



Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Pisa

Commissione di Studio Attività Ausiliarie di Giustizia

Il set dei quesiti di riferimento nell'ambito del contenzioso
bancario in materia di anatocismo e usura.

Una proposta ragionata della Commissione di Studio
Attività Ausiliarie di Giustizia

(Novembre 2017)

INDICE

Introduzione	pag. 4
1. La validità delle clausole contrattuali	pag. 5
1.1 La Cms – evoluzione normativa	5
1.1.1. Periodo ante 2009	5
1.1.2 Situazione dal 2009 al 2012	7
1.1.3 Situazione post 2012 (Terzo e ultimo Intervento del legislatore)	8
1.1.4 Le proposte di quesiti della Commissione sulla validità della clausola inerente la commissione di massimo scoperto	10
1.2 Gli altri oneri e spese inerenti il rapporto di conto corrente	11
1.2.1 L'evoluzione normativa	11
1.2.2. Operazioni attive e passive	13
1.2.3. Tasso unico sostitutivo o c.d. roll over dei tassi?	14
1.2.4. Forma del contratto	14
1.2.5. La proposta di quesito della Commissione	16
1.3 Le valute	17
1.3.1 L'evoluzione normativa	17
1.3.2. La proposta di quesito della Commissione in materia di valute	20
2. L'usura nel rapporto di conto corrente	pag. 21
2.1 La Legge n.108/96: le fattispecie di usura	21
2.2 L'usura oggettiva	21
2.3 L'usura soggettiva (o in concreto)	22
2.4 Le Istruzioni della Banca d'Italia in materia di TEG	25
2.5 Le criticità della formula di Banca d'Italia e un confronto ragionato con il TAEG	32
2.6 La Giurisprudenza della Corte di Cassazione	40
2.7 Le proposte di quesiti della Commissione in materia di usurarietà degli interessi corrispettivi	44
3. L'anatocismo nel rapporto di c/c	pag. 50
3.1 L'evoluzione normativa	50
3.1.1. Periodo ante 30 Giugno 2000	50
3.1.2. Periodo dal 30 Giugno 2000 al 31 dicembre 2013	51
3.1.3. Periodo dal 01 Gennaio 2014 al 30 settembre 2016	54
3.1.4. Periodo dal 01 Ottobre 2016 a oggi	58
3.2 La proposta di quesito della Commissione in materia di anatocismo	65
3.3 Indagine tecnica che dovrà svolgere il Consulente per rispondere ai quesiti assegnati	66
4. La prescrizione	pag. 70
4.1 L'evoluzione normativa	70
4.2 La proposta di quesito della Commissione in materia di prescrizione	71
4.3 L'indagine tecnica che dovrà svolgere in pratica il Consulente per rispondere al quesito assegnato	71

5. L'usurarietà nel rapporto di mutuo	pag. 77
5.1 Focus sull'usura sopravvenuta	77
5.1.1 Usura sopravvenuta: i rimedi occorsi nel passato. L'inesistenza del fenomeno alla luce della Sentenza Cassazione Sezioni unite del 19 ottobre 2017 n° 24675	79
5.2 La verifica dell'usura: la rilevazione del tasso supposto usurario e le istruzioni della Banca d'Italia	81
5.2.1 Orientamenti della giurisprudenza in materia di commissioni e polizze: criticità	84
5.2.2 Gli interessi di mora	84
5.2.3 La clausola di estinzione anticipata	88
5.3 La proposta di quesito della Commissione in materia di usura sui mutui	89
 6. L'anatocismo nel rapporto di mutuo	 pag. 91
6.1 L'evoluzione normativa	91
6.2 Ammortamento alla francese e anatocismo	94
6.3 La proposta di quesito della Commissione in materia di usura sui mutui	98

Allegati

Allegato 1: file excel esempio di calcolo usura sui c/c

Allegato 2: file excel esempio di calcolo anatocismo sui c/c

Allegato 3: riepilogo del set dei quesiti suddivisi per argomenti

Introduzione

Il presente lavoro della Commissione Studi Attività Ausiliarie di Giustizia nasce dall'esigenza, spesso avvertita nella prassi dai consulenti tecnici d'ufficio e di parte che affrontano la materia del contenzioso bancario in materia di anatocismo e usura, di cercare di "mettere a sistema" i più rilevanti profili di criticità che caratterizzano questa fase patologica del rapporto tra la banca ed il correntista e ciò con il preciso scopo di enucleare una serie di domande a cui cercare di dare risposte tecnicamente e giuridicamente adeguate per la risoluzione del conflitto. In particolare, con il presente lavoro si è dapprima cercato di delineare in forma sintetica i principali aspetti patologici che caratterizzato il suddetto rapporto, richiamando la normativa e la principale giurisprudenza in materia ancorché la medesima sia tuttora in continua evoluzione; successivamente, in conformità allo normativa e giurisprudenza di riferimento, si è cercato di enucleare una serie ragionata di quesiti standard la cui risoluzione da parte dei consulenti tecnici chiamati a cimentarsi in *subiecta* materia (siano essi d'ufficio o di parte) dovrebbe permettere di risolvere il conflitto secondo una corretta tecnica bancaria, corretti riferimenti normativi ed in aderenza a quelli che possono essere i principali ed attuali orientamenti giurisprudenziali. In sostanza il principio che ha guidato il presente lavoro può sintetizzarsi nel detto < *a buone domande buone risposte*>.

E' importante poi sottolineare che il presente lavoro non ha, né può mai avere alcuna pretesa di esaustività , né alcuna pretesa di sostituire e/o esautorare e /o integrare il Giudice dal suo ruolo istituzionale di colui che in modo imparziale decide ed assegna i quesiti allorquando dispone la consulenza tecnica.

Detto lavoro, si ripete, ha solo l'intento di fornire un contributo in termini di "sistemizzazione" di taluni concetti chiave in materia di anatocismo ed usura al fine di enucleare in conformità, un set di domande sensibili; domande che a giudizio della Commissione potrebbero utilmente essere rivolte ai consulenti onde permettere ai medesimi di poter formulare adeguate e chiare risposte in materia allorquando siano professionalmente chiamati a dare il proprio contributo sia in veste di consulenti tecnici d'ufficio che di consulenti di parte (sia di correntisti/imprese che banche). Pare quindi più che opportuno osservare che qualora il consulente sia chiamato direttamente dal Giudice a svolgere una data consulenza tecnica , egli deve necessariamente e prioritariamente attenersi al quesito assegnato ed attentamente valutarlo in ogni suo risvolto ed implicazione; in tale contesto il presente lavoro potrebbe essergli d'ausilio per meglio comprendere le domande che gli sono state rivolte dal Giudice e conseguentemente approcciarsi in modo più cosciente ed adeguato alla risoluzione delle medesime.

Quanto al consulente di banche e correntisti, il presente lavoro potrebbe essergli d'ausilio per orientarsi rapidamente in materia anche al fine di fornire una propria valutazione tecnica in una fase *pre contenziosa* ovvero di risoluzione del conflitto attuale o potenziale in via stragiudiziale.

Stesso dicasi per il mediatore professionale a cui siano devolute controversie in materia di anatocismo ed usura in ambito bancario.

Cap. 1 - LA VALIDITA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI

1.1 La Cms – evoluzione normativa

La commissione di massimo scoperto (CMS) venne introdotta nei contratti bancari a partire dalle norme bancarie uniformi (NBU) adottate dal 1 gennaio 1952. Tuttavia essa non è mai stata normata specificatamente sino al gennaio del 2009.

L'evoluzione normativa in materia di commissioni bancarie è suddivisibile in tre distinti periodi storici:

1° periodo: ante 2009. Questo periodo storico è caratterizzato dall'assenza di una specifica normativa di riferimento.

2° periodo: dal 2009 al 2012. A seguito dell'entrata in vigore del DL 185/2008 in vigore dal 2 gennaio 2009 le commissioni bancarie risultano normate ma si manifestano in modo diverso recependo in parte l'evoluzione giurisprudenziale.

3° periodo: post 2012. Con l'avvento dell'articolo 117 bis del Testo Unico Bancario le commissioni bancarie risultano del tutto normate ed almeno sino ad oggi definitivamente.

1.1.1 Periodo ante 2009

Sino al 2009 non esisteva una normativa di riferimento per le commissioni bancarie. Tutto era rimesso alla prassi e alla contrattazione tra banca e cliente.

In particolare nella pratica bancaria era d'uso l'addebito della commissione di massimo scoperto (CMS), commissione che invero nel tempo si è diversamente manifestata nella sua connotazione specifica nella prassi bancaria.

In origine essa aveva la funzione di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover essere sempre pronto a fronteggiare l'utilizzo di un fido concordato.

Se questa era la caratteristica di base della clausola, è vero però che gli istituti di credito non ne hanno fatto un'applicazione costante ed uniforme, tale da attribuirle un significato univoco nell'ottica contrattuale.

Per molti anni non è infatti stato possibile individuare in modo univoco lo scopo, più tecnicamente **l'oggetto** della pattuizione. Se da un lato la CMS è stata espressione del rischio assunto dalla banca rispetto alle variazioni nel costo della provvista, dall'altro l'applicazione talvolta entro l'importo affidato e/o utilizzato, altre volte oltre l'affidamento, non ha consentito di inquadrare definitivamente la fattispecie tra **i costi connessi alla disponibilità** o tra **i costi connessi all'utilizzo effettivo del credito**.

Si consideri inoltre che la clausola contrattuale era spesso strutturata in modo talmente generico da permettere alle banche di farne un utilizzo pressoché incontrollabile ed indiscriminato e tale da non consentire all'utente di poterne calcolare i costi.

Con il decorso del tempo, nella prassi bancaria si è verificata spesso una sostanziale modifica della "base imponibile" di riferimento: spesso nei casi di mancato ricorso al fido concesso nulla veniva richiesto, mentre nel caso di utilizzo, il credito concesso veniva gravato, oltreché degli interessi, di questo ulteriore onere computato sul massimo scoperto del conto.

Detta commissione appariva comunque del tutto ingiustificata per i conti non affidati: in queste ipotesi infatti la banca non mantiene nella disponibilità del cliente alcuna somma di denaro, curando bensì un servizio di pronto e momentaneo affidamento.

Questo stato di incertezza si riflette anche sulla giurisprudenza del periodo, che rileva diversi orientamenti.

In un primo periodo la giurisprudenza si esprime in prevalenza contro l'applicazione della CMS, indicando la nullità della relativa clausola contrattuale in quanto il servizio reso dalle banche con l'apertura di credito trovava già sufficiente ed adeguata remunerazione nella pattuizione degli interessi e pertanto la richiesta di ulteriori somme per tale prestazione si configurava come **priva di causa** (Trib. di Milano, Sent. n. 8896 del 29/06/2002; Trib. di Lecce, Sent. del 11/03/2005; Trib. di Monza, Sent. del 12/12/2005).

Pronunce più recenti si erano espresse in favore della validità degli addebiti a titolo di CMS, ritenendo che la stessa non costituisse una componente degli interessi od una modalità di calcolo degli stessi, **essendo invece destinata a remunerare una diversa prestazione della banca, consistente nell'integrale ed immediata messa a disposizione dei fondi di cui all'apertura di credito a semplice richiesta del cliente** (Trib. di Mantova, Sent. del 02/02/2009).

In tale scenario di riferimento per i contratti sorti ante 2009 il perito chiamato ad effettuare una verifica sulla validità della commissione applicata non potrà che attenersi, oltre che alle generali norme sulla trasparenza - secondo cui tale commissione dovrà essere rinvenibile in un contratto scritto - anche alla correttezza della pattuizione sottoscritta. **In particolare il perito dovrà verificare:**

- a) **l'esistenza e completezza di una specifica previsione contrattuale che ne individui la base di calcolo** (verificare quindi se la stessa è un ulteriore costo rispetto all'apertura di credito e se trattasi di una commissione applicata sullo scoperto di conto oltre l'affidato ovvero se sia applicata solo sul fido accordato);
- b) **la percentuale (aliquota) di applicazione;**
- c) **la periodicità di liquidazione.**

1.1.2 Situazione dal 2009 al 2012

In assenza di una previsione normativa e senza un preciso orientamento giurisprudenziale, si era dunque creato un fitto contenzioso in materia tra banca e clienti.

Ecco che allora il Legislatore intervenne cercando di porre rimedio a detta situazione.

Primo tentativo del legislatore

Il primo tentativo del legislatore lo si deve attribuire **all'art. 2 bis del D.L. n. 185 del 29 novembre 2008**, convertito con modificazioni nella **Legge n. 2 del 28 gennaio 2009**.

Con detta norma, per la prima volta, sono fornite le definizioni di commissioni di massimo scoperto (o comunque denominata), sono individuati i casi di nullità e sono infine precisate le condizioni per la validità delle pattuizioni.

In sintesi, con l'avvento di detta normativa, la clausola poteva ritenersi valida ed efficace al ricorrere delle seguenti condizioni:

- I. il corrispettivo fosse ***predeterminato unitamente al tasso di interesse debitore per le somme effettivamente utilizzate***;
- II. il corrispettivo fosse ***onnicomprensivo e proporzionale all'importo e durata del finanziamento utilizzato***;
- III. il contratto fosse sottoscritto da un soggetto, già titolare di un conto corrente, con ***patto scritto, non rinnovabile tacitamente***;
- IV. il corrispettivo fosse ***specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento***.

L'art. 2 bis del D.L. n. 185/2008 ha inoltre espressamente previsto: *i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo di recesso agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1995, n. 385 e successive modifiche.*

Il termine, ordinatorio, scadeva il 27 giugno 2009.

Tuttavia le opacità funzionali della CMS restavano immutate anche alla luce della disciplina di fine gennaio 2009.

Paradossalmente tale norma infatti non solo legittimava la CMS (dalla nullità della clausola, quando non vengano rispettate le condizioni legali, si evince la sua validità in caso contrario ossia di rispetto delle citate condizioni) ma addirittura la legittimava proprio nella sua configurazione tradizionale, ossia come onere calcolato sulla maggior somma utilizzata nel

periodo. Pertanto da tale momento non se ne poteva più in alcun modo predicare la mancanza di causa.

Secondo tentativo del legislatore

Resosi conto del possibile peggioramento delle condizioni applicabili al correntista, sia pure dietro un'apparente abolizione delle "vecchie" CMS, il legislatore, con una disposizione introdotta nell'articolo 2 del D.L. 1 luglio, 2009, n. 78, convertito in Legge 3 agosto 2009, n.102, interveniva nuovamente limitando l'autonomia della banca nella determinazione della percentuale della retribuzione la quale in ogni caso non avrebbe mai potuto superare - a pena di nullità della clausola stessa - lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento.

Detta disciplina venne successivamente abrogata dall'art. 27 comma 3 del D.L. 24 gennaio 2012 n.1 convertito in L. n. 27 del 24 marzo 2012.

La giurisprudenza prevalente in questo periodo si pronunciò nel senso di ritenere la CMS affetta da insanabile nullità per difetto di causa, in ipotesi di applicazione sul massimo sconfinamento eseguito nel periodo; ciò, in quanto, in tal caso essa avrebbe costituito **una doppia imposizione su somme che già erano produttive di interessi**, e dunque una forma occulta di costo per il cliente, con l'effetto di aumentare ingiustificatamente il tasso reale dell'interesse praticato (Trib. di Mondovì, Sent. del 04/05/2010).

In ogni caso, la clausola contrattuale che prevedeva la CMS, restava comunque sempre nulla qualora il contratto che la prevedeva non ne enunciasse anche il contenuto e l'ammontare, in modo tale che il cliente fosse sempre in grado di calcolarla sia *ex ante* che ricostruirla *ex post* (Trib. di Parma, Sent. del 23/03/2010).

In tale fattispecie la Giurisprudenza ha ravvisato un evidente contrasto con l'art. 1346 cod. civ. in quanto, in molti casi, mancava la **determinazione o determinabilità** del criterio di computo della commissione.

Qualora invece la clausola sottoscritta fosse stata in grado di rendere perfettamente determinata o determinabile in modo inequivocabile la commissione anche in base ad una verifica *ex post*, essa non poteva ritenersi di per sé illegittima (in tal senso Tribunale di Monza 22/11/2011).

1.1.3 Situazione post 2012 (Terzo e ultimo Intervento del legislatore)

Solo con l'entrata in vigore del **nuovo art. 117 bis del Testo Unico Bancario**, inserito dall'articolo 6 bis, comma 1, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito con L. n. 214 del 22/12/2011) ed entrato in vigore **il 28/12/2011**, si è finalmente provveduto per il futuro a

disciplinare legislativamente e definitivamente la clausola contrattuale della CMS, stabilendo dei requisiti assolutamente precisi, in assenza dei quali la clausola è nulla.

L'entrata in vigore dell'art. 117 bis (nella sua formula definitiva dal 22 maggio 2012) ha pertanto compiutamente definito il nuovo scenario. In base a detta norma il contratto può prevedere:

- **commissione onnicomprensiva:** per le aperture di credito i contratti possono prevedere, a carico del cliente, una **commissione onnicomprensiva** calcolata proporzionalmente **sulla somma messa a disposizione del cliente ed alla durata dell'affidamento**, oltre che un tasso d'interesse debitore. L'ammontare della commissione onnicomprensiva non può superare **lo 0,5% per trimestre**, della somma messa a disposizione del cliente.
- **commissione istruttoria veloce (CIV): a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero, di sconfinamenti oltre il limite del fido concesso**, la banca può comunque applicare, oltre che un tasso debitore sull'ammontare dello sconfinamento, una commissione di istruttoria veloce, **determinata in maniera fissa e commisurata ai costi sostenuti dalla banca** (individuati e motivati dalla banca stessa). Sono nulle le clausole che prevedono oneri diversi ed ulteriori rispetto alla commissione onnicomprensiva, alla CIV ed agli interessi di cui al comma 1 e 2 del TUB ancorché la nullità della clausola non comporti la nullità del contratto.

Con la novazione apportata dal 117 bis del TUB la commissione assume rilievo in tutti i casi e perciò anche a prescindere dall'utilizzo effettivo del credito. Non è poi più necessario che si tratti di conti affidati ma la nuova commissione ha validità in tutti i casi in cui risulta definita ex art.117 bis del TUB.

In particolare tale decreto ministeriale ha *in primis* disciplinato la previsione di commissioni bancarie sia in ipotesi di affidamento in essere tra banca e cliente sia in ipotesi di sconfinamento (dall'affidamento concesso o in assenza di affidamento).

In sintesi dunque il nuovo art. 117 bis del TUB prevede:

a) una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento. L'ammontare della commissione è liberamente determinato - in coerenza con il presente decreto – nel contratto, tenendo anche conto della specifica tipologia di affidamento, **e non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.**

La commissione si applica **sull'intera somma messa a disposizione del cliente** in base al contratto e per il periodo in cui la somma stessa è messa a disposizione e viene addebitata al

cliente secondo quanto previsto dal contratto: se addebitata in anticipo, in caso di estinzione anticipata del rapporto ne viene restituita la parte eccedente;

b) un tasso di interesse applicato sulle somme utilizzate dal cliente e per il periodo in cui sono utilizzate. La prevista onnicomprensività della commissione comporta che non possono essere stabiliti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi né, all'utilizzo dei medesimi, ivi inclusi la commissione per l'istruttoria, le spese relative al conteggio degli interessi e ogni altro corrispettivo per attività che sono a esclusivo servizio dell'affidamento;

c) una commissione di istruttoria veloce (CIV) applicabile a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi sostenuti dalla banca. Inoltre può essere previsto un tasso debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

In conseguenza delle considerazioni sopra espresse, il Giudice formulerà un quesito differenziato in base al proprio convincimento sulla validità o nullità della commissione di massimo scoperto.

1.1.4 Le proposte di quesiti della Commissione sulla validità della clausola inerente la commissione di massimo scoperto

1) CMS con clausola contrattuale in astratto valida: ovvero esiste agli atti di causa un contratto sottoscritto dalle parti ed inoltre la clausola è da ritenersi senz'altro valida in quanto la CMS viene determinata in funzione del fido accordato a prescindere dall'utilizzo del medesimo (CMS quindi assimilabile ad onere relativo all'erogazione del credito e giammai ad interessi passivi).

ALLORA QUESITO

1.1) Per rapporti sorti e cessati anteriormente al 29/1/2009 (data di entrata in vigore della L. 28/1/2009 n. 2 che ha convertito con modificazioni il D.L. 29/11/2008 n. 185 c.d. decreto anticrisi):

Esaminati gli atti e documenti di causa, dica il CTU, se la CMS sia stata addebitata fino alla data di risoluzione del rapporto in conformità a quanto previsto nel contratto di apertura di

credito; in caso di risposta negativa ne quantifichi il relativo ammontare e provveda a ricalcolare l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti, senza tenerne conto.

1.2) Per rapporti sorti ante 29/1/2009 e successivamente proseguiti ovvero per rapporti sorti successivamente al 29/1/2009

Dica (inoltre) il CTU, se la CMS sia stata addebitata dal 29/1/2009: a) nel rispetto della normativa tempo per tempo vigente ed applicabile; b) nel rispetto delle pattuizioni contrattuali intercorse. In caso di risposta negativa (sia nell'ipotesi sub a che sub b) ne quantifichi il relativo ammontare e provveda a ricalcolare l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti, senza tenerne conto.

2) CMS con clausola contrattuale in astratto ritenuta nulla in quanto: a) non esiste un contratto scritto; b) pur esistendo un contratto validamente sottoscritto, la CMS viene calcolata dalla Banca sul massimo importo utilizzato infra fido e pertanto essa di fatto viene a rappresentare un onere aggiuntivo agli interessi che la banca già percepisce sulla somma in effetti utilizzata dal cliente nell'ambito del fido (ipotesi di CMS con funzione di interesse aggiuntivo).

