo del TEGM, del TEG o di entrambi e, più in generale sulla simmetria della due basi di calcolo.

Se, infatti, Cass. 22.6.2016 n. 12965 ha affermato “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”, l’ordinanza interlocutoria del 9.5.2017 n. 15188, invece, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, ritenendo che 108/1996 “contempla espressamente l’eventualità della non omogeneità dei dati” .

Recentemente sono stati proposti validi argomenti a favore della tesi che nega la necessità di una omogeneità di calcolo di TEG e TEGM, non solo ritenendo il principio della loro simmetria un falso motivo, ma affermandosi (tra gli altri Marcelli, Astuni, Girino, Stilo) che: a) il decreto ministeriale non sarebbe una mera fotografia del tasso economico mediamente praticato sul mercato, dipendendo l’esito della rilevazione da scelte di discrezionalità tecnica (quali il tipo di operazioni rilevate e l’inclusione o meno di determinate voci di costo), sebbene, si precisa, l’autorità amministrativa non abbia un potere discrezionale di restringere l’ambito di costi inerenti nella rilevazione; b) la rilevazione del saggio medio del 2,1% sarebbe ormai inattuale e, comunque, praticata con diversa metodologia e con finalità statistica; c) il TEGM, soprattutto dopo la sua riformulazione legislativa del 2011, introdurrebbe una soglia di tolleranza così ampia da poter ragionevolmente contenere anche l’addizione al tasso contrattuale dello spread per gli interessi moratori, senza comprimere l’esigenza legittima della banca di forfetizzare il danno da ritardato adempimento, ma solo nel limite di una soglia già molto ampia; d) l’inclusione di tale voce nel TEGM, se prevista per l’intero valore dello spread innalzerebbe surrettiziamente il tasso fisiologico, danneggiando i clienti della banca; resta complesso, invece, calcolare la loro incidenza in base alla stima del rischio di inadempimento.

Senza dubbio la tesi del TEGM unico e della rilevanza degli interessi moratori solo per il calcolo del TEG risulta di applicazione lineare; tuttavia, poiché gli interessi moratori sono previsti in tutti i contratti bancari, l’inclusione nel secondo parametro non può non implicare che di essi si tenga successivamente conto nel TEGM, determinando l’indicato effetto distorsivo. Ciò rende preferibile a mio avviso, la tesi del doppio TEGM: così come il TEGM per i fidi viene suddiviso tra affidamenti entro il fido e sconfinamenti, il TEGM dei diversi contrat-

ti bancari va calcolato tenendo conto dei tassi contrattuali previsti nell'ipotesi del regolare adempimento e per quelli maggiorati nell'ipotesi di inadempimento.

In un rapporto ad esecuzione regolare il costo effettivo per il cliente resta quello del solo interesse contrattuale, e non di quello maggiorato. Se tecnicamente possibile un calcolo attendibile dei diversi rischi di adempimento, potrebbe anche essere alternativamente incrementato tanto il TEG quanto il TEGM dello spread.

Risulta, inoltre, palmare la distinzione rispetto agli oneri rappresentati dai costi assicurativi o di mediazione. Se questi ultimi consentono di sconfessare l'argomento della non corrispettività rispetto al prestito degli interessi moratori, per contro, essi sono computati perché sono un costo fin dall'inizio ed ineludibilmente sopportato dal cliente, mentre i primi sono costi che gravano sul cliente *solo se e quando* diviene inadempiente.

Resta però il fatto che la Banca d'Italia continua a non rilevare ed inserire nel TEGM gli interessi di mora. In più, anche lo stesso legislatore sembra enfatizzare la diversità tra interessi corrispettivi ed altri oneri, avendo escluso dal TAEG, con il citato d.Lgs. 21 aprile 2016, n. 72, come si è detto, le penali previste nei contratti di credito immobiliare ai consumatori.

Parte della dottrina¹⁷ successiva ha ritenuto, tuttavia, non determinante l'esclusione dal TAEG delle "eventuali penali pagabili" dal consumatore: escludendo la riconducibilità degli interessi di mora alla penale e ritenendo, pertanto, corretta la mancata rilevazione degli interessi di mora nel TEGM, e la loro inclusione, invece, nel calcolo del TEG (con ciò indirettamente negando la necessità del trattamento omogeneo), in virtù della diversità di scopo dei due istituti.¹⁸

La tesi della non simmetria di TEG e TEGM risulta però utile alla risoluzione del problema dell'attuale mancato rilievo del tasso di interesse di mora. Agevola, infatti, nel considerare che, nel rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale, e non solo, il TEGM esiste ed è (tendenzialmente) quello indicato nei decreti ministeriali, per cui se il consulente tecnico di parte o del giudice può ad-

¹⁷A. STILO, *Interessi moratori e "principio di simmetria" nella determinazione del tasso usuraio*, in *Contratti*, 2016, 11, 1043.