ALLORA QUESITO (sia per i rapporti sorti e cessati anteriormente al 29/1/2009 sia per i successivi)

“Ricalcoli il CTU l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti, senza tenere conto della CMS”.

N.B. Nel caso sub 2 b) il Giudice potrebbe comunque ritenere valida la clausola in aderenza al nuovo indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione del 22 giugno 2016 (vedi paragrafo successivo) e quindi assegnare un diverso quesito) .

1.2 Altri oneri e spese inerenti il rapporto di conto corrente

1.2.1 L'evoluzione normativa

Il testo unico bancario è ormai sempre più improntato ai principi di trasparenza che impongono precisi obblighi agli istituti di credito.

In primis si impone un obbligo di pubblicità, in tal senso l'art. 116 del Tub dispone che:

“Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli

interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, e' pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi."

Tale principio di trasparenza trova una prima applicazione nelle previsioni sui contratti prevista dall'art. 117 del Tub.

Negli anni ci sono state diverse modifiche all'articolo 117 del Tub: di notevole e sostanziale portata sono le variazioni introdotte dal D.Lgs. n. 141 del 2010.

Il suddetto decreto ha abrogato il comma 5 in cui si prevedeva che *"La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificatamente dal cliente"*.

Inoltre l'articolo 117 del Tub prima del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 prevedeva espressamente che, in assenza dell'indicazione di un tasso di interesse o l'indicazione di ogni altro onere applicato o in presenza di clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse, si applicasse : *"il tasso nominale minimo e quello massimo dei B.O.T. annuali o di altri titoli similari indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive"*¹.

L'articolo 117 (Contratti), **aggiornato al decreto legislativo n.141 del 2010**, prevede invece che:

- "1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.*
- 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.*
- 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.*

¹**Art. 117. (Contratti) ante decreto legislativo n. 141 del 2010**

1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.
2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.
3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.
4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.
5. La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente.
6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.
7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:
 - a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive;
 - b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.
8. La Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difforni sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia, adottate d'intesa con la CONSOB".

4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità, indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo, **rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive**, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione.

b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.”

1.2.2 Operazioni attive e passive

Taluni problemi interpretativi si pongono con riferimento alle definizioni di **operazioni attive e passive** e al periodo da assumere a base di calcolo per la determinazione del tasso minimo e massimo.

Di regola le operazioni attive e passive vengono definite, nei manuali di tecnica bancaria, con **riferimento alla banca** e non al cliente.

La Banca d'Italia nelle sue statistiche, come anche nelle istruzioni di vigilanza impartite alle banche, ricomprende fra le operazioni attive – come anche per i tassi attivi - quelle che sono effettuate a debito del cliente e che apportano alla banca una componente positiva di reddito, mentre ricomprende fra le operazioni passive quelle a credito del cliente e che apportano alla banca una componente negativa di reddito.

Nelle fattispecie previste dalla legge, l'applicazione del tasso minimo BOT agli interessi a debito del cliente persegue una finalità sanzionatoria. Pertanto si può schematizzare il concetto nei termini seguenti:

- Ø operazioni attive per la banca ed a debito per il cliente: applicazione tasso BOT minimo;
- Ø operazioni passive per la banca ed a credito cliente: applicazione tasso BOT massimo.

1.2.3 Tasso unico sostitutivo o c.d. roll over dei tassi?

Un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 117 del TUB farebbe ritenere unico il tasso da sostituire nel corso del rapporto, cioè il tasso BOT dei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto ovvero lo svolgimento dell'operazione .

Sul punto si è espressa la giurisprudenza affermando che: *“L'applicazione del tasso riferito al momento della conclusione del contratto, se appare ragionevole per i contratti bancari che contengono un'unica operazione di finanziamento², non altrettanto può dirsi per quelli di durata³, ove le operazioni si susseguono nel tempo e vi è la necessità di agganciare la misura degli interessi al costo del denaro con riferimento **al momento in cui le operazioni vengono effettuate**. Per tali contratti, risultando il saggio di interesse soggetto a continue modifiche in funzione dei mutamenti del mercato, si ritiene che il valore minimo e massimo dei tassi BOT debba essere riferito ai dodici mesi precedenti ogni chiusura dei conti (trimestrale o annuale). D'altra parte, una rigida applicazione del portato letterale dell'art. 117 del Tub condurrebbe a soluzioni anacronistiche ... omissis ... nel caso di una discesa dei tassi, si verrebbero a praticare tassi elevati, talvolta superiori anche ai tassi soglia.”⁴*

Il testo introdotto con il D.Lgs n.141/10 prevede che il riferimento ai tassi BOT **debba essere applicato ai dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, o, se più favorevoli al cliente, ai dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione**. Si può ritenere che, con tale formulazione, si sia voluto stabilire, in casi di assenza di condizioni di tasso, l'adeguamento alle condizioni praticate dal mercato solo se queste sono più favorevoli al cliente: in altri termini, in un periodo di tassi discendenti, per un'esposizione a debito si renderà applicabile il c.d. *roll-over* dei tassi, mentre per un periodo di tassi ascendenti, rimarranno fermi i tassi precedenti l'inizio del contratto.

1.2.4 Forma del contratto

Come noto l'assenza di forma scritta del contratto lo rende integralmente nullo ma nel medesimo articolo 117 Tub vengono disciplinate anche ipotesi di nullità relative, **nei casi di rinvio agli usi o che prevedano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per il cliente rispetto a quelli pubblicizzati**. Le conseguenze sono disciplinate diversamente a seconda che **l'inadempimento riguardi i tassi e nel qual caso viene disposta l'applicazione del tasso Bot oppure che riguardi gli altri prezzi e condizioni**. In quest'ultimo caso, la conseguenza in

² Es. mutuo a tasso fisso

³ Es. apertura credito in conto corrente

⁴ Trib. Lecco, sentenza n. 812 del 2/9/2009; Trib. Lecce sez. staccata di Maglie, sentenza n. 407 del 16/12/2009

caso di inadempimento sarà quella **di applicare i prezzi o le condizioni per le corrispondenti categorie di operazioni pubblicizzate al momento della stipula oppure del momento in cui il servizio viene reso se più favorevole. In mancanza di pubblicità nessun importo è dovuto.**

Il Consulente quindi dovrà verificare in primo luogo il deposito in causa delle pattuizioni e successivamente la corretta applicazione delle stesse.

Nella pratica nella quasi totalità dei casi le condizioni pattuite al momento della stipula non rimangono immutate e spesso la variazione avviene con modifica unilaterale da parte dell'istituto di credito.

Per la validità di questa prassi il Tub prevede all'art. 118 che:

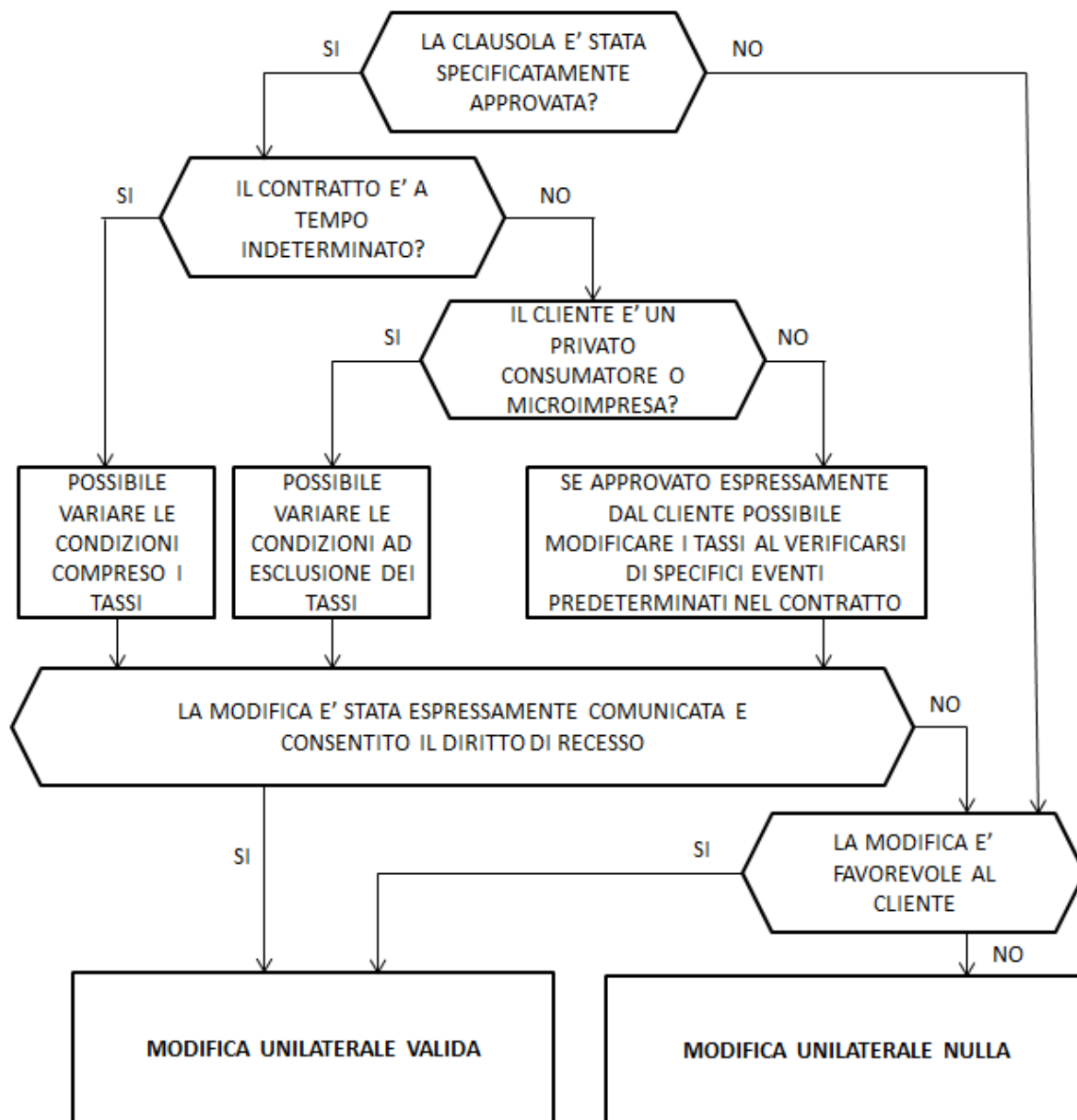
*“1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, **con clausola approvata specificamente dal cliente**, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora **sussista un giustificato motivo**. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.”*

Per i contratti diversi da quelli a tempo indeterminato, stipulati con soggetti diversi dai consumatori e dalla micro imprese, il medesimo art. 118 al comma 2 bis prevede che: *“...possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto”.*

La modifica unilaterale dovrà essere comunicata ai sensi del secondo comma dell'articolo in oggetto e sarà prevista la possibilità di recesso.

Il terzo comma prevede che l'eventuale invalidità rileva solo se sfavorevole al cliente.

Nella successiva pagina riassumiamo schematicamente le verifiche che il Consulente (sia d'ufficio che di parte) dovrà preliminarmente eseguire sui contratti di c/c oggetto di contenzioso bancario.



1.2.5 La proposta di quesito della Commissione

In relazione a quanto esposto , questa potrebbe essere una formulazione tipica del quesito da assegnarsi :

A) In materia di tasso sostitutivo

In ogni caso in cui a sensi dell'articolo 117 TUB sia necessario applicare il tasso sostitutivo, allora quesito:

Applichi il Consulente il tasso sostitutivo tempo per tempo vigente previsto dall'articolo 117 comma 7 TUB tenendo conto delle seguenti precisazioni:

- Ø operazioni attive per la banca ed a debito per il cliente: applicazione tasso BOT minimo;*
- Ø operazioni passive per la banca ed a credito cliente: applicazione tasso BOT massimo;*
- Ø applichi il tasso sostitutivo vigente al momento della conclusione del contratto qualora si tratti di un'unica operazione (Es. mutuo a tasso fisso) ;*
- Ø applichi il tasso vigente al momento dell'effettuazione dell'operazione qualora si tratti di contratti di durata solo se questo è più favorevole al cliente rispetto a quando il contratto fu stipulato (c.d. roll over tassi in ipotesi di tassi di mercato discendenti).*

B) In materia di spese e commissioni

Ogni volta che sia necessario ricomputare detti oneri:

"Verifichi il Consulente la corretta applicazione delle commissioni e delle spese pattuite, in conformità alla legge tempo per tempo vigente (art. 116, 117, 118 Tub) ed al contratto sottoscritto. In caso negativo calcoli gli oneri indebitamente addebitati. Successivamente provveda a determinare l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti applicando in luogo degli oneri indebiti in precedenza individuati e quantificati, gli oneri desumibili dai prezzi e condizioni pubblicizzate dalla Banca per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in caso di mancanza agli atti di documentata pubblicità provveda a ricalcolare l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti, senza tenere conto di detti oneri."

1.3 Le valute

1.3.1 L'evoluzione normativa

Come è noto la c.d. *data valuta* è la data in cui un'operazione bancaria inizia a maturare interessi siano essi attivi o passivi a seconda della tipologia dell'operazione. Detta data differisce da quella *contabile* che è invece quella in cui si verifica cronologicamente l'operazione cioè il giorno in cui l'operazione viene materialmente eseguita; differisce altresì dalla c.d. *data disponibile* che è invece la data in cui il cliente ha l'effettiva *disponibilità* delle somme.

Il Testo Unico Bancario, fin dalla sua introduzione nell'ordinamento, quindi dal 01 gennaio 1994 ha previsto all'art. 120 una limitazione alle date *valute* attribuibili alle operazioni. Il testo

originario è rimasto in vigore fino alla modifica apportata dal Decreto legislativo del 13/08/2010 n. 141, articolo 4, entrato in vigore il 03/12/2010.

Si possono quindi distinguere i seguenti periodi.

Periodo ante 01/01/1994

Detto periodo non è normato e quindi per l'individuazione della data valuta e/o disponibile sarà necessario fare riferimento alle norme contrattuali intercorse tra le parti.

Periodo dal 01/01/1994 al 02/12/2010

Il testo originario dell'articolo 120 TUB prevedeva che : *“Gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento, sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelevamento.”*

Detto testo normativo si limitava a regolamentare solo talune date valute senza alcun accenno alla data disponibile.

Periodo dal 03/12/2010 ed attualmente in vigore

Il testo attualmente in vigore prevede: *“Il titolare del conto corrente ha la **disponibilità economica delle somme relative agli assegni circolari o bancari versati sul suo conto, rispettivamente emessi da o tratti su una banca insediata in Italia, entro i quattro giorni lavorativi successivi al versamento.***

Gli interessi sul versamento di assegni presso una banca sono conteggiati fino al giorno del prelevamento e con le seguenti valute:

- a) dal giorno in cui è effettuato il versamento, per gli assegni circolari emessi dalla stessa banca e per gli assegni bancari tratti sulla stessa banca presso la quale è effettuato il versamento;*
- b) per gli assegni diversi da quelli di cui alla lettera a), dal giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni circolari emessi da una banca insediata in Italia, e dal terzo giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni bancari tratti su una banca insediata in Italia.*

Il CICR può stabilire termini inferiori a quelli previsti nei commi 1 e 1 bis in relazione all'evoluzione delle procedure telematiche disponibili per la gestione del servizio di incasso degli assegni.

Per gli strumenti di pagamento diversi dagli assegni circolari e bancari restano ferme le disposizioni sui tempi di esecuzione, data valuta e disponibilità di fondi previste dagli articoli da 19 a 23⁵ del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11.”

⁵Art. 23 decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 - 1. La data valuta dell'accredito sul conto di pagamento del beneficiario non può essere successiva alla giornata operativa in cui l'importo dell'operazione di pagamento viene accreditato sul conto del

Facendo una sintetica comparazione dell'evoluzione normativa, si osserva che quella in vigore sino al 2/12/2010 regolamentava solo la valuta di talune operazioni mentre quella successiva ha esteso la regolamentazione valutaria anche ad altre operazioni.

Inoltre, il nuovo testo di legge ha normato il concetto di disponibilità economica *“delle somme relative agli assegni circolari o bancari versati sul suo conto, rispettivamente emessi da o tratti su una banca insediata in Italia”,* sancendo che detta disponibilità si avveri per presunzione di legge **entro i quattro giorni lavorativi successivi al versamento.**

Questo uno schema sinottico delle regole da applicarsi in termini di valuta successivamente all'avvento del testo unico bancario (per il periodo precedente deve invece farsi riferimento alle clausole contrattuali):

	Valute periodo dal 01/01/1994 al 02/12/2010		Valute Periodo dal 03/12/2010 ad oggi	
	Versamento	Prelievo	Versamento	Prelievo
Denaro	Dal giorno del versamento	Fino al giorno del prelievo	Dal giorno del versamento	Fino al giorno del prelievo
Assegni circolari stessa banca				
Assegni bancari stessa banca e stessa succursale				
Assegni bancari stessa banca altre succursali	Non regolamentati		Dal giorno lavorativo * successivo al versamento	
Assegni circolari altra banca insediata in Italia				

prestatore di servizi di pagamento del beneficiario. 2. Il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario assicura che l'importo dell'operazione di pagamento sia a disposizione del beneficiario non appena tale importo è accreditato sul conto del prestatore medesimo. 3. La data valuta dell'addebito sul conto di pagamento del pagatore non può precedere la giornata operativa in cui l'importo dell'operazione di pagamento è addebitato sul medesimo conto di pagamento. 4. Il presente articolo non si applica nel caso di rettifica di operazioni di pagamento non autorizzate o eseguite in modo inesatto o nel caso in cui siano intervenuti errori che ne abbiano impedito la corretta esecuzione

Assegni bancari altra banca insediata in Italia		Dal terzo giorno lavorativo * successivo al versamento	
Altre operazioni		Non regolamentati	

** Il CICR può stabilire termini inferiori a quelli previsti in relazione all'evoluzione delle procedure telematiche disponibili per la gestione del servizio di incasso degli assegni (ad oggi comunque non risulta alcuna delibera CICR in materia).*

Il Consulente dovrà verificare la corretta applicazione delle valute pattuite che non potranno in nessun caso essere più sfavorevoli per il cliente di quelle previste dalla legge e sopra richiamate.

Inoltre, qualora nel contenzioso instauratosi tra banca e cliente sia contestata la disponibilità di una certa somma, il CTU potrebbe essere chiamato a verificare se detta disponibilità sia stata in effetti in concreto concessa in conformità all'articolo 120 TUB.

1.3.2 La proposta di quesito della Commissione in materia di valute

In ipotesi di conflitto sulla **data valuta** , allora quesito:

“Verifichi il Consulente se le valute pattuite ed applicate siano conformi alla legge (art. 120 Tub) ed al contratto sottoscritto; in ipotesi negativa imputi correttamente i giorni valuta in base alle disposizioni legislative e contrattuali ovvero alle sole disposizioni legislative qualora quelle contrattuali siano in contrasto con quelle legislative. Provveda poi , eventualmente, a ricalcolare l'esatto rapporto dare/avere tra i contraenti considerando le corrette valute applicabili nella fattispecie.”

In ipotesi di conflitto sulla **data disponibilità**, allora quesito:

“verifichi il Consulente se le date disponibili applicate siano conformi alla legge (art. 120 Tub) ed al contratto sottoscritto; in ipotesi negativa indichi la corretta data disponibile spiegando quali effetti concreti ha avuto per il correntista l'indisponibilità della somma alla corretta data disponibile.”

Cap. 2 - L'USURA NEL RAPPORTO DI CONTO CORRENTE

2.1 La Legge n. 108/96: le fattispecie di usura

L'art. 1 della L. n. 108/96 ha modificato la precedente normativa in tema di usura, riformulando l'art. 644 c.p. ed **introducendo due fattispecie di interesse: l'usura oggettiva e l'usura soggettiva**. Detta norma così recita:

1. Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000.

2. Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

3. (prima parte – usura oggettiva) La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. (seconda parte – usura soggettiva). Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

4. Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.

2.2 L'usura oggettiva

Fissando quindi per legge i limiti numerici oltre i quali si configura il reato di usura (oggettiva), la nuova formulazione assume carattere di oggettività, discriminando con precisione i comportamenti legittimi da quelli usurari con dei criteri aritmetici.

Al fine di dare attuazione a tale norma, l'art. 2 della L. n. 108/96 ha previsto che il Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli

intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale. Le banche e gli intermediari finanziari di cui al comma 1 ed ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei tassi previsti nei commi 1 e 2. Il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà.

Quest'ultimo comma è stato riformulato dall'articolo 8, co. 5, lett. d) del D.L. n. 70/2011 convertito in L. n. 106/2011 il quale ha previsto che, ai fini della determinazione dei tassi soglia di categoria il TEG, rilevato trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, deve essere aumentato di un quarto, per poi aggiungere un ulteriore margine di altri quattro punti percentuali, nel rispetto in ogni caso di uno scarto massimo di otto punti percentuali tra "tasso soglia" e TEG medesimo. Detta norma è in vigore dal 13 maggio 2011.

La legge, quindi, non indica direttamente il valore delle soglie per la verifica dell'usura oggettiva ma ne delega l'individuazione a delle norme tecniche secondarie, basate su un algoritmo correlato ai tassi medi praticati nel mercato e rilevati con cadenza trimestrale dalla Banca d'Italia; quest'ultima, pertanto, svolge un ruolo cruciale ma limitato all'ambito di predisposizione, raccolta e verifica tecnica dei tassi medi, nonché di vigilanza e denuncia di fatti illeciti di cui viene a conoscenza mentre, ovviamente, non ha alcuna attribuzione di carattere giurisdizionale sull'aspetto civile o penale che sono rimessi all'autorità giudiziaria.

2.3 L'usura soggettiva (o in concreto)

Come esposto nel paragrafo precedente, l'art 644 c.p. stabilisce, al comma 1, la fattispecie di usura c.d. presunta (o oggettiva), per la cui integrazione è sufficiente la pattuizione di un tasso di interesse che superi il limite consentito dalla legge, anche in assenza della prova che il soggetto attivo abbia approfittato di uno stato di difficoltà della vittima. Tuttavia il legislatore, per

colmare possibili vuoti di tutela in relazione a casi in cui la vittima, anche in stato di difficoltà, sia stata costretta ad accettare prestiti a un tasso di interesse di poco inferiore a quello che per legge è usurario, ha introdotto, al successivo comma 3, la diversa fattispecie di usura c.d. in concreto (o soggettiva). L'art 644 comma 3 è fondato su due elementi essenziali, che devono essere contemporaneamente presenti affinché si concretizzi il delitto di usura:

a) gli interessi **pattuiti**, pur se inferiori al tasso soglia di cui al precedente comma 1 dell'art. 644 c.p., devono essere sproporzionati avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili. L'usura in concreto si pone, dunque, in rapporto di sussidiarietà rispetto a quella presunta;

b) il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

È proprio nell'**approfittamento** delle condizioni di difficoltà "economica o finanziaria" della vittima che risiede il **disvalore** della condotta che caratterizza la predetta fattispecie di reato.

La Corte di Cassazione nella prima sentenza che ha definito il perimetro del delitto di usura in concreto (Sentenza del 7 maggio 2014, n.18778), dall'introduzione della nuova fattispecie di reato introdotta nel 1996, ha tratteggiato la differenza intercorrente tra i due tipi di difficoltà in cui deve incorrere la vittima (finanziaria e economica stabilite dall'art. 644 comma 3). Mentre per *"difficoltà economica si deve infatti intendere una carenza anche solo momentanea di liquidità, a fronte di una situazione patrimoniale di base nel complesso sana"*, la difficoltà finanziaria *"investe l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una più generale e complessiva carenza di risorse e beni"*. Gli ermellini hanno previsto che l'accertamento ex post dei predetti requisiti debba essere condotto in modo oggettivo, rispetto ai parametri di mercato o altri indicatori e non soggettivo, cioè confrontando la situazione specifica della vittima al tempo del delitto, circostanza la cui prova potrebbe essere molto difficile da ricostruire. La Corte di Cassazione ha però anche specificato che tali due concetti devono però essere ben distinti dalla successiva definizione di "stato di bisogno", fattispecie indispensabile per stabilire le circostanze aggravanti (si cfr art. 644 comma 5 n.3). *Le prime due definizioni sono intese come condizioni, in astratto reversibili, in grado di privare la vittima di una piena libertà contrattuale, mentre lo stato di bisogno consiste in uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile che, pur non annientando qualunque libertà di scelta, comporta un impellente assillo, idoneo a compromettere fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli.*

Quanto sopra indicato costituisce la parte legata a uno dei due elementi costituenti il reato, cioè la fattispecie materiale. Il complemento necessario affinché si commetta il delitto di usura è

rappresentato dal dolo generico⁶ (cfr art. 49 C.P.) il cui elemento fondante deve contemporaneamente soddisfare le seguenti condizioni:

- 1) volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari;
- 2) consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione.

Il delitto di usura, si configura come reato a schema duplice, poiché integrato da distinte condotte, da un lato la tripartizione dazione - promessa - e esecuzione della pattuizione usuraria, il cui complemento è l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi od altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobili.

Viene comunque rimesso alla discrezionalità del giudice il delicato ruolo di mediazione fra le giuste pretese dell'intermediario e il corretto ausilio creditizio prestato al cliente.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II PENALE - SENTENZA 7 maggio 2014, n.18778

MASSIMA

1. Ai fini dell'integrazione dell'elemento materiale della c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) occorre che il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria e che gli interessi (pur inferiori al tasso-soglia usurario ex lege) ed i vantaggi e i compensi pattuiti, risultino, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione.

2. In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) la "condizione di difficoltà economica" della vittima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; la "condizione di difficoltà finanziaria" investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni.

⁶ **Dolo generico** consiste nella rappresentazione e nella volontà dell'intero fatto tipico, che differisce dal **dolo specifico** che indica un elemento essenziale **previsto espressamente dalla fattispecie incriminatrice**, avente natura **psichica** e consiste in uno **scopo ulteriore** verso cui deve tendere la volontà del soggetto agente, ma che, ai fini dell'esistenza della fattispecie, non occorre che sia effettivamente conseguito

3. In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) le "condizioni di difficoltà economica o finanziaria" della vittima (che integrano la materialità del reato) si distinguono dallo "stato di bisogno" (che integra la circostanza aggravante di cui all'art. 644 c.p., comma 5, n. 3) perchè le prime consistono in una situazione meno grave (tale da privare la vittima di una piena libertà contrattuale, ma in astratto reversibile) del secondo (al contrario, consistente in uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile, non tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che comunque, comportando un impellente assillo, compromette fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli).

4. In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) le "condizioni di difficoltà economica o finanziaria" della vittima (che integrano la materialità del reato) vanno valutate in senso oggettivo, ovvero valorizzando parametri desunti dal mercato, e non meramente soggettivo, ovvero sulla base delle valutazioni personali della vittima, opinabili e di difficile accertamento ex post.

5. In tema di cd. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) il dolo generico, oltre alla coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari, include anche la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione.

Risultando l'usura soggettiva una fattispecie rilevabile più frequentemente nel contenzioso in ambito penale piuttosto che nel contezioso civile tra banca e correntista, si omette in tale sede di considerare i possibili quesiti da rivolgersi ad un eventuale consulente di parte o del giudice ai fini dell'accertamento della medesima.

2.4 Le Istruzioni della Banca d'Italia in materia di TEG

La Banca d'Italia, attraverso le "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della Legge sull'usura", fornisce agli intermediari i criteri tecnici da seguire per segnalare in modo corretto e omogeneo i TEG applicati, utilizzati per l'individuazione delle soglie trimestrali, dal momento che la L. n. 108/96 fissa un criterio oggettivo ma molto generale per la valutazione della liceità degli stessi.

Successivamente, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, vista la normativa e *sentita la Banca d'Italia*, decreta i tassi soglia del periodo disponendo che gli intermediari si attengano ai

criteri di calcolo delle Istruzioni per la verifica dell'usura dei tassi applicati sui singoli contratti.

Le Istruzioni della Banca d'Italia sono costantemente aggiornate per tenere conto dell'evoluzione della normativa in tema di contratti bancari e dell'innovazione finanziaria e possono costituire una metodologia di riferimento per la valutazione dei casi concreti condotta dalla magistratura ma non ne vincolano le decisioni (chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura, Banca d'Italia 03.07.2013).

Dal 1996 a oggi si sono succedute nove versioni delle Istruzioni aggiungendo ogni volta eccezioni e complicazioni che hanno reso il quadro complessivo estremamente articolato; le ultime, emanate nel luglio del 2016, sono operative dal 01.04.2017.

Le differenze più rilevanti sono intervenute nell'aggiornamento dell'agosto del 2009 da utilizzarsi a decorrere dal 01.01.2010; precedentemente la formula per la rilevazione del TEG, in base alle Istruzioni del 2006 al punto C3, era la seguente:

Formula utilizzabile sino al 31/12/2009

$$\text{TEG} = \frac{\text{INTERESSI} * 36500}{\text{NUMERI DEBITORI}} + \frac{\text{ONERI} * 100}{\text{ACCORDATO}}$$

dove:

1. *gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, ivi incluse quelle derivanti da maggiorazioni di tasso applicate in occasione di sconfinamenti rispetto al fido accordato, in funzione del tasso di interesse annuo applicato;*
2. *i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i "capitali" ed i "giorni";*
3. *gli oneri da considerare sono quelli effettivamente sostenuti nel trimestre;*
4. *per fido accordato si intende il limite massimo del credito concesso dall'intermediario segnalante sulla base di una decisione assunta nel rispetto delle procedure interne, direttamente utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfezionato e pienamente efficace (cd. accordato operativo). Esso deve trarre origine da una richiesta del cliente ovvero dall'adesione del medesimo a una proposta dell'intermediario. Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l'ultimo nel caso dei rapporti estinti). Nel caso di passaggi a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla*

classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati deve essere considerato il saldo contabile massimo).

Secondo quanto indicato dalle Istruzioni, in merito al trattamento degli oneri e delle spese al punto C4, *ai sensi della legge il calcolo del tasso deve tener conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.*

In particolare, sono inclusi:

- 1. le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento (per il factoring le spese di "istruttoria cedente");*
- 2. le spese di chiusura della pratica (per il leasing le spese forfettarie di "fine locazione contrattuale");*

Le spese di chiusura o di liquidazione addebitate con cadenza periodica, in quanto diverse da quelle per tenuta conto, rientrano tra quelle incluse nel calcolo del tasso.

- 3. le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate, salvo quanto stabilito al successivo punto b);*
- 4. il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo, se necessaria per l'ottenimento del credito;*
- 5. le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore, intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito;*

Le spese per assicurazioni e garanzie non sono ricomprese quando derivino dall'esclusivo adempimento di obblighi di legge; nelle operazioni di prestito contro cessione del quinto dello stipendio e assimilate indicate nella Cat. 8 le spese per assicurazione in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore non rientrano nel calcolo del tasso purché siano certificate da apposita polizza.

- 6. ogni altra spesa contrattualmente prevista connessa con l'operazione di finanziamento.*
Si considerano non connessi con l'operazione, con riferimento al Factoring e al Leasing, i compensi per prestazioni di servizi di natura non finanziaria.

Sono esclusi:

a) le imposte e tasse;

b) le spese e gli oneri di cui ai successivi punti per la parte in cui non eccedano il costo effettivamente sostenuto dall'intermediario:

- il recupero di spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi (ad es. perizie, certificati camerali, spese postali; spese custodia pegno; nel caso di sconto di portafoglio commerciale, le commissioni di incasso di pertinenza del corrispondente che cura la riscossione);*

- *le spese legali e assimilate (ad es. visure catastali, iscrizione nei pubblici registri, spese notarili, spese relative al trasferimento della proprietà del bene oggetto di leasing, spese di notifica, spese legate all'entrata del rapporto in contenzioso);*
- *gli oneri applicati al cliente indipendentemente dalla circostanza che si tratti di rapporti di finanziamento o di deposito (ad es. nel caso di apertura di conti correnti gli addebiti per tenuta conto e quelli connessi con i servizi di incasso e pagamento);*

c) gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo.

Inoltre nelle istruzioni valide fino al 2009 per il calcolo del tasso effettivo globale relativo al periodo oggetto di analisi *la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali.*

Il calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuato rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata. Tale commissione è strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno "scoperto di conto". Pertanto, analoghe commissioni applicate ad altre categorie di finanziamento andranno incluse nel calcolo del TEG. In occasione di passaggi a debito di conti non affidati la commissione non è oggetto di rilevazione purché gli intermediari diano espressa ed adeguata pubblicità della sua entità nell'avviso e nei fogli informativi redatti ai sensi delle istruzioni di vigilanza, che prevedono l'obbligo di pubblicizzare "ogni altro onere o condizione di natura economica, comunque denominati, gravanti sulla clientela". In ogni caso, l'onere addebitato alla clientela può essere escluso solo se applicato in misura non superiore a quello della commissione generalmente prevista per i conti affidati".

Le criticità derivanti da tale esclusione avevano indotto la Banca d'Italia a intervenire con il bollettino n. 12/2005 e con la successiva comunicazione n. 1166966 del 2 dicembre 2005 proponendo agli intermediari un prospetto pratico per valutare l'incidenza dell'applicazione della CMS sulle condizioni complessivamente praticate.

In tale contesto la verifica del rispetto delle "soglie" di legge da parte di ciascun intermediario richiede:

- *il calcolo del tasso in concreto praticato - sommando gli interessi rapportati ai numeri debitori e gli oneri in percentuale sull'accordato, secondo le metodologie indicate al punto C3 e il raffronto di tale tasso con la relativa soglia di legge;*
- *il confronto tra l'ammontare percentuale dalla CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile (cd. CMS soglia), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle.*

Peraltro, l'applicazione di commissioni che superano l'entità della "CMS soglia" non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti, una sorta di "margine".

Tale "margine" è calcolato, per ciascun trimestre, sottraendo dagli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere quelli effettivamente richiesti, ossia eguagliando il TEG applicato al tasso soglia e quindi calcolati con la seguente formula: $\text{INTERESSI MAX} = (\text{TASSO SOGLIA} - (\text{ONERI} \times 100 / \text{ACCORDATO})) \times \text{NUMERI DEBITORI} / 36.500$.

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.

Con l'avvento del DL n. 185/2008 (convertito, con modificazioni dalla L. 2 del 28/01/09) si giunge ad una regolamentazione della rilevanza di detto onere: l'art. 2 bis comma 2 stabilisce infatti che *gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalla clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, sono comunque rilevanti nel calcolo dell'usura ovvero ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 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.*

La novella apportata dal DL n. 185/2008 ha fatto venire meno le incertezze circa l'inclusione o meno della CMS ai fini del calcolo del tasso soglia: la CMS deve essere ricompresa nella componente oneri ai fini del calcolo del costo del finanziamento.

La questione relativa all'esclusione della CMS fino al 2009, però, non è mai stata pacifica tant'è che si registrano nella giurisprudenza della Cassazione due diverse impostazioni, analizzate nel paragrafo 2.6.

Nelle Istruzioni pubblicate nell'agosto del 2009 e applicabili a decorrere dal 01.01.2010 veniva indicato il comportamento da tenere nel periodo transitorio dal 01.07.2009 al 31.12.2009, *al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate rispettivamente nella G.U.*

n. 74 del 29 marzo 2006 e n. 102 del 4 maggio 2006. Nel periodo transitorio restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente (ma vanno inclusi nel TEG per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia):

- a) la CMS e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009;
- b) gli oneri applicati alla clientela per i passaggi a debito di conti non affidati, fino a concorrenza delle spese addebitate ai clienti per la liquidazione trimestrale dei conti affidati;
- c) gli oneri assicurativi imposti per legge direttamente a carico del cliente (anche per il tramite dell'intermediario).

Nell'aggiornamento del 2009 la novità più rilevante, **oltre all'inclusione della CMS, ha riguardato anche la componente oneri che inizia ad essere considerata su base annua** mentre in precedenza era riferita al trimestre.

Conseguentemente all'entrata in vigore delle nuove Istruzioni la formula per il calcolo del TEG **dal 1 gennaio 2010 risulta:**

$$\text{TEG} = \frac{\text{INTERESSI} * 36500}{\text{NUMERI DEBITORI}} + \frac{\text{ONERI ANNUI} * 100}{\text{ACCORDATO}}$$

dove:

- ù *gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, ivi incluse quelle derivanti da maggiorazioni di tasso applicate in occasione di sconfinamenti rispetto al fido accordato;*
- ù *i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i "capitali" ed i "giorni"; nel caso dei conti correnti si fa riferimento ai numeri risultanti dall'estratto conto trimestrale cd. "scalare";*
- ù *gli oneri su base annua sono calcolati includendo tutte le spese sostenute nei dodici mesi precedenti la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste siano connesse con eventi di tipo occasionale, destinati a non ripetersi. Nel caso di nuovi rapporti o di variazione delle condizioni nel corso del trimestre di rilevazione (ad es. variazione dell'accordato, erogazione di un finanziamento su un conto di deposito preesistente, ecc.) gli oneri annuali dovranno essere stimati sulla base delle condizioni contrattuali applicate;*
- ù *per fido accordato si intende l'ammontare del fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace (cd. accordato operativo). Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l'ultimo nel caso dei rapporti estinti). Nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o*

comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo).

In seguito all'ulteriore aggiornamento delle Istruzioni intervenuto nel luglio del 2016 e **applicabile a decorrere dal 01.04.2017**, ossia al termine del periodo transitorio iniziato il 01.10.2016, le modifiche riguardano:

- **interessi**, con la nuova disciplina dell'anatocismo in vigore dal 01.10.2016, poiché l'effettivo addebito degli interessi avviene soltanto al 01.03 dell'anno successivo e non più trimestralmente, **gli interessi da prendere in considerazione sono quelli maturati nel trimestre e non quelli effettivamente addebitati**;
- **numeri**, vanno considerati per la quota relativa agli interessi maturati e non per quella relativa agli interessi addebitati;
- **oneri**, mentre nel calcolo del 2009 gli oneri su base annua venivano calcolati includendo tutte le spese sostenute nei dodici mesi precedenti la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste fossero connesse con eventi di tipo occasionale, destinati a non ripetersi, **adesso si procede all'annualizzazione di tutti gli oneri diversi dagli interessi, compresa la Commissione di Istruttoria Veloce (CIV)**, moltiplicando per quattro gli oneri trimestrali, a meno che gli stessi siano previsti contrattualmente *una tantum* nell'anno, nel qual caso vanno ripetuti nei tre trimestri successivi;
- **accordato**, le nuove istruzioni prevedono l'utilizzo della punta di massimo scoperto, non solo come in passato in caso di assenza di contratto di affidamento ma anche nel caso di sconfinamenti rispetto all'accordato; il che significa che quando vi è uno sconfinamento con addebito di CIV e conseguente aumento del numeratore ecco che il denominatore aumenta generando un effetto neutralizzante.

La formula da applicarsi a decorrere dal **1 gennaio 2017**, risulta come segue:

$$\text{TEG} = \frac{\text{INTERESSI} * 36500}{\text{NUMERI DEBITORI}} + \frac{\text{ONERI ANNUI} * 100}{\text{ACCORDATO}}$$

dove:

- ü **gli interessi sono dati dalle competenze maturate nel trimestre di riferimento, indipendentemente dal momento in cui diventano esigibili;**
- ü **i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i “capitali” ed i “giorni” sulla base dei quali sono maturati gli interessi;**
- ü *tutti gli oneri diversi dagli interessi, compresa la Commissione di Istruttoria Veloce (CIV), entrano nel calcolo del TEG su base annua moltiplicando per 4 gli oneri trimestrali, a meno che gli stessi siano previsti contrattualmente una tantum nell'anno, nel qual caso vanno ripetuti nei tre trimestri successivi;*
- ü *per fido accordato si intende l'ammontare del fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace (cd. accordato operativo). Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l'ultimo nel caso dei rapporti estinti). Nel caso di passaggi a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente determinato l'ammontare del fido accordato, **l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento** (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati e degli sconfinamenti rispetto al fido accordato deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo).*

2.5 Le criticità della formula di Banca d'Italia e un confronto ragionato con il TAEG

Nel corso del tempo la formula della Banca d'Italia ha subito molteplici critiche da parte degli operatori del settore soprattutto dei consulenti di parte dei correntisti, principalmente in merito alla componente oneri che, come visto, è stata sempre coinvolta negli aggiornamenti della formula stessa: sia per quali fossero gli oneri da includere e come (base trimestrale o base annuale) sia a quali grandezze rapportarli (massimo scoperto, accordato o numeri debitori).

Per tali ragioni accade di sovente nell'attuale contenzioso bancario che molti clienti contestino alla propria banca l'utilizzo di TEG usurari sulla base di specifiche consulenze tecniche commissionate a professionisti del settore, i quali in luogo della formula della Banca d'Italia utilizzano altre formule nella determinazione del TEG in quanto secondo la tesi degli utilizzatori asseritamente ritenute più adeguate al computo del tasso d'interesse effettivo in aderenza al disposto della legge n. 108/96 e quindi più adatta a tutelare gli interessi dei clienti - correntisti.

Tra le varie formule proposte quella che risulta più diffusa nella prassi è quella c.d. del TAEG, ovvero

$$\text{TAEG} = \frac{(\text{INTERESSI} + \text{CMS} + \text{ONERI TRIMESTRALI}) \times 36500}{\text{NUMERI DEBITORI}}$$

A un primo approccio, non considerando due diversi addendi ma rapportando le intere competenze – interessi e oneri – ai numeri debitori sembra meglio determinare il costo effettivo del credito utilizzato, ossia il “tasso” effettivamente applicato.

Tuttavia, come sarà dimostrato attraverso gli esempi numerici che seguono, tale tasso può non intercettare talvolta il reato d'usura.

Il confronto tra la formula di Banca d'Italia e quella del TAEG evidenzia come da una parte la Banca d'Italia definisca nella prima frazione una sorta di interesse medio (il costo/tasso di interesse medio del periodo) cui somma una seconda frazione che rappresenta il rapporto tra gli oneri / commissioni connessi al finanziamento e il valore dell'affidamento accordato / punta di massimo scoperto, evidenziando quindi un costo / tasso del credito disponibile rappresentato dal valore del fido o dal massimo scoperto consentito.

La formula c.d. del TAEG, diversamente, intende rappresentare con un'unica frazione, il costo effettivo del credito utilizzato a prescindere dalla disposizione o meno di fondi accordati; in buona sostanza non c'è una remunerazione definita del servizio fornito dall'intermediario che prontamente deve permettere l'utilizzo del fido accordato.