¹⁸Avendo il TEGM funzione statistica di fotografia del mercato fisiologico ed il TEG, invece, regolando in concreto il rapporto.

divenire ad una conclusione certa sul saggio di interesse moratorio medio applicato su quel tipo di operazione, se ne terrà conto per una determinazione più aderente al dato economico reale, mentre se tale operazione avrà esito incerto, tale incertezza, esistente il parametro ufficiale di riferimento, non escluderà l'usura, ma porterà ad utilizzare il TEGM così come rilevato ed includere gli interessi moratori nel TEG.

Non convince, però, nel voler considerare come costo del credito gli interessi di mora solo nel contratto oggetto di contenzioso, e non per il calcolo del TEGM. Singole clausole del contratto, specificamente e occasionalmente convenute dalle parti, infatti, possono tranquillamente prevedere oneri non considerati per il TEGM ed essere considerate nel TEG: il principio di omnicomprensività serve proprio ad evitare che si eluda la norma sul tasso di usura presunto. Ciò che appare logico nella prospettiva del caso, lo sembra meno in una prospettiva di sistema. Quando, infatti, tale clausola, come quella degli interessi di mora, è oggetto di generale applicazione nel mercato creditizio, facendo parte dei contratti standard e costituisce onere del credito, essa deve necessariamente essere oggetto di rilievo per il TEGM. A questo punto, però, se non viene fatta una rilevazione separata, nel caso degli interessi di mora, essi determineranno necessariamente l'incremento del tasso medio, a danno della stragrande maggioranza di clienti che adempie regolarmente.

In sintesi, seguendo la tesi del doppio TEGM (ma anche, in definitiva, la tesi del TEG doppio, calcolato con e senza interessi di mora e comparato con l'unico unico TEGM rilevato), va respinta la tesi¹⁹ della trasformazione contratto di mutuo in un contratto gratuito ex art. 1815 c.c. quando è solo il saggio di mora a sfiorare la soglia di usura.

Il giudice, invece, valutata la relativa clausola come totalmente autonoma e perciò destinata ad incidere come costo del credito per il cliente solo eventualmente ed alternativamente (e non cumulandosi col tasso corrispettivo)²⁰, dichiarerà la nullità dei soli interessi di mora, conservando la validità del prestito al tasso corrispettivo infraso-glia.

¹⁹Es. App. Venezia, Sez. III Civ., 18 febbraio 2013, n. 342.

²⁰ Anche se il tasso di mora è determinato come spread, trattandosi solo di una determinazione.

A questo punto, la distanza, negli effetti pratici, tra la tesi che li include nel calcolo e quella che, invece, li esclude, non è però molta. Anche in questo secondo caso, viene, sia pur in altro modo, sanzionata la loro incidenza eccessiva nell'equilibrio del contratto attraverso lo strumento della riduzione, anche d'ufficio, della penale ex art. 1384 c.c.

La tesi della nullità della sola clausola sugli interessi di mora per contrasto con l'art. 644 c.p., implica l'applicazione al cliente dei soli interessi corrispettivi.

La tesi dell'applicazione dell'art. 1384 c.c. prevede, invece, una riduzione flessibile e discrezionale degli interessi moratori entro la soglia di usura (ma anche al disotto di tale soglia, quando lo spread aggiuntivo al tasso corrispettivo appaia comunque eccessivo).

Va infine ricordato che per l'art. 120 del t.u.b. come novellato nel 2016²¹, consente che gli interessi di mora siano calcolati, non solo sul capitale, ma anche sugli interessi debitori maturati: "gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, *salvo quelli di mora*, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

La norma lascia nuovamente spazio all'adozione nei contratti di mutuo di clausole in tema di produzione degli interessi di mora sull'importo complessivo della rata (sia nella quota capitale sia nella quota interessi, quali entità inscindibili dopo la scadenza).²²

III. *Cenni alle clausole di salvaguardia.*

Diversi contratti prevedono la cd. clausola di salvaguardia con la quale si prevede che l'interesse contrattuale è dovuto nei limiti del tas-

²¹ A. STILO, *Interessi moratori e "principio di simmetria" nella determinazione del tasso usurario*, cit.

²² Se, infatti, il vincolo al CICR di poter regolare solo la produzione di interessi (e non degli interessi sugli interessi) porti ad escludere tale possibilità, può in alternativa sostenersi che, se gli interessi debitori possono produrre interessi moratori, il contratto può prevedere che, per le rate scadute, essi possono essere calcolati, tanto sul capitale quanto sugli interessi.

so di usura o che è dovuta la restituzione dell'interesse percepito oltre soglia.