Si reputa opportuno a questo punto fornire alcuni esempi numerici di determinazione del tasso effettivo applicato, utilizzando alternativamente la formula di Banca D'Italia (TEG) e quella del TAEG.

L'indagine empirica ci permetterà poi di trarre alcune conclusioni di principio in ordine all'utilizzo di una formula piuttosto che di un'altra.

Esaminiamo pertanto alcuni casi concreti, fornendo per ciascun caso le determinanti della formula e procediamo poi con il computo del TEG e del TAEG.

Caso 1	Interessi	€ 812,50				
	TAN annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 500,00				
	Commissioni trimestrali	€ 125,00				
	Utilizzo del trimestre	€ 50.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg nel trimestre	90				
	Numeri	4.500.000,00				
		Prima frazione		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	0,5	=	7,090%
	TAEG				=	7,604%

	Differenza TAEG - TEG				0,514%

In tal caso si osserva che il TEG risulta inferiore al TAEG.

Matematicamente ciò si spiega con il fatto che la voce oneri si rapporta al fido mediamente utilizzato che è pari alla metà dell'accordato. Nell'ottica del correntista che contesta i tassi effettivi applicati dalla propria Banca, il medesimo avrebbe quindi più chance nel provare che il tasso effettivo applicato è superiore nella fattispecie al tasso soglia qualora questo fosse ad esempio rilevato nel trimestre di riferimento ad un valore pari al 7,35%.

Coeteris paribus, proviamo ora nel caso 2, a variare il fido utilizzato nel trimestre di riferimento considerando un utilizzo assai più limitato dello stesso.

Caso 2	Interessi	€ 16,25				
	TAN annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 500,00				
	Commissioni trimestrali	€ 125,00				
	Utilizzo del trimestre	€ 1.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg nel trimestre	90				
	Numeri	90.000,00				
		Prima fraz.		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	0,5	=	7,090%
	TAEG				=	57,285 %
	Differenza TAEG - TEG					50,194 %

In tal caso si osserva che mentre il TEG resta immutato rispetto al caso 1, il TAEG assume invece un valore “stratosferico”. Ciò in quanto essendo il fido utilizzato nel periodo estremamente ridotto, l'incidenza delle commissioni bancarie (rimaste invariate) sul fido utilizzato risulta assai elevata.

In effetti sotto il profilo logico-matematico, quando l'utilizzo del fido tende ad assottigliarsi sino ad azzerarsi, il denominatore della frazione tende a zero e quindi il valore della frazione (TAEG) tende ad un valore infinitamente grande.

In tal caso il correntista avrebbe dunque buon gioco a far dichiarare usurario il tasso applicato dalla banca. Tuttavia non si può non rilevare che la constatazione del fenomeno di usura avverrebbe proprio nell'ipotesi in cui vi è un basso utilizzo dei fidi del correntista (quindi si deve presumere che il medesimo non avesse una necessità di prendere a prestito denaro e quindi che non si trovasse per così dire in uno stato di bisogno) a cui corrispondono limitati interessi passivi con conseguente scarso danno materiale per il medesimo correntista. In sostanza, con la formula del TAEG in tal caso si andrebbe ad intercettare un fenomeno di supposta usura proprio quando il correntista utilizza scarsamente il fido e la materialità del danno per gli interessi scarsamente significativa.

Per rendere ancora più evidente il fenomeno della rilevanza materiale del danno, proviamo ora rispetto al caso 2, a ridurre sensibilmente la componente commissioni, fermo restando tutte le altre variabili.

Caso 3	Interessi	€ 16,25				
	Tan annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 15,00				
	Commissioni trimestrali	€ 3,75				
	Utilizzo del trimestre	€ 1.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg nel trimestre	90				
	Numeri	90.000,00				
		Prima frazione		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	0,015	=	6,605%
	TAEG				=	8,111%
	Differenza TAEG - TEG					1,506%

Nonostante la sensibilissima riduzione delle commissioni bancarie, passate su base annua da € 500 ad € 15 e su base trimestrale da € 125 ad € 3,75 si registra sempre una notevole differenza tra il TAEG ed il TEG tanto che il primo supera il secondo di circa 1,5 punti nonostante anche il primo si sia ridotto. Sotto il profilo matematico infatti le commissioni incidono maggiormente in

tale formula, facendo lievitare il TEG, quanto più il fido utilizzato tende a ridursi rispetto al fido accordato.

In tale fattispecie non si può non osservare che qualora il Tasso soglia fosse ad esempio rilevato al 7,95%, con l'utilizzo della formula del TAEG si andrebbe a registrare un tasso usura per poche unità di euro di commissioni. Si rischierebbe cioè di intercettare il fenomeno di usura in una fattispecie in cui il livello della materialità complessiva del danno per il correntista è scarsamente significativo sia per la componente interessi che per quella oneri.

Verifichiamo nel prossimo esempio cosa accade invece quando il fido utilizzato è uguale al fido accordato.

Riprendiamo quindi il caso 1 e *coeteris paribus*, assumiamo che il fido utilizzato è uguale all'accordato.

Caso 4	Interessi	€ 1.625,00				
	Tan annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 500,00				
	Commissioni trimestrali	€ 125,00				
	Utilizzo del trimestre	€ 100.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg trimestre	90				
	Numeri	1.000.000,00				
		Prima frazione		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	0,5	=	7,090%
	TAEG				=	7,097%
	Differenza TAEG - TEG					0,007%

In tal caso si osserva che il TAEG si approssima sostanzialmente al TEG.

Come abbiamo già riscontrato, la componente oneri spalmandosi su un più consistente utilizzo del fido, meno incide nella determinazione del TAEG. In effetti sotto il profilo matematico, innalzandosi sensibilmente il valore del denominatore (i numeri debitori a causa del maggior utilizzo del fido) ed in modo più che proporzionale rispetto alla componente interessi, inclusa nel numeratore, il valore della frazione si riduce. In tal caso, proprio quando il livello di materialità del potenziale danno per il consumatore si innalza sensibilmente a causa della componente

interessi, la probabilità di intercettare un tasso usurario con il TAEG con maggiore frequenza rispetto al TEG si riduce, essendo i tassi pressoché equivalenti.

Proviamo ora ad analizzare cosa accade quando, *coeteris paribus*, rispetto al caso 4 si ipotizzi un utilizzo nel trimestre assai superiore al fido accordato.

Caso 5	Interessi	€ 2.437,50				
	Tan annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 500,00				
	Commissioni trimestrali	€ 125,00				
	Utilizzo del trimestre	€ 150.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg trimestre	90				
	Numeri	13.500.000,00				
		Prima fraz.		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	0,5	=	7,090%
	TAEG				=	6,928%
	Differenza TAEG - TEG					-0,162%

In tal caso si osserva che mentre il TEG (formula di Banca Italia) resta immutato il TAEG viene a collocarsi al di sotto di questo con un differenziale negativo di 0,162 %. Dal punto di vista matematico infatti con la formula di Banca d'Italia la componente commissioni continua a gravare sempre sul fido accordato che è invariato (nelle istruzioni fino al 2016), mentre nella formula del TAEG, la componente oneri grava su un denominatore costituito dai numeri debitori funzione diretta dal fido utilizzato di gran lunga superiore al fido accordato. In tal caso dunque qualora il tasso soglia registrato nel trimestre di riferimento si collocasse al 7% il TAEG non sarebbe in grado di intercettare il fenomeno di usura al contrario del TEG.

Non si può non constatare poi che ciò avverrebbe proprio quando il livello di materialità del potenziale danno del cliente - correntista si innalza sensibilmente a causa della componente interessi ancorché nell'esempio ipotizzato sia supposto lo stesso TAN e le stesse commissioni sebbene ciò nella prassi risulti inverosimile stante la posizione di fuori fido del cliente.

Tuttavia in base alla formula in vigore a partire dall'aprile 2017 il valore dei due tassi risulterebbe convergente.

Da ultimo analizziamo infine il caso 6 in cui, *coeteris paribus*, rispetto al caso 5, proviamo ad ipotizzare un inasprimento delle commissioni applicate a causa degli utilizzi extrafido effettuati dal cliente correntista.

Caso 6	Interessi	€ 2.437,50				
	TAN annuo	6,50%				
	Commissioni annue	€ 1.000,00				
	Commissioni trimestrali	€ 250,00				
	Utilizzo del trimestre	€ 150.000,00				
	Fido accordato	€ 100.000,00				
	gg trimestre	90				
	Numeri	13.500.000,00				
		Prima frazione		Seconda fraz.		
	TEG Banca d'Italia:	6,590	+	1	=	7,590
	TAEG				=	7,266
	Differenza TAEG - TEG					-0,324

In tal caso si osserva che il differenziale negativo tra TAEG e TEG aumenta ancora di più rispetto all'ipotesi precedente. Ciò da un punto di vista matematico è del tutto logico in quanto nel caso in esame la componente oneri nella formula di Bankit si "spalma" sempre sul medesimo denominatore costituito dal fido accordato mentre nella formula del TAEG detta componente grava su un denominatore costituito dai numeri debitori, funzione diretta del fido utilizzato di gran lunga superiore al fido accordato. In tal caso dunque qualora il tasso soglia registrato nel trimestre di riferimento si collocasse al 7,45% il TAEG non sarebbe in grado di intercettare il fenomeno di usura al contrario del TEG. Non si può non constatare poi che ciò accadrebbe proprio quando il livello di materialità del potenziale danno del cliente - correntista si innalza sensibilmente non solo a causa della componente interessi ma anche della componente oneri. Aggiungasi poi che la mancata intercettazione del fenomeno usurario avverrebbe, in ipotesi di utilizzo del TAEG, proprio quando il cliente correntista si verrebbe a trovare in una fase di massima tensione finanziaria e quindi più presumibile lo stato di bisogno del medesimo e pertanto proprio quando più elevato dovrebbe essere il livello di intercettazione del fenomeno usurario da parte del sistema di monitoraggio.

Nuovamente in base alla formula in vigore a partire dall'aprile 2017 il valore dei due tassi risulterebbe convergente.

I casi suesposti ci consentono di trarre le seguenti sintetiche conclusioni in merito all'utilizzo delle due formule:

- ü la formula del TAEG, quando il livello del fido utilizzato è piuttosto basso rispetto al fido accordato, *coeteris paribus*, risulta fortemente influenzata dagli oneri addebitati tanto che anche oneri scarsamente significativi a livello di materialità possono produrre un innalzamento consistente dello stesso TAEG. In tal caso dunque si potrebbe intercettare un fenomeno di usura quando il livello di materialità del danno è relativamente basso vuoi per la componente oneri che interessi e lo stato di tensione finanziaria del correntista è basso a motivo dello scarso utilizzo dei fidi accordati. In detta ipotesi di scarsa materialità e scarso utilizzo dei fidi accordati sarebbe di contro sensibilissimo il sistema di rilevazione del fenomeno usurario;
- ü quando i fidi utilizzati tendono ad eguagliare i fidi accordati le formule del TAEG e del TEG tendono a convergere e l'utilizzo dell'una piuttosto che dell'altra potrebbe risultare indifferente ai fini dell'intercettazione del fenomeno dell'usura;
- ü quando i fidi utilizzati oltrepassano i fidi accordati, la formula del TAEG conduce a risultati inferiori rispetto a quella del TEG. In tal caso la formula del TEG adottata da Banca D'Italia meglio sarebbe in grado di intercettare il fenomeno dell'usura. Ciò peraltro avverrebbe proprio quando il livello di materialità del potenziale danno del cliente-correntista si innalza sensibilmente non solo a causa della componente interessi ma anche della componente oneri; inoltre il meccanismo di intercettazione del fenomeno usurario risulterebbe più sensibile proprio quando il soggetto correntista si verrebbe a trovare in una fase di massima tensione finanziaria e quindi in un più presumibile stato di bisogno. Come detto tale divergenza si riduce sensibilmente con l'utilizzo della formula per il periodo successivo al 01.04.2017.

In ultimo si osserva che il ricorso a formule alternative a quella con la quale necessariamente viene rilevato il tasso soglia, e quindi la formula proposta dalla Banca d'Italia, comporta il confronto tra **grandezza disomogenee** ovvero un tasso soglia calcolato con l'aggregazione statistica dei TEG da Istruzioni della Banca d'Italia e un TAEG rilevato scegliendo arbitrariamente le grandezze da inserire e quelle da riportare che poi si pretende di confrontare con il tasso soglia per far dichiarare l'utilizzo di tassi usurari da parte della Banca.

Forse anche per i motivi che abbiamo sopra esposto, la formula c.d. del TAEG, è stata motivatamente cassata quale formula utilizzabile per il TEG, nel documento "Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura 2009" (redatto nella fase di consultazione tra

l'Istituto Centrale e gli operatori del credito, comprese le associazioni dei consumatori). Tale bocciatura è stata così argomentata: "L'accoglimento di proposte relative a nuove modalità di calcolo del TEG avrebbe comportato ulteriori elementi di discontinuità nella serie storica dei tassi. Si è ritenuto pertanto di confermare nelle nuove Istruzioni la struttura della formula già consolidata che presenta il vantaggio di non generare tassi soglia molto elevati (derivanti per esempio dall'inclusione di TEG calcolati su contratti con un utilizzato molto basso)".

2.6 La Giurisprudenza della Corte di Cassazione

La Giurisprudenza, segnatamente quella penale, ha affermato che la disposizione di cui all'articolo 2 *bis* del D.L. 185/2008 può essere *considerata norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4 in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme*, **Cassazione Penale 12028/2010**.

Da ciò, per le sezioni penali della Suprema Corte, la CMS risulterebbe rilevante ai fini del calcolo del TEG anche prima del 2010, vedere anche **Cassazione Penale 28743/2010, 46669/2011**.

Altra giurisprudenza, non condividendo affatto la natura meramente interpretativa di tale legge non sussistendone gli estremi, ritiene invece più plausibile una diversa interpretazione: detta norma incide certamente sull'art. 644 del c.p. ma sul comma 3 anziché sul comma 4; pertanto è da ritenersi una norma avente portata innovativa in quanto ai sensi art. 644 comma 3 primo periodo del codice penale è la stessa legge che "...*stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*".

A completare il quadro d'incertezza si deve poi rilevare che anche a voler considerare la CMS nel computo del TEG seguendo un certo filone giurisprudenziale, si pone il dubbio di dove computare detta componente nell'ambito della relativa formula: qualora la CMS fosse assimilabile alle componente interessi, essa andrebbe computata sommandola agli interessi passivi nella predetta formula; viceversa, qualora la CMS fosse assimilabile ad un onere accessorio del credito, essa andrebbe invece computata nella relativa formula nella componente oneri.

Recentemente la **Corte di Cassazione Civile** ha espresso una chiara posizione in materia, contenuta nella nota **sentenza n. 12965 del 22 giugno 2016**, che merita di essere analizzata e approfondita poiché fornisce delle interessanti chiavi di lettura delle tematiche fin qui rappresentate.

La vicenda posta all'esame della Suprema Corte di Cassazione trae origine dall'impugnazione promossa da una banca contro il decreto con cui il Tribunale di Venezia aveva respinto il reclamo promosso ex art. 98 L.F. contro la decisione del giudice delegato del fallimento di una società, che aveva negato l'ammissione al passivo del credito vantato dalla ricorrente a saldo di

due conti correnti negativi, pari ad euro 33.533,40 ed euro 35.224,00. La banca, secondo il Tribunale veneziano, non aveva prodotto i documenti idonei a dimostrare che il saldo dei conti correnti era stato determinato con il computo di oneri finanziari conformi ai limiti previsti dalla Legge 7 marzo 1996 n. 108, giacché la società fallita aveva contestato il superamento delle soglie d'usura.

Il Tribunale rilevò in particolare che anche la commissione di massimo scoperto doveva essere inclusa tra gli elementi da conteggiare tra le remunerazioni in collegamento con l'erogazione del credito, così entrando nella commisurazione del tasso usurario, quale costo sostenuto dalla società beneficiaria del finanziamento. A seguito dell'espletata CTU, il Tribunale ravvisò che il superamento del tasso soglia aveva implicato che gli importi percepiti dalla banca erano superiori al credito insinuato e che pertanto non poteva essere ammesso al passivo per violazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. sin dall'origine del rapporto.

La banca soccombente nei due gradi dei giudizi di merito, aveva quindi proposto ricorso per cassazione, sulla base di tre motivi:

1. con il primo motivo del ricorso, la Banca deduceva la violazione di legge, quanto agli articoli 1372, 1322, 1418, 1343 e 2033 c.c., oltre che il vizio di motivazione, laddove il Giudice di merito, non riconoscendo l'operatività della clausola contrattuale che riconduceva le condizioni economiche del rapporto ai limiti interni ai tassi soglia al momento della chiusura del medesimo, ne ha negato la portata conservativa pur se voluta dalle parti, errando anche ove è stata valorizzata la dazione dei supposti maggiori interessi come motivo di nullità della clausola;
2. con il secondo motivo il ricorrente deduceva la violazione di legge, quanto all'articolo 1815 c.c., articolo 14 preleggi, articolo 1418 c.c., oltre che il vizio di motivazione, avendo a suo dire il tribunale erroneamente esteso la norma di azzeramento degli interessi anche a contratti diversi dal mutuo, secondo un'interpretazione censurabile della eccezionalità della norma;
3. con il terzo motivo il ricorrente deduce la violazione di legge, avendo errato il tribunale includendo la CMS in un coacervo di elementi non considerati nel diverso metodo di calcolo fornito dalla Banca d'Italia.

In risposta ai primi due motivi, esaminati congiuntamente, la Corte ha respinto il ricorso della banca, stabilendo che è nullo, in quanto in frode alla legge ex art. 1344 cc, il patto contenuto nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente 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. La norma imperativa che si andrebbe ad eludere è il divieto di pattuire interessi usurari previsto nell'ordinamento dall'art. 1815 c.c. comma 2 .

Si riporta il principio ribadito nella sentenza della Suprema Corte:

“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 c.d. tasso soglia usurario, ma solo mediante l'astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla ex art. 1344 c.c., perché tesa a eludere il divieto di pattuire interessi usurari”.

In risposta al secondo punto la Corte evidenzia inoltre che è irrilevante la distinzione tra apertura di credito e mutuo dato che già la sentenza di Cassazione n. 15621/2007 aveva sancito che è privo di giuridico fondamento il rilievo che la Legge n. 24 del 28.2.2001 di interpretazione autentica della Legge n. 108 del 7.3.1996 si applichi solo ai contratti di mutuo.

La norma prescinde dalla qualificazione del rapporto dato che l'applicazione di interessi usurari non è infatti una eventualità che si verifica nei soli contratti di mutuo, bensì in qualsivoglia contratto avente funzione creditizia al quale può essere associata la corresponsione di interessi compresa dunque l'apertura di credito in conto corrente. Pertanto, secondo la Corte l'articolo 1815 comma 2 codice civile, come novellato dalla Legge n. 108/96, è norma applicabile a tutti i contratti bancari, compresa l'apertura di credito in conto corrente.

In merito al terzo motivo la Corte NON concorda invece con l'inclusione della CMS nel calcolo degli interessi al fine di verificare il superamento del tasso soglia in quanto l'articolo 2 bis del D.L. 185 /2008 avrebbe portata innovativa e non interpretativa. Focalizziamo meglio il contenuto di detta parte della sentenza.

La sentenza della Cassazione Civile n. 12965 del 22.6.2016, attribuendo alla norma di cui all'art. 2 bis del D.L. 185/2008 natura innovativa e non di interpretazione autentica, afferma che la CMS non possa essere ricompresa nel calcolo del TEG fino al 31.12.2009. Allo stesso modo, per il periodo successivo, conferma come non vi siano dubbi che la CMS, per come definita alla luce della norma di cui sopra anche con le modifiche apportate nel 2011 e nel 2012, rientri nel calcolo del TEG.

In estrema sintesi la Corte giunge a tale conclusione sulla base di una considerazione: prima dell'entrata in vigore della riforma la CMS era esclusa dal calcolo del TEGM. Con il mutamento radicale della disciplina, vi viene invece espressamente ricompresa. Con tale norma infatti: “Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente 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'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108”. A buon diritto secondo tale Cassazione, si può parlare di norma avente natura innovativa e di conseguenza non applicabile retroattivamente.

Le motivazioni per la quali la Corte esclude la natura di interpretazione autentica – sostenuta dalla Cassazione penale con diverse pronunce tra cui la n. 12028/2010 – e quindi di interpretazione retroattiva, sono enunciate nella sentenza stessa e principalmente possono così sintetizzarsi:

1. i casi nei quali il legislatore intende fornire l'interpretazione autentica di una norma, andando così a rilevare illeciti che non erano tali al momento del loro compimento, devono essere esplicitamente indicati dalla norma stessa; dal decreto del 2008 invece non emerge né direttamente né indirettamente tale volontà;

2. viene indicato un *dies a quo* a partire dal quale la CMS risulta rilevante ai fini del calcolo del TEG, prevedendo un periodo transitorio per permettere agli istituti di adeguarsi (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 “). Se la norma fosse retroattiva che senso avrebbe aver previsto un periodo transitorio con applicazione di taluni correttivi?

3. qualora si volesse sostenere la tesi dell'interpretazione autentica e, quindi, retroattiva, laddove si includesse la CMS nel calcolo del TEG, risulterebbe impossibile procedere con il raffronto ai fini della verifica del superamento del tasso soglia (TSU), poiché il TEGM sino al 31 dicembre 2009 era stato rilevato senza la commissione di massimo scoperto; pertanto si dovrebbe o procedere con la rideterminazione anche del TSU per renderlo così omogeneo, oppure si confronterebbero due valori disomogenei con evidente erroneo raffronto.

Tuttavia detta Cassazione, e ciò appare veramente significativo, non esclude la rilevanza della CMS in epoca precedente al 31/12/2009 ai fini della verifica dell'usura del rapporto contrattuale contestato.

La Corte infatti, rifacendosi in sostanza alle istruzioni della Banca D'Italia del 2/12/2005, afferma che antecedente al 31 dicembre 2009 (data termine del periodo transitorio fissato dalle istruzioni di Banca D'Italia) la CMS deve essere rilevata autonomamente ed in primo luogo confrontata con la CMS massima rilevata dalla Banca D'Italia (una sorta di CMS soglia pari alla CMS media rilevata da Bankit aumentata del 50%). Qualora poi si verificasse il supero della CMS rispetto alle soglie fissate tempo per tempo dalla Banca d'Italia, ciò non comporterebbe direttamente ed immediatamente usurarietà del rapporto. Tale circostanza infatti, secondo detta nota di Bankit fatta propria dalla Corte, si andrebbe a realizzare solo qualora l'eccedenza della CMS rispetto a quella massima prevista, sommata al tasso d'interesse propriamente detto (cioè il TEG dello specifico rapporto) dovesse superare il TEGM.

La portata innovativa della sentenza sopra commentata, seguita anche dalla Cass. Civ. 22270/16 sullo stesso filone, ha di fatto generato un disorientamento sul piano giudiziario dovuto al contrasto tra la nuova interpretazione sopra commentata e l'orientamento finora

ritenuto prevalente (v. Cass. Pen. 12028/2010, 28743/2010, 46669/2011, 28928/2014 e 10516/2016).

Per tale motivo con ordinanza n. 15188/2017 la I Sezione Civile della Corte di Cassazione, ritenuta la questione di massima e particolare importanza, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente della medesima Corte per la rimessione alle Sezioni Unite Civili. Vedremo in seguito come si esprimeranno in materia le Sezioni Unite della Cassazione.

Alla luce delle superiori considerazioni possiamo quindi ricavare degli interessanti spunti di riflessione per l'individuazione dei quesiti da sottoporre al CTU nell'ambito del contenzioso bancario con modalità che tengano conto dei diversi indirizzi giurisprudenziali.

2.7 Le proposte di quesiti della Commissione in materia di usurarietà degli interessi corrispettivi

Si postulano le seguenti posizioni giurisprudenziali diversamente declinate in funzione della natura CMS

A) corrente giurisprudenziale CONFORME a Cass. Pen. 12028/2010, 28743/2010, 46669/2011, 28928/2014 e 10516/2016 (portata retroattiva dell'art. 2 bis D.L. 185/2008)

1. Fase del rapporto ante 31.12.2009 con Cms assimilata a interessi
2. Fase del rapporto ante 31.12.2009 con Cms assimilata a oneri
3. Fase del rapporto post 31.12.2009

B) corrente giurisprudenziale CONFORME a Cass. Civ. 12965/16 e 22270/2016 (portata innovativa dell'art. 2 bis del D.L. 185/2008)

1. Fase del rapporto ante 01.01.2010
2. Fase del rapporto post 01.01.2010

Questi i possibili quesiti in relazioni alle due diverse situazioni assunte

A) Corrente giurisprudenziale CONFORME a Cass. Pen. 12028/2010, 28743/2010, 46669/2011, 28928/2014 e 10516/2016 :

1) Per la fase del rapporto ANTE 31.12.2009

- Ø con CMS con funzione analoga a quella degli interessi (CMS calcolata dalla Banca sul massimo importo utilizzato intra fido)
- Ø con CMS correttamente addebitata nel rispetto del contratto

ALLORA QUESITO

*“Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB nel *contratto di conto corrente (*o altro), in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata la pattuizione.*

*A tal fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), e quindi anche la commissione di massimo scoperto, considerato che si tratta di costo indiscutibilmente legato all'erogazione del credito, **inserendola tra gli interessi**.*

*In ogni caso, **salvo quanto indicato per la CMS**, determini il TEG secondo la formula della B.I. vigente al momento della sottoscrizione del contratto, seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. a corredo della formula utilizzata.*

In tal caso la formula applicabile secondo il suesposto quesito sarebbe la seguente:

FORMULA fino al 31.12.2009

$$TEG = ((INTERESSI + \textbf{CMS}) \times 36.500 / \text{NUMERI DEBITORI}) + \text{ONERI} \times 100 / \text{ACCORDATO}$$

2) Per la fase del rapporto ANTE 31.12.2009

- Ø con (vera) CMS con funzione di remunerazione per il servizio di messa a disposizione di una somma a prescindere dall'effettivo utilizzo
- Ø con CMS correttamente addebitata nel rispetto del contratto

ALLORA QUESITO

*“Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB nel *contratto di conto corrente (*o altro), in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia, rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata la pattuizione.*

A tal fine, computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), e quindi anche la commissione di massimo scoperto, considerato che si tratta di costo indiscutibilmente legato all'erogazione del credito, inserendola tra gli oneri.

In ogni caso, salvo quanto indicato per la CMS, determini il TEG secondo la formula della B.I. vigente al momento della sottoscrizione del contratto, seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. a corredo della formula utilizzata”.

FORMULA fino al 31.12.2009

$$TEG = (INTERESSI \times 36.500 / \text{NUMERI DEBITORI}) + ((ONERI + \text{CMS}) \times 100 / \text{ACCORDATO})$$

Osservazione: sia per il n. 1 sia per il n. 2 da un punto di vista strettamente tecnico, la rilevazione di un siffatto TEG da compararsi eventualmente con il tasso soglia per la verifica anti usura del rapporto dedotto in giudizio, non consentirebbe un confronto omogeneo tra dette entità, atteso che il TEGM rilevato da Bankit sino al 31/12/2009 (sul quale si fonda poi la determinazione del tasso soglia vigente nel periodo mediante l'applicazione delle maggiorazioni di legge), non comprendeva la CMS. Tale confronto quindi, qualora eseguito, non concerne grandezze omogenee e pertanto a nostro sommo giudizio, ontologicamente errato. Qualora applicato, sarebbe quantunque opportuno che il Giudicante apportasse qualche correttivo al fine di rendere omogeneo il confronto.

3) Per la fase del rapporto POST 31.12.2009

Ø con CMS addebitata in conformità alla normativa vigente

ALLORA QUESITO

*“Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, riducendo gli interessi nei limiti del tasso soglia previsto per il trimestre di riferimento dai D.M., qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) applicato al *contratto di conto corrente (*o altro), in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti nel corso del rapporto, aver superato, per uno o più periodi, il tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro e contenuto nel D.M. trimestrale di riferimento.*

A tal fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), e quindi anche la commissione di massimo scoperto.

In ogni caso determini il TEG secondo la formula della B.I. vigente al momento della sottoscrizione del contratto, seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. a corredo della formula utilizzata”.

FORMULA dal 01.01.2010

$$TEG = (INTERESSI \times 36.500 / \text{NUMERI DEBITORI}) + ((\text{ONERI su base annua} + \text{CMS}) \times 100 / \text{ACCORDATO})$$

Osservazione: dal 1/1/2010, date le nuove istruzioni impartite da Bankit a seguito dell'avvento dell'art. 2 bis del D.L. n. 185 del 29 novembre 2008 e successiva evoluzione normativa, da un punto di vista strettamente tecnico, il TEG così rilevato risulta del tutto comparabile con il tasso soglia del correlato periodo di riferimento in quanto il TEGM rilevato da Bankit successivamente al 31/12/2009 (sul quale si fonda poi la determinazione del tasso soglia vigente nel periodo mediante l'applicazione delle maggiorazioni di legge), comprende la CMS.

B) Corrente giurisprudenziale conforme a Cassazione Civ. n. 12965/2016 e 22270/2016

1) Per la fase del rapporto ante 01.01.2010

- Ø con CMS addebitata qualunque sia la sua natura,
- Ø con CMS correttamente addebitata nel rispetto del contratto

ALLORA QUESITO

*“Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB nel *contratto di conto corrente (*o altro), in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata la pattuizione.*

A tal fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, **escluse quelle per imposte e tasse e la CMS**).

Quanto alle CMS, si provveda poi conformemente alle istruzioni della B.I., alla loro verifica separata, espressa in termini percentuali, effettuando in caso di superamento la "verifica del margine" come indicato nella Circolare B.I. del 2 dicembre 2005.

In ogni caso determini il TEG secondo la formula della B.I. vigente al momento della sottoscrizione del contratto, seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. tempo per tempo vigente a corredo della formula utilizzata."

FORMULA ante 01.01.2010

TEG = (INTERESSI X 36.500/NUMERI DEBITORI) + (ONERI (**esclusa CMS**) X 100)/
ACCORDATO

Verifica separata per la CMS

CMS applicata/max scoperto = % CMS Banca applicata da confrontare con CMS soglia

CMS soglia = CMS media rilevata da B.I. moltiplicata per 1,5

Se CMS Banca < CMS soglia il rapporto NON è usurario

Se CMS banca > CMS soglia à allora si procede al calcolo del margine per verificare se capiente

Margine= Tasso soglia- TEG Banca

SE: (Tasso soglia – TEG banca) > (CMS Banca – CMS soglia) **il rapporto NON è usurario.**

SE: (Tasso soglia – TEG Banca) < (CMS Banca – CMS soglia) **il rapporto è usurario.**

In tal caso è necessario procedere a calcolare tutti gli interessi addebitati dall'inizio del rapporto o dall'esercizio dello *ius variandi* in senso sfavorevole al cliente e a stornarli dal computo dare / avere tra le parti.

2) Per la fase del rapporto post 01.01.2010

Ø con CMS addebitata in conformità alla normativa vigente e del contratto

ALLORA QUESITO

"Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse

*effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB nel *contratto di conto corrente (*o altro), in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata la pattuizione.*

A tal fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), e quindi anche la commissione di massimo scoperto.

In ogni caso determini il TEG, secondo la formula della B.I. vigente al momento della sottoscrizione del contratto, seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. tempo per tempo vigente a corredo della formula utilizzata".

FORMULA dal 01.01.2010

$$TEG = (INTERESSI \times 36.500 / \text{NUMERI DEBITORI}) + ((\text{ONERI su base annua} + \text{CMS}) \times 100 / \text{ACCORDATO})$$

Cap. 3 - L'ANATOCISMO NEL RAPPORTO DI C/C

3.1 L'evoluzione normativa

In materia di anatocismo la norma di riferimento è l'articolo 1283 codice civile che così recita:

In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi, solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempreché si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi.

In base al chiaro disposto normativo solo la produzione di interessi su interessi può dar luogo ad anatocismo mentre la capitalizzazione di oneri diversi dagli interessi non genera mai anatocismo.

Nell'affrontare tale tematica bisogna inoltre necessariamente distinguere vari periodi storici dato che anche lo stesso testo unico bancario, nella sua versione iniziale, regolava scarsamente la materia.

Analizziamo dunque la tematica dell'anatocismo in relazione ai diversi periodi storici.

3.1.1 Periodo ante 30 Giugno 2000

L'art. 120 del TUB ha subito dal suo avvento ad oggi diverse modifiche sostanziali riguardanti il problema dell'anatocismo.

Nella sua versione iniziale, in vigore dal 1 gennaio 1994 al 18 ottobre 1999, l'articolo 120 TUB non disciplinava detta materia. Detta norma si limitava solo a prevedere in un comma che ***“gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelevamento”***.

Nessun accenno vi era al fenomeno della produzione degli interessi sugli interessi in deroga al generale divieto di cui all'art. 1283 c.c. .

Il problema, nel periodo storico analizzato, è stato quello di ritenere per circa un ventennio (in primo luogo dal sistema bancario ed in parte da un'iniziale orientamento giurisprudenziale formatasi in materia), che la prassi contemplata dalle ***“norme bancarie uniformi predisposte dall'A.B.I.”***- la quale prevedeva l'applicazione della capitalizzazione trimestrale sugli interessi

passivi dovuti dal cliente e annuale su quelli attivi dovuti dalla banca - **avesse natura di uso normativo**(sentenza n.6631 del 1981 della Corte di Cassazione), **ammettendo quindi tale forma di anatocismo in conformità all'articolo 1283 cod. civ.** . E' infatti pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che gli usi contrari richiamati dall'art. 1283 c.c. **sono soltanto quelli normativi e giammai quelli negoziali.**

Solo con la sentenza della Corte di Cassazione n. 2374 del 16.03.1999, seguita da Cass. Civ. sez.III,30/03/99 n. 3096 e Cass. Civ. sez. I, 11/11/99 n. 12507, che, nel sottoporre a revisione critica il tradizionale orientamento, la Giurisprudenza di legittimità ha ritenuto la natura di queste norme di **“uso negoziale”** ex art. 1340 c.c. con la conseguenza che la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale sugli interessi passivi dovuti dal cliente e annuale su quelli attivi dovuti dalla banca, **è nulla per violazione dell'art. 1283 c.c.⁷in quanto basata su un mero uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria.**

Sulla base di tali premesse, la **Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 24418/2010** ha statuito che *“dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal conto corrente bancario, contenuta in un contratto di conto corrente stipulato in epoca anteriore al 22 aprile 2000 (data di entrata in vigore della delibera CICR del 09.02.2000), per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art 1283 c.c. - il quale osterebbe anche a una eventuale capitalizzazione annuale - **gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna”.***

In altri termini, secondo il principio affermato da questa sentenza, non sussiste alcuna possibilità di integrazione del contratto bancario, ovvero di sostituzione legale, o di inserzione automatica di clausole che prevedano la capitalizzazione con diversa periodicità, dovendosi escludere ogni tipo di capitalizzazione ivi inclusa anche quella annuale.

Dunque, in conformità a detto consolidato principio giurisprudenziale, per tutti i periodi anteriori al 30 giugno 2000 gli interessi bancari devono essere computati senza capitalizzazione.

3.1.2 Periodo dal 30 Giugno 2000 al 31 Dicembre 2013

Art 25, comma 2, D.Lgs. 04 agosto 1999: introduzione nuovo secondo comma art. 120 T.U.B.

⁷ Rivista di diritto bancario – Ottobre 2012 – “La gestione delle cause di anatocismo e usura: ripartizione dell'onere della prova, ammissibilità degli ordini di esibizione, prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito e impostazione della CTU” (dott.ssa Anna de Simone)

Al radicale mutamento dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, ha fatto seguito l'intervento del legislatore con l'art. 25, comma 2, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, **che ha aggiunto il secondo comma all'art. 120 T.U.B attribuendo così all'anatocismo bancario una fonte legale e non più consuetudinaria:**

“Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori”.

Inoltre l'art. 25, comma 3, del citato decreto legislativo (c.d. decreto salva banche), aveva dettato una norma transitoria - successivamente dichiarata incostituzionale con sentenza n.425 del 17.10.2000 - che sanciva la validità ed efficacia, fino alla data di entrata in vigore della delibera CICR, delle clausole anatocistiche contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera stessa. Poiché detta norma è stata dichiarata incostituzionale, **resta confermato il divieto di anatocismo per i rapporti anteriori al 30 giugno 2000**. Inoltre, per i rapporti precedenti ed ancora in essere al 30 giugno 2000, dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale citata, **si è resa necessaria l'approvazione scritta del cliente delle nuove clausole di capitalizzazione, risultando insufficiente l'adeguamento in via generale pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e comunicato per iscritto alla clientela.**

Per effetto della menzionata pronuncia della Corte Costituzionale, le clausole anatocistiche restano disciplinate, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo.

Detta previsione poneva quindi fine, a favore delle banche, alla questione in ordine alla formazione di un uso normativo in deroga alla disposizione di cui all'art. 1283 c.c., istituendo un anatocismo “legale” di fonte legislativa anch'esso speciale rispetto a tale divieto.⁸

Delibera CICR 09 febbraio 2000

L'intervento regolamentare del CICR con delibera del 9 febbraio 2000 avrebbe dovuto fornire “le modalità e i criteri” per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

Con la delibera in oggetto, il CICR ha ammesso la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, a condizione che la medesima procedura fosse applicata anche per gli interessi attivi (**c.d. clausola di reciprocità**). A tali condizioni è stata dunque resa legittima l'applicazione della capitalizzazione degli interessi per i contratti bancari stipulati dopo la data della sua

⁸ Rivista di diritto bancario n.10/2014 – “Le recenti modifiche dell'art. 120 TUB e la loro incidenza sulla delibera CICR 09 febbraio 2000”

entrata in vigore (22 aprile 2000) e, per quelli stipulati prima del 1° luglio 2000 prevedendo la possibilità di adeguamento contrattuale **ma senza effetti retroattivi**.

La delibera CICR ha stabilito, all'art.1 *“che nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari gli interessi possono produrre a loro volta interessi secondo i criteri e le modalità indicati negli articoli che seguono”*.

Per le operazioni in conto corrente il CICR ha introdotto il principio della libertà contrattuale (art.2 comma primo) con l'unico limite, previsto dal comma 2, della parità tra i periodi di capitalizzazione degli interessi attivi e passivi.

Al terzo comma ha consentito, “se contrattualmente stabilito”, che l'importo risultante dal saldo di chiusura, composto ovviamente anche dagli interessi già portati a capitale nel corso del rapporto, producesse a sua volta ulteriori interessi sugli interessi già conteggiati. L'unico limite apposto è stato quello relativo al divieto dell'anatocismo sugli interessi sul saldo di chiusura successivi alla prima capitalizzazione. Previsione peraltro superflua in quanto il conto passivo “chiuso” (con conseguente revoca dell'affidamento ed esigibilità del saldo) era suscettibile di immediata azione giudiziaria monitoria da parte della banca ed in quella sede già l'art. 1283 c.c. consentiva l'anatocismo giudiziale per gli interessi scaduti da almeno sei mesi.

Il comma 3 della norma citata prevede infine che ***“quando il pagamento avviene mediante regolamento in conto corrente si applicano le disposizioni di cui all'art.2”***. In buona sostanza gli interessi, a seguito della delibera 9 febbraio 2000 del CICR, se contrattualmente pattuiti, vanno ad incidere anche su quella quota di rata scaduta, che è comprensiva di interessi corrispettivi, configurando già perciò stesso anatocismo con durata “dalla scadenza al pagamento”.

La stessa delibera, all'art.7 disciplina il periodo transitorio:

“1. le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio.

2. Qualora le nuove condizioni contrattuali NON comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali

nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000.

3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela.”

L'art. 7 pone quindi un limite alla reintroduzione dell'anatocismo sui rapporti pendenti al 30.06.2000 in riferimento al periodo successivo al 01.07.2000. Infatti, per la stragrande maggioranza di questi rapporti l'adeguamento delle condizioni contrattuali con l'introduzione di una clausola di capitalizzazione, sebbene rispondenti ai requisiti previsti dal CICR, comportava una modifica peggiorativa (non migliorativa) con conseguenti ulteriori adempimenti da parte delle banche necessari per renderla legittima, ovvero:

- pubblicazione in Gazzetta Ufficiale;
- copia comunicazione specifica al correntista dell'avvenuto adeguamento contenuta negli estratti conto entro il termine dell'art.7;
- approvazione del cliente.

3.1.3 Periodo dal 01 Gennaio 2014 – 30 Settembre 2016

Art. 1, comma 629, L. 27 dicembre 2013, n. 147

A decorrere dal 1° gennaio 2014 è stato modificato il **secondo comma dell'art. 120 TUB** nei termini seguenti:

“Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;

b) gli interessi periodicamente capitalizzati NON possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale”.

È utile notare che in quest'ultima versione il CICR è chiamato a declinare la **“produzione di interessi”** e non più la “produzione di interessi su interessi”. **Da qui l'ulteriore conferma che l'art.120 TUB non rappresenta una norma di deroga all'art. 1283 c.c., e che il legislatore intenda eliminare nei rapporti tra banche e clienti ogni forma di produzione di interessi sugli interessi sia attivi, sia passivi.**

Questa legge, modificando il secondo comma dell'art. 120 TUB, ha reso illegittima, a decorrere del 01.01.2014, qualsiasi prassi anatocistica nei rapporti bancari e ha vietato l'addebito di interessi anatocistici passivi.⁹ Infatti, alla lettera b) il legislatore, seppur con diverse incertezze interpretative, si ritiene abbia voluto chiarire i limiti del conteggio indicati al punto precedente, precisando che gli interessi così conteggiati, e quindi annotati in conto, se in tal modo vengono capitalizzati in ogni caso non possono produrre ulteriori interessi, che quindi vanno conteggiati solo sul capitale iniziale.

In pratica la norma prevede che quando vengono contabilizzati gli interessi, questi non devono confluire, come avveniva prima, nella sorte capitale, ma devono essere contabilizzati a parte, non dando luogo ad alcuna capitalizzazione e creando così un "monte interessi" da liquidare periodicamente, che non va confuso con il capitale principale.

La lettera della norma e la sua interpretazione, per la sua formulazione imprecisa ed atecnica, hanno creato molti dubbi.

Ciò detto, la principale incertezza riferita all'attuale art. 120 del TUB concerne peraltro il *dies a quo* dal quale si deve ritenere applicabile il nuovo regime.

Occorre in primo luogo annotare che, ai sensi dell'art. 1, comma 729 della L. 27 dicembre 2013, n. 147, la stessa legge è entrata in vigore il 1° gennaio 2014.

Non essendo espresso nella norma un regime transitorio si sono, di fatto, radicalizzate due opposte letture in tema di entrata in vigore, immediata o differita, del novellato art. 120, comma 2, del TUB.