Ci si è chiesti se tali clausole, che indubbiamente risultano *border line*, mirando a marginalizzare lo scostamento tra tasso contrattuale e tasso usurario, siano valide, posto che esse impediscono la percezione, almeno definitiva, di interessi usurari,

La citata sentenza della S.C. n. 12965/2016 ha affermato che <<la clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del cd. tasso soglia usurario, ma solo mediante l'astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla ex art. 1344 cod. civ., perché tesa ad eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall'art. 1815, comma 2, cod. civ. per il mutuo (regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro una remunerazione)>>.

In precedenza la giurisprudenza si era espressa anche favorevolmente affermando che <<il contratto di mutuo nel quale risulta, espressamente indicata, la disciplina del rapporto negoziale per quanto concerne le modalità, i termini del rimborso ed il calcolo degli interessi, anche moratori, preclude il verificarsi del superamento del tasso soglia. La cd. clausola di salvaguardia impedisce così il verificarsi dell'usura in quanto limita ab origine il possibile superamento del tasso soglia. (Trib. Napoli, Giudice dell'esecuzione, ord. del 09/01/2013, pronunciato in merito alla richiesta di sospensione dell'esecuzione per un presunto superamento del tasso soglia di un contratto di mutuo).

Diversa dalla clausola di salvaguardia è la clausola con cui la banca allinea il tasso di interesse contrattuale alla soglia di usura, eventualmente salvo uno spread minimo. E' valida questa marginatura del tasso di interesse? La clausola non contrasta direttamente con l'art. 644 c.p. perché l'interesse non è usurario. E', tuttavia, una frode alla legge? Difficile sostenerlo perché la clausola non mira ad aggirare il divieto di usura, ma solo a massimizzare il profilo indipendentemente dalla specifica condizione di rischio specifico del cliente. Neppure si tratta di una clausola indeterminata come lo erano gli usi su piazza. Essa rende il tasso variabile ricollegandolo non a un determinato indi-

ce economico rappresentativo del costo del denaro (come l'IRS, l'EURIBOR, etc.), ma alla soglia di confine tra tasso lecito e tasso criminale. In questo, prescindendo (tendenzialmente) dal merito creditizio del cliente potrebbe essere considerata non meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. o, comunque, contraria a buona fede, con tutti i problemi del regime della sua patologia. Bisogna chiedersi però, per verificare la correttezza del ragionamento, se una clausola che, invece, faccia coincidere il tasso contrattuale con il TEGM sia valida. In tal caso la risposta può essere positiva, rispondendo tale clausola all'esigenza di fissare un tasso variabile secondo la curva dei tassi di mercato, e non presentando profili parassitari. La prima clausola, invece, se fosse di applicazione generale, invece, rappresenterebbe un fattore di spinta verso l'alto dei tassi debitori di mercato. Potrebbe, quindi, essere sanzionabile con la nullità, ma non ex art. 1815 c.c., quanto ex art. 1418 c.c. per il suo effetto distorsivo del mercato del credito.

Si giunge in tal modo ad affrontare l'ultima questione, che poi si traduce in un ritorno alla ratio della normativa antiusura. La legge intende tutelare il patrimonio del contraente debole contro la prevaricazione contrattuale della parte forte che concede il credito oppure ha anche una finalità di calmierare il mercato del credito, evitando spirali di innalzamento dei tassi di mercato da parte del cartello bancario?

L'usura oggettiva da superamento del tasso soglia non era nata per trovare la sua applicazione principale al prestito bancario quanto al prestito di strada, sostituendo l'incerto elemento costitutivo dello stato di bisogno con la soglia oggettiva di usura. Non poteva che esserle estraneo lo scopo di calmierare tassi bancari. Del tutto eccentrica, quindi, è un'ipotetica funzione livellatrice del credito bancario, funzione che assumerebbe necessariamente con il riconoscimento dell'usura sopravvenuta (in senso proprio). Essa, senza il recente intervento delle Sezioni Unite, si sarebbe tradotta nella sostanziale abrogazione, nella parte a favore del cliente, del tasso fisso dei prestiti, e ciò per effetto di una clausola normativa di tipo "Cap" automaticamente inserita in ogni contratto di prestito e desunta dalla legge antiusura.

A venti anni dalla sua introduzione la repressione dell'usura è inarrestabilmente trascinata dall'alveo del prestito illegale di quartiere verso quello dell'attività bancaria; in tale settore, tuttavia, per la pluralità

dei regolatori e per la successione continua di spinte e contropunte economiche e giurisprudenziali, si è costretti a muoversi costantemente, per ragioni tanto sistematiche quanto assiologiche, secondo direttrici tuttora incerte.