PRIMA TEORIA – IMMEDIATA APPLICABILITA' DELL'ART. 120 TUB A FAR DATA 01.01.2014

Secondo una prima lettura, l'art. 120, comma 2, del TUB sarebbe applicabile a far data dal 1° gennaio 2014, trattandosi di norma imperativa che abroga tanto il previgente art. 120, comma 2, del TUB quanto le disposizioni attuative contenute nella Delibera CICR del 9 febbraio 2000. Secondo tale interpretazione, in particolare, ai fini dell'immediata applicabilità del novellato art. 120, comma 2, del TUB non sarebbe necessaria l'adozione della (nuova) Delibera CICR pur richiamata nella stessa norma¹⁰.

⁹ Diritto 24 "Interessi anatocistici vietati dal 1 gennaio 2014, ma, anche da prima" Dott. Prof. Gregorio Pietro D'Amato

¹⁰ Aderiscono a tale prima lettura, Petrelli, Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, secondo semestre 2013, www.gaetanopetrelli.it; Quintarelli, Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; prescrizione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere della prova, www.ilcaso.it; Farina, Le recenti modifiche dell'art. 120 TUB e la loro incidenza sulla delibera CICR 9 febbraio 2000, www.dirittobancario.it; Marcelli, L'anatocismo e le vicissitudini della Delibera CICR 9/2/00, www.ilcaso.it; Dolmetta, Sul transito dell'anatocismo bancario dal vecchio al nuovo regime, www.ilcaso.it - Sopravvenuta abrogazione del potere bancario di anatocismo, in Banca, borsa, tit. cred., 2015.

Coloro che accolgono tale prima interpretazione affermano che l'art. 120, comma 2, del TUB - quale novellato attraverso il comma 629 dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2013, n. 147 – avrebbe un contenuto precettivo sufficientemente delineato e che non necessiterebbe della (pur prevista e richiesta) delibera CICR. Lo stesso CICR, peraltro, nel determinare le modalità ed i criteri per la produzione degli interessi non potrebbe, diversamente dal passato, abilitare le banche a derogare il divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c.

Tale interpretazione è fondata sulla circostanza che sarebbe inutile attendere la delibera CICR, così come previsto dall'art. 161 quinto comma TUB, atteso che la nuova formulazione dell'art. 120 avrebbe introdotto un divieto assoluto dell'anatocismo nei rapporti bancari, per cui al "legislatore secondario" non potrebbe comunque essere demandata alcuna funzione interpretativa/modificativa della norma primaria.

A favore della tesi dell'immediata applicabilità, a far data dal 1° gennaio 2014, dell'art. 120, comma 2, del TUB, in giurisprudenza si sono pronunciati, a quanto consti, il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 25.3.15; Trib. Milano, 3.4.15; Trib. Milano, 1.7.15; Trib. Milano, 29.7.15; Trib. Milano, 5.8.2015) il Tribunale di Biella (Trib. Biella, 7.7.15) ed il Tribunale di Cuneo (Trib. Cuneo, 29.6.15).

SECONDA TEORIA – NECESSITÀ DELLA DELIBERA CICR

In base ad una seconda lettura, invece, l'art. 120, comma 2, del TUB non sarebbe immediatamente applicabile in quanto, anche ai fini dell'applicazione, è necessaria e richiesta l'adozione della Delibera CICR richiamata nella stessa norma¹¹.

L'art. 120 TUB, deve essere infatti necessariamente letto in combinato disposto con l'**art. 161, quinto comma**. Detta norma così recita: ***“Le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del presente decreto legislativo”***.

¹¹ Aderiscono a tale seconda lettura, Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito civilistico n. 80-2014/C; Maimeri, La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività, www.dirittobancario.it; Morera – Olivieri, Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120 comma 2 TUB, in Banca, borsa, tit. cred., 2015, I; Mucciarone, La trasparenza bancaria, in Trattato dei contratti diretto da Roppo, 2014, V, 689). In particolare, ad avviso del Consiglio Nazionale del Notariato, l'art. 120, comma 2, del TUB avrebbe “un contenuto imperativo non sufficientemente delineato” ed il “il legislatore, utilizzando uno dei modelli di delegificazione previsti dall'art. 17 della legge 23 agosto 1998, n. 400, avrebbe affidato al CICR – come si evince dalla norma – il compito di dettare regole che completano il precetto legislativo contenuto nella legge delegante. Si sarebbe in presenza, in altri termini, di quella “legislazione integrata”, in cui la legge affida a diverse fonti il compito di completare l'innovazione da essa prodotta, rinviando ad una normativa in assenza della quale la legge è, oltre che inapplicabile, incompleta, quanto meno nel senso che gli istituti in essa disciplinati mancano di elementi essenziali per la definizione di alcune delle loro caratteristiche rilevanti (...). Corollario ulteriore dell'accoglimento della tesi sopra esposta, dovrebbe essere quello che in attesa dell'emanazione della delibera CICR, sia da escludere una portata abrogativa immediata del vecchio comma secondo dell'art. 120 TUB e della delibera del CICR del 9 febbraio 2000, da parte della norma primaria delegificante (e cioè il comma 629 della legge di stabilità)” (Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito civilistico n. 80-2014/C)

Pertanto , secondo detta tesi , se ne deduce che l'articolo 120 e 161 comma 5 TUB **individuano un meccanismo normativo per il quale è indispensabile l'assunzione della nuova delibera CICR prima che la precedente decada.**

La prima, più semplice considerazione a supporto di detta tesi è quella della *specialità* della materia creditizia che richiede un coordinamento maggiore e differente che può logicamente derogare al sistema giuridico ordinario.

Vi è poi l'argomento della incompatibilità di un divieto tout court dell'anatocismo bancario con il sistema giuridico dell'Unione Europea.

Sul punto si segnala, tra le tante, la pronuncia del Tribunale di Siena (4.8.2015), la quale ha evidenziato l'incompatibilità tra il dettato dell'art. 120, secondo comma TUB, che pare imporre a livello strettamente nazionale un nuovo, peculiare e più complesso sistema di contabilizzazione nei rapporti bancari di durata, e il generale divieto ex art. 101, terzo paragrafo e primo paragrafo lettera C e lettera B TFUE, per il quale *"Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento"*.

In altri termini il divieto di cui all'art. 101 TFUE è diretto ad evitare l'insorgere di pratiche concordate che creino segmentazioni del mercato unico europeo o che abbiano per oggetto o quale effetto di limitare gli investimenti, per cui il giudice nazionale deve disapplicare qualsiasi disposizione della legislazione interna in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

Vi è poi il tema della "coerenza interpretativa", dovendosi ricordare che all'indomani della precedente riforma dell'art. 120 TUB (che pure aveva regolamentato il fenomeno della capitalizzazione, allora in senso più favorevole al sistema bancario) la nuova normativa non fu ritenuta di immediata applicazione, dovendosi attendere la nota delibera CICR del 9.2.2000.

A favore della tesi dell'applicabilità differita dell'art. 120, comma 2, del TUB, ovvero in modo quantomeno dubbioso in relazione all'accoglimento della tesi dell'immediata applicabilità della stessa norma, si sono pronunciati, in base a quanto consti, il Tribunale di Torino (Trib. Torino, 12.6.15), il Tribunale di Parma (Trib. Parma, 30.7.15) ed il Tribunale di Cosenza (Trib. Cosenza, 27.5.15).

L'introduzione dell' Art. 31, D.L. 24 Giugno 2014, n. 91

Il legislatore, attraverso l'art.31 del D.L. 24 giugno 2014, n.91, è ritornato sulla stessa norma proponendo una diversa versione dell'art. 120 comma 2 del TUB in base alla quale si prevedeva che il CICR fosse chiamato a stabilire ***“modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo. Nei contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento è assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nell'addebito e nell'accredito degli interessi, che sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti interessi; per i contratti conclusi nel corso dell'anno il conteggio degli interessi è comunque effettuato il 31 dicembre”***.

Con tale intervento normativo il **legislatore ha di fatto riaffermato la legittimità dell'anatocismo bancario** (ancorché con periodicità non inferiore all'anno) delegando al CICR il compito di stabilire modalità e criteri per la generazione di interessi sugli interessi maturati su base annua. Tale modifica tuttavia non è stata confermata dalla legge di conversione del Decreto Competitività, ed è pertanto priva di effetto. Pertanto la materia è di nuovo regolata in via primaria dalla modifica introdotta dalla Legge di Stabilità 2014.

3.1.4 Periodo dal 01 Ottobre 2016 – ad oggi

Decreto legge 14.02.2016 n. 18 convertito dalla Legge 49/2016 e D.M. 3 agosto 2016 n°343 (decreto attuativo dell'articolo 120 TUB) in vigore dal 1/10/2016

Delibera CICR del 3 agosto 2016

Con il varo del **decreto CICR 343/2016**, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n.212/2016, giunge a compimento la tormentata vicenda dell'anatocismo bancario, il nuovo art. 120 comma 2 del TUB prevede che:

“ Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

*a) nei **rapporti** di conto corrente o di **conto di pagamento** sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, **comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;***

*b) 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; **per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre***

il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1 marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo."

Ambito di applicazione (profilo soggettivo)

La delibera n.343 del 3 agosto 2016 del MEF si applica a tutte le operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito tra intermediari e clienti, disciplinate ai sensi del titolo VI del TUB, compresi i finanziamenti a valere su carte di credito. Per cliente si intende qualsiasi soggetto che ha in essere un rapporto contrattuale con un intermediario, con le banche, con gli intermediari finanziari di cui all'art.106 del TUB.

Operazioni bancarie interessate dalla disciplina (profilo oggettivo)

1. **Operazioni di raccolta del risparmio ed esercizio del credito, ivi compresi i finanziamenti a valere su carte di credito**: l'art. 3, comma 1 e 2 della delibera CICR 3 agosto 2016, n. 343 stabilisce che gli interessi debitori non possono produrre interessi **con la sola eccezione degli interessi di mora**, in conformità a quanto prescritto dai principi generali fissati dall'art. 1194 c.c., nonché dall'art. 1234 c.c. e dall'art. 1284 c.c.
2. **I rapporti di conto corrente e i rapporti di conto di pagamento**, così come definito dall'art. 1, comma 1, lettera l), del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11: l'art. 3, comma 3, della delibera prescrive che:
 - a. gli intermediari debbono assicurare ai clienti la stessa periodicità, comunque non inferiore ad un anno, nel conteggio degli interessi creditori e debitori;
 - b. gli interessi debbono essere conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti;
 - c. il conteggio degli interessi deve essere invece effettuato il 31 dicembre per i contratti stipulati nel corso dell'anno.
3. **Le aperture di credito regolate in conto corrente** ex art. 2, comma 1, lett. a), del D.M. 30 giugno 2012, n. 644 (in forza delle quali il cliente ha la facoltà di utilizzare e ripristinare la disponibilità dell'affidamento) **e in conto di pagamento** anche quando la disponibilità sul conto, nella forma ex art. 1842 c.c., è generata da operazioni di anticipo su crediti e documenti, e **gli sconfinamenti** ex art. 2, comma 1, lett. b), c) e d), del D.M. 30 giugno 2012, n. 644 (utilizzo extrafido, sconfinamento in assenza di fido): ai sensi dell'art. 4 della

delibera gli interessi debitori vanno conteggiati al 31 dicembre di ciascun anno con una periodicità non inferiore ad un anno. Gli interessi debitori debbono essere inoltre contabilizzati separatamente rispetto alla sorte capitale.

L'art. 4 della delibera disciplina poi la questione del saldo periodico della sorte capitale ed il connesso regime di capitalizzazione degli interessi, prescrivendo che:

- **gli interessi debitori divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati (comma 4);**
- gli intermediari devono però concedere ai clienti un periodo di 30 giorni, decorrenti dal ricevimento delle comunicazioni previste dall'art. 119 del od art. 126 – quater, comma 1, lett. b), del T.U.B., prima che gli interessi maturati divengano esigibili;
- il termine di 30 giorni può essere derogato contrattualmente tra le parti soltanto in senso più favorevole per il cliente.

Al comma 5 si precisa che il cliente ha la possibilità di autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto nel momento in cui questi ultimi divengono esigibili. La somma addebitata deve essere in questo caso imputata come sorte capitale ed è comunque fatta salva la possibilità per il cliente di revocare, in qualsiasi momento, l'autorizzazione a condizione che non abbia ancora avuto luogo l'addebito dell'importo.

È inoltre data, al comma 6, la possibilità di concordare contrattualmente che i fondi accreditati sul conto dell'intermediario e destinati ad affluire sul conto del cliente sul quale è regolato il finanziamento siano utilizzati per estinguere il debito da interessi. Tale operazione può essere conclusa soltanto nel momento in cui gli interessi divengono esigibili.

In caso di chiusura definitiva del rapporto bancario (comma 7), gli interessi sono anch'essi da ritenersi immediatamente esigibili, fatte salve le seguenti precisazioni:

- Ø il saldo relativo alla sorte capitale può produrre interessi secondo quanto previsto nel contratto;
- Ø la somma dovuta a titolo di interessi non può produrre ulteriori interessi.

Modalità di adeguamento dei contratti

L'art. 5 della delibera CICR del 3 agosto 2016 contiene infine le disposizioni riguardanti le modalità di adeguamento dei contratti in corso con i clienti ed i termini di entrata in vigore ed applicazione delle nuove regole che dovranno essere osservate dagli intermediari finanziari.

I contratti dovranno innanzitutto essere adeguati con l'introduzione di clausole conformi a quanto prescritto dall'art. 120, comma 2, del T.U.B. e dalla stessa delibera in ossequio alle disposizioni dettate dall'art. 118 e dell'art. 126 sexies del T.U.B..

L'adeguamento delle clausole è infatti considerato come giustificato motivo a norma dell'art. 118 del T.U.B. di modifica delle condizioni contrattuali.

La clausola contenente l'autorizzazione prevista ex art. 4, comma 6, della delibera CICR del 3 agosto 2016 **deve tuttavia essere oggetto di specifica approvazione da parte del cliente in osservanza a quanto prescritto dall'art. 117, comma 1, del T.U.B..**

Per quanto concerne invece tutti gli altri contratti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 118 e dell'art. 126-sexies del T.U.B., gli intermediari finanziari avevano l'obbligo di proporre al cliente l'adeguamento delle condizioni contrattuali entro il termine del 30 settembre 2016.

Le previsioni contenute nella delibera sono derogabili, ma soltanto a condizioni più favorevoli per i clienti, così come previsto dall'art. 127, comma 1, del T.U.B..

Di seguito un quadro sinottico dell'evoluzione normativa dell'articolo 120 TUB.

Art.120 TUB (1994 – 2000)	Art.120 TUB (2000 – 2013)	Art.120 TUB (2014 – 2016)	Art.120 TUB (2016)
<i>Gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a</i>	<i>Gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a</i>	<i>01. Il titolare del conto corrente ha la disponibilità economica delle somme relative agli assegni circolari o bancari versati sul suo conto, rispettivamente emessi da o tratti su una banca insediata in Italia, entro i quattro giorni lavorativi successivi al versamento.</i> <i>1. Gli interessi sul</i>	<i>01. Il titolare del conto corrente ha la disponibilità economica delle somme relative agli assegni circolari o bancari versati sul suo conto, rispettivamente emessi da o tratti su una banca insediata in Italia, entro i quattro giorni lavorativi successivi al versamento.</i> <i>1. Gli interessi sul versamento di assegni</i>

quello di prelevamento	quello di prelevamento (Articolo poi sostituito dall'art. 4, comma 2, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 3 D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218) 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori 3. Per gli strumenti di pagamento diversi dagli assegni circolari e bancari restano ferme le disposizioni sui tempi di esecuzione, data valuta e disponibilità di fondi previste dagli articoli da 19 a 23 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11.	versamento di assegni presso una banca sono conteggiati fino al giorno del prelevamento e con le seguenti valute: a) dal giorno in cui è effettuato il versamento, per gli assegni circolari emessi dalla stessa banca e per gli assegni bancari tratti sulla stessa banca presso la quale è effettuato il versamento; b) per gli assegni diversi da quelli di cui alla lettera a), dal giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni circolari emessi da una banca insediata in Italia, e dal terzo giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni bancari tratti su una banca insediata in Italia. 1-bis. Il CICR può stabilire termini inferiori a quelli previsti nei commi 1 e 1-bis in relazione all'evoluzione delle procedure telematiche disponibili per la gestione del servizio di incasso degli assegni.	presso una banca sono conteggiati fino al giorno del prelevamento e con le seguenti valute: a) dal giorno in cui è effettuato il versamento, per gli assegni circolari emessi dalla stessa banca e per gli assegni bancari tratti sulla stessa banca presso la quale è effettuato il versamento; b) per gli assegni diversi da quelli di cui alla lettera a), dal giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni circolari emessi da una banca insediata in Italia, e dal terzo giorno lavorativo successivo al versamento, se si tratta di assegni bancari tratti su una banca insediata in Italia. 1-bis. Il CICR può stabilire termini inferiori a quelli previsti nei commi 1 e 1-bis in relazione all'evoluzione delle procedure telematiche disponibili per la gestione del servizio di incasso degli assegni. 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la
------------------------	---	---	--

		2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale. 3. Per gli strumenti di pagamento diversi dagli assegni circolari e bancari restano ferme le	produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti; b) 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; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche
--	--	--	---

		disposizioni sui tempi di esecuzione, data valuta e disponibilità di fondi previste dagli articoli da 19 a 23 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11.	in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo 3. Per gli strumenti di pagamento diversi dagli assegni circolari e bancari restano ferme le disposizioni sui tempi di esecuzione, data valuta e disponibilità di fondi previste dagli articoli da 19 a 23 del decreto legislativo n. 11/2010.
--	--	--	--

<u>NO ANATOCISMO</u>	<u>SI ANATOCISMO:</u>	<u>NO ANATOCISMO</u>	<u>SI ANATOCISMO</u> <u>previa specifica</u> <u>autorizzazione</u>
	- per tutti i nuovi contratti; - per i vecchi contratti che rispettano le condizioni dell'art.7 della delibera CICR, ma senza effetti retroattivi	Per chi ritiene applicabile il nuovo Art. 120 TUB in assenza di delibera CICR a partire dalla data di pubblicazione in G.U. (Trib. Milano) <u>SI ANATOCISMO</u> Per chi invece non ritiene applicabile il nuovo Art.120 TUB in assenza di delibera CICR (Notariato)	

3.2 La proposta di quesito della Commissione in materia anatocismo

Esaminata l'evoluzione normativa, i quesiti standard in materia di anatocismo possono essere così formulabili:

“Ricalcoli il Consulente l'esatto ammontare del rapporto dare-avere tra le parti, eliminando la capitalizzazione degli interessi:

IPOTESI A) Se il Giudice ritenga applicabile dal 01.01.2014 l'art. 120 TUB, come novellato dalla L. 27/12/2013 N. 147 art 1 comma 629 in assenza della delibera CICR

- I. qualora dall'origine del rapporto e fino alla data del 30.06.2000 (relativa alla pubblicazione della delibera CICR) risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi;*
- II. qualora dal 01.07.2000 e fino al 31.12.2013 risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi in assenza della clausola di reciprocità tra le parti, e quindi*

in violazione dell'art. 120 TUB¹²;

- III. qualora, **dal 01.01.2014 e fino al 30.09.2016** risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi;*
- IV. qualora, **dal 01.10.2016¹³**, risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi, in violazione del nuovo art. 120 TUB e della delibera Cicr343/2016.*

IPOTESI B) Se il Giudice NON ritenga applicabile dal 01.01.2014 l'art. 120 TUB così, come novellato dalla L. 27/12/2013 N. 147 art 1 comma 629 in assenza della delibera CICR

- I. qualora **dall'origine del rapporto e fino alla data del 30.06.2000** (relativa alla pubblicazione della delibera CICR) risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi;*
- II. qualora **dal 01.07.2000 e fino al 30.09.2016** risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi in assenza di reciprocità tra le parti¹⁴;*
- III. **qualora, dal 01.10.2016**, risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi e il cliente non abbia, anche preventivamente, autorizzato l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi diventano esigibili e l'autorizzazione non sia stata revocata, e quindi, in violazione del nuovo art. 120 TUB e della delibera Cicr 343/2016."*

3.3 Indagine tecnica che dovrà svolgere il Consulente per rispondere ai quesiti assegnati

Visti i possibili quesiti formulabili al Consulente, si ritiene opportuno fornire un iter logico-tecnico da seguire per la risoluzione dei quesiti in materia di anatocismo.

Preliminarmente, al fine di sviluppare il calcolo peritale, è necessario utilizzare un foglio di calcolo di excel nel quale, una volta inserito ogni singolo movimento effettuato nel conto corrente ed eseguita la riconciliazione con gli estratti conto bancari, sia possibile determinare i parametri utilizzati dall'istituto di credito (numeri – tassi di interesse applicati - affidamento) e,

¹² Ipotesi che si realizza qualora il Giudice abbia accertato:

Per i contratti sorti ANTE 30.06.2000, in riferimento al periodo successivo al 01.07.2000, la Banca ha l'onere di depositare (in applicazione delle prescrizioni contenute nella delibera CICR del 2000) il nuovo contratto sottoscritto non bastando la copia della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e la copia della comunicazione al correntista contenuta negli estratti conto.

Per i contratti POST 30.06.2000 verificare che la clausola sia pattuita per scritto e separatamente sottoscritta in quanto abusiva/vessatoria.

¹³ Ipotesi che si verifica solo qualora il Giudice accerti la mancata autorizzazione da parte del cliente all'addebito degli interessi come prevista dal nuovo art. 120 TUB

¹⁴ Vedasi nota n. 11

quindi, poter ricalcolare le competenze per ciascuna delle annualità in esame.

In primo luogo nel prospetto di conto corrente è indicato l'importo di tutte le operazioni effettuate in ordine cronologico a debito o a credito; per ogni movimento sono indicate inoltre la data contabile, la valuta e la descrizione.

In sede di chiusura, solitamente con cadenza trimestrale, le operazioni vengono disposte in ordine di valuta e per ogni data si calcolano i giorni che intercorrono dalla valuta di ogni saldo alla valuta del saldo successivo. I giorni così calcolati si moltiplicano per il saldo stesso in modo da ottenere i "numeri": $N u m e r i = S a l d o * G i o r n i$.

Dopo di ciò la banca calcola gli interessi, moltiplicando i numeri per il tasso di riferimento e dividendo il risultato per 36.500 o 36.600: $I n t e r e s s i = (N u m e r i * T a s s o) / 36.500$ (oppure 36.600). In seguito l'istituto di credito capitalizza le competenze iscrivendo l'importo nella colonna dei capitali.

È importante osservare che solo dopo la "quadratura" del saldo conto finale ricostruito su foglio excel con quello bancario, il CTU potrà procedere con lo sviluppo dei conteggi in base al quesito posto dal Giudice. Diversamente infatti il lavoro potrebbe essere inficiato da errori rilevanti.

È ovvio che quanto più il quesito è specifico e fornisce indicazioni precise su come procedere, anche in virtù dell'evoluzione normativa, tanto minori saranno le possibilità di errore da parte del CTU o di contestazioni delle parti al suo operato.

Si ribadisce l'importanza che il CTU, già in sede di giuramento, o successivamente in sede di inizio delle operazioni peritali, chiarisca con le parti, e se necessario con il Giudice, ogni dubbio interpretativo sul quesito prima di iniziare il proprio ricalcolo.

Operativamente il CTU deve procedere comunque con il calcolo degli interessi in base al tasso bancario applicato, salvo ovviamente l'espunzione o il ricalcolo degli stessi se richiesti dal quesito posto dal giudice (es. espunzione in caso di superamento del tasso soglia d'usura, ricalcolo degli interessi con tassi sostitutivi ex art. 117 TUB in caso di tassi di interesse determinati in base agli usi su piazza).

Una volta individuati gli intervalli nei quali eliminare la capitalizzazione degli interessi, il CTU NON procede con l'addebito in conto corrente in base al meccanismo utilizzato dalla banca, bensì capitalizza soltanto le spese e le commissioni escludendo invece gli interessi.

L'addebito, con il conseguente inizio dell'effetto anatocistico, deve avvenire all'inizio dell'intervallo "normativo" successivo.

Diversamente il CTU procederà con l'addebito al termine del rapporto se circoscritto in un unico intervallo normativo o se, in base alla normativa tempo per tempo vigente, l'eliminazione della capitalizzazione ha riguardato l'intero rapporto.

Illustrando l'esempio numerico in excel riportato nel file allegato (All. 2), dopo aver riordinato i movimenti del trimestre in ordine di valuta, si determina il saldo giornaliero che, moltiplicato per i giorni, definisce i "numeri".

Parimenti, se si è in presenza di un affidamento e di un saldo che sconfina oltre lo stesso, si determinano i "numeri" oltre fido.

Tutti i *numeri* moltiplicati con i rispettivi tassi entro fido e, in caso, oltre fido determinano gli interessi passivi per l'intero trimestre.

Nell'esempio inoltre, si procede con il calcolo anche della Commissione di Massimo Scoperto, determinata moltiplicando l'aliquota della CMS per la punta di massimo scoperto nell'intervallo di riferimento.

Verificando, infine, le spese addebitate nel conto scalare, si procede con la definizione delle competenze totali del trimestre, cui vanno eventualmente stornate le competenze attive e il tutto, in caso di capitalizzazione trimestrale, addebitato nei primi giorni del trimestre successivo con valuta fine trimestre precedente.

Tale ricostruzione permette la quadratura su Excel del c/ corrente e delle competenze bancarie.

Una volta rideterminato il saldo conto finale, sarà possibile sviluppare più ipotesi a seconda del quesito, quali ad esempio l'assenza di capitalizzazione, capitalizzazione annuale, espunzione degli interessi usurari, espunzione delle CMS, etc.

Nell'esempio che segue partendo dalla ricostruzione dell'e/c della banca, nella quale al termine di ogni trimestre vengono addebitati gli interessi, le CMS e le spese, è possibile sviluppare un'ipotesi nella quale sono capitalizzate trimestralmente solo le CMS e le spese mentre gli interessi, che quindi non subiscono il processo anatocistico, vengono addebitati solamente al termine del periodo in esame.

RICOSTRUZIONE BANCA

Trimestre	interessi	cms	spese	competenze addebitate
31/03/2016	647,64	121,33	238,25	1.007,22
30/06/2016	656,97	120,71	226,25	1.003,93
30/09/2016	921,81	215,08	164,25	1.301,14
31/12/2016	2.912,15	359,34	184,25	3.455,74

**HP ASSENZA CAPITALIZZAZIONE
INTERESSI**

Trimestre	interessi	cms	spese	competenze addebitate
31/03/2016	647,64	121,33	238,25	359,58
30/06/2016	652,14	119,90	226,25	346,15
30/09/2016	908,38	213,44	164,25	377,69
31/12/2016	2.872,83	356,55	184,25	540,80

Cap. 4 - LA PRESCRIZIONE

4.1 L'evoluzione normativa

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale (in parte ripercorsa nel presente lavoro) ha dato luogo ad un cospicuo contenzioso tra banche e clienti, soprattutto in materia di anatocismo e usura: numerosissime sono state infatti le azioni di ripetizione intentate dai clienti-correntisti relativamente agli interessi indebitamente pagati.

In questo contesto di riferimento si è posto il problema della prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito, ossia dell'individuazione del momento esatto fino al quale risulta possibile richiedere la restituzione dei maggiori interessi ed altri oneri ritenuti indebiti.

Se è certo che tale diritto si prescrive in dieci anni, non è altrettanto pacifico se tale termine decorra: a) dall'annotazione in conto degli interessi anatocistici o altri oneri indebiti; b) dalla chiusura del conto corrente; c) dal momento nel quale "realmente" avviene il pagamento da parte del correntista stante la natura unitaria del rapporto di conto corrente. Sul punto, dopo numerosi interventi della dottrina e della giurisprudenza di merito, è intervenuta la **Corte di Cassazione a sezioni unite con la già citata sentenza n. 24418 del 2.12.2010.**

Tale pronuncia ha fornito una soluzione definitiva affermando i seguenti principi:

- Ø **il diritto alla ripetizione dell'indebito** (sia esso riferibile a interessi, commissioni o altro) si prescrive nel termine decennale decorrente dalla data di chiusura del conto corrente qualora i versamenti in esso effettuati abbiano avuto **natura ripristinatoria**, ossia abbiano avuto lo scopo di reintegrare l'affidamento concesso;
- Ø qualora i versamenti abbiano avuto **natura solutoria**, al fine di rientrare dallo scoperto di conto corrente (saldo passivo in conti non affidati o saldo extrafido nei conti affidati) **tale termine decorrerà dall'annotazione in conto corrente della rimessa**, rappresentando tale accredito, di fatto, un **"pagamento" delle precedenti competenze.**

4.2 La proposta di quesito della Commissione in materia di prescrizione

“Ridetermini il Consulente l'effettivo rapporto dare/avere tra i contraenti, considerato il termine decennale di prescrizione del diritto di ripetizione, il quale decorre per le rimesse ripristinatorie dalla data di chiusura del conto corrente, mentre per quelle solutorie dall'effettivo pagamento.”

4.3 L'Indagine tecnica che dovrà svolgere in pratica il CTU per rispondere al quesito assegnato

Per effettuare il calcolo della prescrizione risulta preliminare individuare le rimesse effettuate nel conto corrente distinguendo quelle (o la quota parte di esse) aventi **natura solutoria** da quelle aventi **natura ripristinatoria**.

Tale distinzione presuppone anzitutto l'accertamento dell'esistenza o meno di un affidamento e la quantificazione del suo ammontare.

Per l'individuazione del fido il CTU si basa sulle eventuali pattuizioni scritte o, in assenza, potrebbe utilizzare il fido ricavato dalla ricostruzione degli estratti conto.

Se il fido non è determinabile, la giurisprudenza prevalente ritiene che sia la banca a doverlo indicare, altrimenti tutte le rimesse saranno considerate ripristinatorie con la conseguenza che l'azione di ripetizione degli eventuali indebiti si prescriverà in dieci anni dalla data di chiusura del conto corrente.

Qualora , in presenza di affidamento comunque documentato, si renda necessario verificare la natura delle rimesse eseguite dal correntista, si procede anzitutto con il riordino dei movimenti del conto corrente.

Alcuni sostengono che il riordino vada effettuato “per valuta”, mentre altri sostengono che il riordino vada effettuato secondo la “data disponibile” (basato sulla effettiva disponibilità delle somme riportate nell'estratto conto) rifacendosi al concetto utilizzato nelle «vecchie» revocatorie fallimentari. In questo ambito, infatti, venendo richiamato espressamente il carattere solutorio o ripristinatorio del versamento risulterebbe eccessivamente incongruo che, per il ‘gioco’ delle valute, un addebito risultasse anteposto ad un precedente accredito, determinando un momentaneo e fittizio scoperto di fido con conseguenze sulla natura delle rimesse. Più logico appare dunque che il riordino sia eseguito dal CTU sulla base della data disponibile.

La disponibilità (la data disponibile di ogni operazione)andrà quindi ricostruita utilizzando, a seconda dell'operazione considerata, la data contabile o la data valuta mediante appropriata interpolazione (considerando quindi le norme contrattuali, legali o l'esistenza di partite c.d. bilanciate).

Di seguito si fornisce un prospetto contenente alcune indicazioni operative in merito alla determinazione della data disponibile e del conseguente saldo disponibile , in relazioni alle più frequenti operazioni .

INDIVIDUAZIONE SALDO DISPONIBILE			
ACCREDITI		ADDEBITI	
OPERAZIONE	DATA	OPERAZIONE	DATA
Versamenti in contanti	Contabile	Prelievo contanti	Contabile
Versamenti divisa straniera	Contabile	Emissione assegno circolare	Contabile
Interessi attivi	Contabile	Disposizione di pagamento	Contabile
Giroconto	Contabile	Giroconto	Contabile
Bonifico	Contabile	Bonifico	Contabile
Assegno circolare stessa banca	Contabile	Spese bancarie e simili	Contabile
Assegno circolare altra banca	Valuta	Interessi e competenze	Contabile
Assegno bancario stessa succursale	Contabile	Assegno tratto sul conto	Contabile
Assegno bancario altra succursale o banca	Valuta	Insoluto	Valuta
Accredito effetti	Valuta	Insoluto su accredito Disponibilità immediata	Contabile
Accredito anticipi	Valuta	Richiamo assegno o effetto	Contabile

Analogamente applicabili risulterebbero, ai fini dell'individuazione della data disponibile, gli ulteriori criteri ordinariamente impiegati nella determinazione delle poste revocabili. Ad esempio in presenza di un conto scoperto, sarebbero da escludere le rimesse aventi la funzione di fornire la provvista per l'esecuzione di specifici ordini di pagamento, mancando in tal caso il carattere solutorio del versamento (c.d. partite bilanciate). Non essendoci però un orientamento univoco sulle modalità di riordino del conto corrente, qualora non sia specificato nel quesito, è opportuno concordare con le parti il criterio da adottare.

Inoltre, per individuare le rimesse solutorie il Ctu non dovrà considerare tutte le operazioni di accredito: sono da escludere i giroconti fra conti dello stesso istituto e gli storni e le rettifiche di errori.

Dopo aver individuato le rimesse solutorie, queste devono essere imputate al “pagamento” delle competenze (supposte indebite) maturate ed addebitate nel decennio trascorso in ordine cronologico partendo dalle più lontane alle più recenti. Le competenze (supposte indebite) che risulteranno “pagate” dalla rimessa solutoria dovranno ritenersi consolidate nel saldo conto a favore della banca e quindi non più ripetibili dal cliente, se dal giorno della rimessa è trascorso il termine decennale di prescrizione. Viceversa se dal giorno della rimessa solutoria sono trascorsi meno di 10 anni, le competenze supposte indebite saranno ripetibili per il cliente.

Operativamente quindi la rimessa solutoria intervenuta può “pagare” solo le intere competenze precedenti (presunte indebite) senza che l'importo eventualmente eccedente possa coprire quelle successive.

Se la rimessa solutoria copre solo una parte delle competenze o se non intervengono rimesse della stessa natura nel decennio considerato, le competenze addebitate e non “pagate” si accumulano. Tale importo accumulato potrà essere successivamente “pagato” anche a distanza di tempo da una ulteriore rimessa solutoria: solo da tale momento decorre il termine prescrizione per l'avvio dell'eventuale azione di ripetizione dell'indebito.

Viceversa, in presenza di sole rimesse aventi natura ripristinatoria o se il rapporto di conto corrente si è sviluppato in un arco temporale inferiore a quello di decorrenza del termine prescrizione, tutte le competenze potranno essere oggetto di ricalcolo ai fini della richiesta di ripetizione degli indebiti. Ovviamente in tal caso il correntista avrà diritto ad una rideterminazione del saldo del conto a proprio favore.

Per maggior chiarimento si riporta di seguito un esempio numerico per facilitare l'individuazione delle rimesse solutorie e gli effetti che da esse derivano in termini prescrizionali sul pagamento delle competenze supposte indebite .

L'esempio che segue analizza il periodo dall'apertura, ossia dall'addebito delle prime competenze, fino al momento di decorrenza del decennio che precede l'azione di ripetizione.

Non è rilevante la natura delle rimesse successive al suddetto periodo in quanto, anche laddove fossero individuate rimesse “solutorie”, tutti gli indebiti riscontrati nei dieci anni antecedenti all'azione giudiziaria non sarebbero prescritti e quindi potenzialmente ripetibili.

Si supponga la seguente situazione :

- ü apertura conto corrente 1/02/2005;
- ü affidamento pari a 50.000 euro;
- ü chiusura conto corrente 31/03/2015;
- ü inizio azione di ripetizione dell'indebitto 10/06/2016;
- ü nomina CTU 12/01/2017.

Data	Saldo	Extra Fido	Comp. Trim.	Rimesse su conto corrente	Rimessa riprist.	Rimessa solutoria	Comp. "pagate"	Comp. prescr.	Comp. ripetibili
31/03/2005	-58.000	- 8.000	800						800
26/04/2005	-68.000	- 18.000							
27/04/2005	-63.000	- 13.000		5.000		5.000	800	800	-
30/06/2005	-65.000	- 15.000	1.000						1.000
31/07/2005	-70.000	- 20.000							1.000
01/08/2005	- 5.000	-		65.000	45.000	20.000	1.000	1.000	-
30/09/2005	-23.000	-	500						500
02/12/2005	-27.000	-							500
03/12/2005	- 2.000	-		25.000	25.000				500
31/12/2015	-52.000	- 2.000	100						600
03/02/2006	-80.000	- 30.000							600
03/02/2006	-40.000	-		40.000	10.000	30.000	600	600	-
31/03/2006	-52.000	- 2.000	800						800
05/05/2006	-83.000	- 33.000							800
06/05/2006	-82.500	- 32.500		500		500	500	500	300
20/06/2006	-75.000	- 25.000							
21/06/2006	-45.000			30.000	5.000	25.000	300	-	300

Al 31 marzo 2005 maturano sul conto competenze per 800 euro, in seguito in data 27 aprile interviene la rimessa che riduce il saldo passivo da -68.000 a -63.000 avendo così natura interamente solutoria, pari a 5.000 euro, in quanto la riduzione del saldo opera interamente nell'extra fido.

La natura solutoria della rimessa pari a 5.000 euro implica il pagamento delle intere competenze precedentemente addebitate pari a 800 euro. Tale pagamento risulta prescritto

perché l'azione di ripetizione è iniziata nel giugno 2016 e quindi oltre il decennio.

L'importo della rimessa solutoria che eccede le competenze precedenti, come detto, non può essere più utilizzato per competenze addebitate in trimestri successivi alla rimessa.

Viceversa non è necessario che la rimessa solutoria sia utilizzata per coprire le competenze del trimestre immediatamente precedente alla stessa potendo la stessa essere utilizzata anche per coprire le competenze di qualsiasi trimestre precedente.

Tornando all'esempio anche le successive rimesse, per la quota solutoria, "pagano" le intere competenze precedentemente addebitate mentre la rimessa solutoria intervenuta il 6 maggio 2006 "paga" solo parzialmente le competenze accumulate. Pertanto tutti i pagamenti risultano prescritti e non più ripetibili.

Da ultimo la rimessa del 21 giugno 2006, nonostante la natura solutoria e quindi il "pagamento" avvenuto del residuo di competenze non pagate dalle rimesse precedenti, risulta essere la prima rimessa non prescritta **non essendo ancora scaduto il termine decennale alla data di inizio della azione giudiziaria**. Da quel momento come detto non è più rilevante indagare la natura delle rimesse dato che tutti gli eventuali indebiti riscontrati sarebbero ripetibili ovvero decurtabili dal saldo di conto corrente dovuto. In tal caso dunque il correntista, supposto che €300 siano tutte competenze indebite, ha diritto di vedersi riconosciuto un miglior saldo del conto a suo favore di € 300 (minor debito ovvero maggior credito). Tutti gli altri oneri addebitati in precedenza al 17/5/2006 ancorché indebiti e pagati con rimesse solutorie risulterebbero di contro prescritti e quindi non più ripetibili per il cliente con la conseguenza che resterebbero consolidati nell'estratto conto a favore della banca.

Si segnala opportunamente che la Cassazione, prima sezione civile, con sentenza n. 10941 del 2016 ha rilevato che *"le operazioni di prelievo e versamento, all'interno dell'unitaria struttura del rapporto di conto corrente bancario, non configurano distinti ed autonomi rapporti di debito e credito reciproci tra banca e cliente, in relazione ai quali, nel corso dello svolgimento del rapporto, si possa configurare un credito della banca a fronte del quale il pagamento del cliente debba essere imputato in conto di interessi. Se tale è l'assunto di fondo, va osservato che la sentenza delle S.U. 24418/2010, pronunciandosi sulla decorrenza della prescrizione della domanda di restituzione delle voci indebitamente percepite dalla banca, ha chiaramente rilevato che, se al conto accede l'apertura di credito bancario ex artt.1842 e ss., e se il correntista, durante lo svolgimento del rapporto, ha effettuato non solo prelevamenti, ma anche versamenti, questi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, ove si tratti di versamenti su conto cd. scoperto, quando cioè siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti*

del'accreditamento (o su conto in passivo a cui non acceda l'apertura di credito), mentre negli altri casi nei quali il passivo non superi l'affidamento, i versamenti fungono da atti ripristinatori della provvista di cui il correntista può anche godere. In aderenza a detti principi, potrebbe quindi ritenersi la simultanea ricorrenza dell'esigibilità e liquidità di capitale ed interessi per il credito che superi il fido e per i relativi interessi, rimanendo differita tale simultaneità per il credito entro il fido al saldo di chiusura del rapporto e dell'apertura di credito".

Risulta quindi affermato dalla Suprema Corte il principio secondo cui le rimesse solutorie sono imputabili a pagamento delle sole competenze extrafido, uniche ad essere liquide ed esigibili.

Cap. 5 - L'USURARIETA' NEL RAPPORTO DI MUTUO

In merito all'usuraietà dei rapporti di mutuo occorre in primo luogo distinguere due diverse ipotesi:

- **usura genetica (o all'origine)** – va verificata al momento del perfezionamento del contratto di mutuo e i tassi soglia da prendere in considerazione sono quelli in vigore alla data di sottoscrizione del contratto. In questo caso trova sempre applicazione l'art. 1815 del Cod.Civ., in base al quale *“se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi”*.¹⁵ In altre parole la presenza all'origine di una clausola usuraria determina la nullità parziale del contratto di mutuo, con la conseguenza che il creditore perde il diritto agli interessi e le eventuali somme già pagate dal debitore a tale titolo dovranno essere restituite per intero;
- **usura sopravvenuta** - si verifica ogni qual volta la soglia usura (che era al di sopra del TEG al momento del contratto) diviene, per effetto delle sue modifiche nel tempo, più bassa del tasso di interesse che regola il mutuo, dando luogo quindi ad interessi usurari in occasione del pagamento delle rate. Per sua natura l'usura in questione riguarda quasi sempre *mutui a tasso fisso*, perché le rate di questi ultimi rimangono appunto costanti, mentre la soglia usura può abbassarsi nel corso della durata complessiva del prestito.

5.1 Focus sull'usura sopravvenuta

Il tema dell'usuraietà sopravvenuta è stato ampiamente dibattuto dopo l'introduzione della L. 108/96 che ha ridefinito i contorni della normativa anti-usura, introducendo nuove modalità di calcolo del tasso soglia oltre il quale gli interessi devono considerarsi sempre usurari (art. 2 - **tasso medio** risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella G.U., relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà).

Le maggiori criticità che si riscontrano nella prassi e giurisprudenza riguardano in particolare:

- 1) l'applicabilità o meno della L. 108/96 ai contratti conclusi anteriormente ma ancora da eseguirsi successivamente alla sua entrata in vigore;

¹⁵ Art. 1 DL n. 394/2000 – “ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del cp e dell'art. 1815 2° comma del c.c., 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, indipendentemente dal momento del loro pagamento.”

- 2) le conseguenze derivanti dal superamento della tasso soglia, ovvero i possibili rimedi correttivi.

Per quanto riguarda il primo aspetto con l'entrata in vigore della L. 108/96 si era formato un nutrito filone interpretativo che sosteneva l'applicabilità della nuova disciplina anti-usura anche ai contratti stipulati prima della sua entrata in vigore, in riferimento a quella porzione di rapporto negoziale ancora in corso (v. Cass. 1126/00, 5286/00, 14899/00, 8442/02); di contro un orientamento giurisprudenziale minoritario negava l'applicabilità della L. 108/96 ai contratti stipulati anteriormente (da ultimo v. Cass. Sezioni Unite n. 18128/05).

Vista la consistenza del problema il legislatore era intervenuto con norma di interpretazione autentica (L. n. 24/2001) **sancendo l'irretroattività del nuovo art. 644 cod. pen.** e della sanzione civile disposta dall'**art. 1815, comma 2°, cod. civ.**, individuando così l'usurarietà soltanto per gli interessi promessi o comunque pattuiti **successivamente** all'entrata in vigore della L. 108/96 *«indipendentemente dal momento del loro pagamento»*.

La questione sembrava quindi risolta ma negli ultimi anni (a partire almeno dal 2013) il tema dell'usura sopravvenuta è tornato ad essere oggetto di indagine da parte della dottrina e della giurisprudenza: con ottica opposta rispetto alle decisioni successive alla L. n. 24/2001 (tutte adeguatesi all'indicazione di irretroattività), la Suprema Corte con la sentenza n° 602/2013 ha riportato l'attenzione sul tema dell'usura sopravvenuta; muovendo dalla essenziale distinzione tra i contratti esauriti anteriormente alla L. n. 108/1996 e quelli ancora in via di esecuzione, la Corte ha riconosciuto per questi ultimi il momento della maturazione dell'interesse come rilevante ai fini del giudizio di usurarietà degli stessi. A questa pronuncia ne sono seguite altre totalmente divergenti con le quali, partendo dall'esclusione di qualsiasi retroattività della L. 108/96, si contesta la sussistenza stessa del fenomeno dell'usura sopravvenuta nel nostro ordinamento (v. Cass. n. 22204/13).

Il tema è tornato quanto mai di attualità in seguito all'ordinanza n. 2482/2017 con la quale la Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite in relazione al contrasto emergente tra due diverse sentenze recenti in materia di usura sopravvenuta (Cass., 19.1.2016, n. 801; Cass. 17.8.2016, n. 17150) che, affrontando il tema dell'usurarietà sopravvenuta degli interessi versati dal mutuatario (sempre con riferimento a negozi di finanziamento ovvero a rapporti bancari di conto corrente, stipulati anteriormente alla riforma e ancora in corso di esecuzione), giungono a conclusioni diametralmente opposte.

La questione apparentemente sembra destinata ad esaurire la sua importanza visto che ormai è passato oltre un ventennio dall'introduzione della L. 108/96; tuttavia in realtà l'usura sopravvenuta non è solo una questione di regolazione degli effetti della introduzione di una nuova e diversa norma imperativa a negozi in corso di esecuzione. Volgendo lo sguardo

all'attuale scenario socio-economico, infatti, l'evenienza dell'usura in fase di attuazione del contratto non è affatto esclusa anche per rapporti sorti successivamente all'entrata in vigore della L. n. 108/1996, soprattutto con riferimento alle ipotesi di finanziamento a tasso fisso ovvero a tasso variabile, ma legato a componenti diverse da quelle con cui si rileva il tasso soglia (fonte *Gabriele Salvi, La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 6/17 Cedam*).

Diversi sono i fattori che possono incidere sulla rilevazione del tasso applicato, dalla riduzione dei tassi di mercato, all'incremento delle spese o delle commissioni caricate sul rapporto, cosicché anche mutui stipulati nella piena vigenza delle disposizioni antiusura e nell'originario rispetto delle stesse, si trovano a fare i conti con le oscillazioni dei tassi (sia del tasso reale applicato sia del tasso soglia) che nel corso del rapporto possono divenire usurai.

5.1.1 Usura sopravvenuta: i rimedi occorsi nel passato. L'inesistenza del fenomeno alla luce della Sentenza Cassazione Sezioni unite del 19 ottobre 2017 n° 24675

Una volta constatato il consolidamento della fattispecie dell'usura sopravvenuta, la seconda questione da affrontare era quella di individuare l'eventuale rimedio che l'ordinamento deve apprestare tutte le volte che il fenomeno venga riscontrato. La questione da dirimere concerne(va) il tasso da applicarsi in sostituzione del tasso divenuto usurario nel corso del rapporto. Le soluzioni ipotizzabili, tutte in astratto coerenti con le giustificazioni dell'intervento correttivo, individuano vari tassi alternativi: il tasso soglia, il tasso legale, il tasso effettivo globale medio vigente al momento della riscossione.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza si è indirizzato verso l'utilizzo del tasso soglia, attraverso il meccanismo della inserzione automatica delle clausole previsto dal disposto degli artt. **1339** e **1419**, comma 2°, cod. civ. (v. Cass. n. 17150/16, Cass. n. 9405/17 solo per citare le più recenti). L'idea che sorregge questa impostazione è quella della conservazione della volontà storica delle parti ma il metodo di correzione non è esente da critiche.

Posto il mancato volontario adeguamento da parte del creditore del tasso divenuto usurario (quanto meno) al tasso soglia, adottare la soluzione in parola significa infatti consentire al creditore medesimo di coltivare, senza alcuna ripercussione concreta, le proprie pretese usuarie, confidando nel fatto che o il debitore non agirà mai in giudizio per la riduzione, così legittimando nei fatti un guadagno illecito, o, nel caso in cui il debitore (o il giudice d'ufficio) rilevi l'usura, il rimedio sarà lo stesso a cui si sarebbe andati incontro per il tramite di una scelta volontaria.

Nell'ottica di superare i limiti esposti, le altre ricostruzioni muovono nell'ambito di un intervento equitativo finalizzato a riportare il contratto a contorni più coerenti con i criteri normativi che regolano l'operazione in concreto svolta; essi, al loro interno, si sviluppano in una duplice alternativa: il tasso legale e il tasso effettivo globale medio (fonte *Dolmetta, Sugli effetti*).

L'argomentazione che ipotizza l'utilizzo del tasso legale degli interessi costituisce espressione di una logica fondamentalmente sanzionatoria, la quale non può sempre dirsi giustificata nel caso dell'usura sopravvenuta, posto che spesso il mutamento del tasso è del tutto indipendente dalla volontà del creditore e, comunque, non esiste una necessità di punizione equiparabile a quella sentita in caso di usura originaria.

Per contro, la scelta del TEGM è sembrata preferibile a una parte della dottrina quale espressione di una logica equitativa, poiché il criterio in esame risulta rappresentativo di «quell'idea di normalità che appare insita nel concetto di determinazione equitativa» (fonte *Dolmetta, L'usura sopravvenuta*). In altri termini, l'operazione divenuta usuraria viene ricondotta al tasso medio corrente sulla base delle rilevazioni periodiche della Banca d'Italia, così riportando il contenuto negoziale dalla illiceità alla normalità di mercato.

Non sarebbe poi da escludere un ruolo punitivo (con conseguente applicazione del tasso legale) rispetto a ipotesi di usura sopravvenuta dovuta all'incremento nel corso del rapporto di spese o commissioni, a cui la banca non intenda in alcun modo rinunciare, sebbene ciò comporti lo sfioramento del tasso soglia.

Specularmente, potrebbe ritenersi del tutto legittimo l'utilizzo del tasso soglia in situazioni nelle quali anche il debitore ha partecipato con convinzione (cioè ottenendo vantaggi corrispondenti) alla determinazione di un tasso soggetto al plausibile rischio di sopravvenuta usurarietà.

La complessa questione si è dunque prestata a diverse interpretazioni in relazione ai diversi fattori che di fatto hanno determinato il superamento del tasso soglia.

La Corte di Cassazione a sezioni unite (Civili), **con la sentenza n. 24675 del 19 10 2017 è intervenuta in argomento** resolvendo il contrasto in modo *tranchant*.

La Corte aderendo all'orientamento in base al quale non si era ritenuta configurabile l'usura sopravvenuta per i contratti di mutuo stipulati anteriormente all'avvento della L. 108/96 (diversamente da altra giurisprudenza che ne aveva invece affermato fermamente l'incidenza) **ha escluso la possibilità stessa del fenomeno dell'usura sopravvenuta.**

Per la Corte, se nel corso del tempo i **tassi concordati** al momento della stipula superano la soglia di usura ***“non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge 108 del 1996 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”.***

Si sancisce così l'impossibilità di chiedere risarcimenti, in sede penale o civile, per gli interessi oltre soglia che un cliente abbia pagato o paghi alla propria banca su un mutuo o finanziamento quando questi interessi siano derivati da originarie pattuizioni sottoscritte prima o dopo il 1996.

Quindi gli effetti di tagliola sugli interessi, stabiliti per contrastare il fenomeno dell'usura, si avranno solo nei casi in cui l'usura sia "originaria", avendo escluso le Sezioni unite la figura dell'usura sopravvenuta. Ciò segna senza ombra di dubbio un punto a favore delle banche.

5.2 La verifica dell'usura: la rilevazione del tasso supposto usurario e le istruzioni della Banca d'Italia

Al di là delle questioni prettamente giuridiche, riteniamo opportuno in questa sede esaminare i numerosi dubbi interpretativi legati alla determinazione del tasso effettivamente applicato dal contratto e alle modalità di determinazione dello stesso, solo in parte risolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito.

Le problematiche inerenti alla verifica del superamento del tasso soglia, a ben vedere, risiedono principalmente nella delega conferita alla Banca d'Italia.

La Legge 108/96, infatti all'art. 2 prevede che: *"1. Il Ministro del tesoro, **sentiti la Banca d'Italia** e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale".*

Con questa delega la Banca d'Italia assume, quindi un ruolo determinante non soltanto, come vorrebbe la Legge, di organismo consultivo, ma anche di protagonista principale delle modalità di raccolta e diffusione dei dati e, nei fatti, anche quale elemento in grado di modificare in maniera sostanziale il contenuto di una Legge che, nelle intenzioni del Legislatore, avrebbe dovuto essere oggettiva ed imparziale.

Nella realtà, infatti, il Ministero non effettua alcuna rilevazione lasciando questo incarico alla Banca d'Italia che, con apposite istruzioni, si fa comunicare i dati statistici dagli intermediari finanziari, trasmettendo la media ottenuta al Ministero. Il Ministero utilizza questo dato medio

come base per la determinazione del tasso soglia in conformità al D.L. 70/2011: *“Il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è calcolato aumentando il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali”* (in precedenza tale limite era fissato nella misura del TEGM aumentato del 50%).

Tutti i tassi soglia, tempo per tempo vigenti, sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale suddivisi per categoria di operazioni di finanziamento.

Di seguito riportiamo la formula utilizzata dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEG dei mutui e, conseguentemente, del tasso soglia, in vigore dall'1/1/2010 (Istruzioni di Agosto 2009):

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

dove:

i è il TEG annuo, che può essere calcolato quando gli altri termini dell'equazione sono noti nel contratto o altrimenti;

K è il numero d'ordine di un “prestito”;

K' è il numero d'ordine di una “rata di rimborso”;

A_k è l'importo del “prestito” numero K ;

$A'_{k'}$ è l'importo della “rata di rimborso” numero K' ;

m è il numero d'ordine dell'ultimo “prestito”;

m' è il numero d'ordine dell'ultima “rata di rimborso”;

t_k è l'intervallo espresso in anni e frazioni di anno tra la data del “prestito” n.1 e le date degli ulteriori “prestiti” da 2 a m ;

$t_{k'}$ è l'intervallo espresso in anni e frazioni di anni tra la data del “prestito” n.1 e le date delle “rate di rimborso” da 1 a m' .

Al di là della formula matematica, l'aspetto che presenta le maggiori criticità, e sul quale non vi è uniformità di orientamenti da parte di dottrina e giurisprudenza di merito, riguarda il trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG.

Le citate istruzioni della Banca d'Italia riportano quanto segue:

“Il calcolo del tasso deve tenere conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito e sostenute dal cliente, di cui il soggetto finanziatore è a conoscenza, anche tenuto conto della normativa in materia di trasparenza.

In particolare sono inclusi (con riferimento ai contratti di mutuo):

- 1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento;*
- 2) le spese di chiusura della pratica, le spese di chiusura o di liquidazione degli interessi, se connesse con l'operazione di finanziamento, addebitate con cadenza periodica;*
- 3) le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate e degli effetti anche se sostenute per il tramite di un corrispondente che cura la riscossione;*
- 4) il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo e sostenuto dal cliente, in via diretta o tramite l'intermediario;*
- 5) le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore (ad es. polizze per furto e incendio sui beni concessi in leasing o in ipoteca), 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, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente;*
- 6) le spese per servizi accessori, anche se forniti da soggetti terzi, connessi con il contratto di credito (ad es. spese custodia pegno, perizie, spese postali);*
- 7) ogni altra spesa ed onere contrattualmente previsti, connessi con l'operazione di finanziamento.*

Sono esclusi (sempre con riferimento ai mutui):

- a) le imposte e tasse;*
- b) le spese notarili;*
- c) i costi di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento;*
- d) gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo.*

Le penali a carico del cliente previste in caso di estinzione anticipata del rapporto,

laddove consentite, sono da ritenersi meramente eventuali, e quindi non vanno aggiunte alle spese di chiusura della pratica.

5.2.1 Orientamenti della giurisprudenza in materia di commissioni e polizze: criticità

Rispetto alle istruzioni fornite dalla Banca d'Italia, in materia di commissioni e polizze assicurative l'orientamento è ormai pacifico e consolidato.

Le polizze assicurative stipulate contestualmente al contratto di prestito, non necessariamente solo a garanzia del suo adempimento da parte del cliente, sono computate per la verifica del superamento del tasso soglia se costituiscono una delle condizioni della sua concessione. Anche l'ABF (Arbitro Bancario Finanziario) si è espresso per la loro inclusione ritenendo anzi irrilevante la questione della facoltatività della stipulazione della polizza in quanto **ciò che rende necessario l'inserimento nel calcolo del tasso soglia è la mera contestualità del contratto di assicurazione con quello di credito.**

Le commissioni e provvigioni rientrano nel calcolo del tasso soglia come remunerazione di fatto riconosciuta alla banca.

Gli argomenti di maggior rilievo che fanno registrare a tutt'oggi orientamenti assai divergenti, sia in dottrina che in giurisprudenza, **riguardano gli interessi di mora e la penale per l'estinzione anticipata.**

5.2.2 Gli interessi di mora

Tra tutti i diversi tassi indicati in contratto, il tasso di mora, sul quale si è tanto discusso e si discute ancora, genera molta confusione in quanto viene indicato, nei diversi contratti, con modalità differenti e **la Banca d'Italia non effettua la rilevazione del tasso di mora medio praticato sul mercato.**

La prima eccezione sollevata dalle banche diventa così quella relativa alla possibilità di confrontare il tasso di mora con il tasso soglia. L'affermazione delle banche è la seguente: posto che la Banca d'Italia non rileva il tasso di mora medio e che di conseguenza non esiste uno specifico tasso soglia di mora, risulta evidente che gli interessi di mora non debbano essere considerati ai fini dell'usura. Tale eccezione si ritiene superata nei fatti non soltanto a seguito della sentenza della Cassazione Penale n. 262/2010, ma anche in considerazione della sentenza della Cassazione n. 350 del 9 gennaio 2013.

La sentenza in questione, che ha suscitato tanto scalpore, nella realtà è abbastanza chiara nella propria enunciazione per la parte riguardante il tasso di mora: "ai fini dell'applicazione

dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, 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** (Corte Cost. 25 febbraio 2002 n. 29: *“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”*; (Cass., n. 5324/2003)).

Gli interessi si devono considerare usurari quando pattuiti **a qualunque titolo** e quindi risulta sufficiente che uno soltanto dei tassi di interesse previsti nel contratto sia usurario per rendere applicabile la sanzione prevista dall'art. 1815 del codice civile.

Il ragionamento della Suprema Corte si fonda principalmente sull'interpretazione della Corte Costituzionale contenuta nella sentenza n. 29 del 25 febbraio 2002, che ha deciso che il riferimento agli interessi a qualunque titolo convenuti contenuto nel D.L. n. 394 del 2000 (interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura), rende plausibile l'assunto che “il tasso soglia riguarda anche gli interessi moratori”.

La decisione della Corte di Cassazione n. 350/2013 che ha statuito la nullità della clausola del mutuo bancario considerando rilevante, ai fini del calcolo del tasso soglia, anche il tasso moratorio, ha scaturito una serie di azioni legali volte ad ottenere l'annullamento del mutuo e delle procedure esecutive allorquando le penali, le commissioni, gli interessi di mora, le spese comunque denominate, sommate agli interessi corrispettivi, sfioravano la soglia dei tassi ufficiali fissati in base alla legge antiusura. Talune cause venivano poi basate sull'assunto (dimostratosi errato) che la sommatoria dei due tassi d'interesse, corrispettivi e di mora, non dovesse superare il tasso soglia.

Tuttavia alcune ultime sentenze hanno fatto segnare un punto a favore delle banche nella questione del calcolo dei tassi usurari. Una su tutte: secondo il Tribunale di Napoli (sentenza n. 5949/2014) *non è definito da alcuna norma che il tasso di mora debba essere sommato aritmeticamente al tasso degli interessi corrispettivi ma, al contrario, il solo obbligo è che gli **interessi corrispettivi e gli interessi di mora, sommati tra loro, non eccedano la soglia di usura.** Giammai dunque la somma dei tassi ma sempre e soltanto al somma degli interessi richiesti in pagamento.*

Sulla stessa linea si segnala anche l'ordinanza del Tribunale di Milano del 28/1/2014: ***“nel condividersi il principio affermato dalla Corte secondo cui la verifica del rispetto della***

soglia d'usura va estesa alla pattuizione del tasso di mora, ne consegue che, ove detto tasso risultasse pattuito in termini da superare il tasso soglia rilevato all'epoca della stipulazione del contratto, la pattuizione del tasso di mora sarebbe nulla, ex art. 1815 comma 2 c.c. (e quindi non applicabile), con l'effetto che, in caso di ritardo o inadempimento, non potrebbero essere applicati interessi di mora, ma sarebbero unicamente dovuti i soli interessi corrispettivi (ove pattuiti nel rispetto del tasso soglia)".

Per il Tribunale di Milano dunque la verifica dei tassi va fatta partitamente con riguardo al tasso corrispettivo e al tasso di mora con conseguenze differenti a seconda del tasso che dovesse risultare eccedente la soglia di usura: se usurari sono gli interessi corrispettivi, il contratto andrà qualificato come gratuito; se usurari sono gli interessi moratori, in caso di ritardo la mora non sarà dovuta.

Anche l'ABF si è espresso in più occasioni a favore degli istituti di credito negando la tesi della sommatoria dei due tassi. Sul punto si veda la decisione del Collegio di Napoli n. 5877/2013: *"Allorquando, nel quadro di pattuizioni contrattuali, l'applicazione dell'interesse moratorio sia prevista come sostitutiva e non additiva rispetto all'interesse corrispettivo, ai fini della verifica del superamento del c.d. "tasso soglia anti-usura", i due tassi non vanno tra loro sommati."*

Sulla stessa linea ancorché con una diversa profilatura, la decisione dello stesso Collegio n. 125/2014: *"in materia di usura bancaria, gli interessi moratori non possono venire rapportati al c.d. tasso soglia. L'interesse moratorio non concorre in alcun modo nella rilevazione periodica e, quindi, nella formazione del c.d. tasso soglia. Oltre ad essere espressamente esclusi dal calcolo del TEGM, infatti, questi si pongono su un piano profondamente diverso rispetto agli interessi corrispettivi e non sono determinanti nella concessione del credito. Infatti, il dato testuale contenuto nell'art.1 del D.L. 29.12.2000, n.394 per il quale, ai fini dell'usura, **si fa riferimento agli "interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o convenuti, a qualunque titolo** non può cancellare il forte legame che esiste tra erogazione del credito ed usura e, soprattutto, non può snaturare la funzione degli interessi moratori. Questi ultimi assolvono, dal punto di vista del debitore, ad un ruolo essenzialmente dissuasivo, ricordandogli che l'inadempimento comporta per lui un aggravio dell'onere, mentre, dal punto di vista del creditore, assumono un ruolo puramente risarcitorio, non rappresentando un vero e proprio corrispettivo del credito erogato.*

Per il cliente, la concreta applicazione degli interessi moratori dipende, in definitiva, solo dal proprio comportamento e ciò conferma che si è al di fuori del fenomeno dell'usura.

Se il giudizio circa la presenza dell'usura va effettuato al momento della pattuizione degli interessi, va considerato che, all'atto della stipula, gli interessi moratori si configurano quali

interessi solo virtuali, ragion per cui va verificato come essi vengano determinati.

Generalmente gli interessi moratori maturano su tutte le somme a qualsiasi titolo dovute dal cliente dal momento dell'inadempimento. Ciò vuol dire che l'inadempimento fa nascere un'obbligazione a latere che ha sua vita autonoma rispetto alle rate, le quali proseguono (se adempiute) secondo il piano di ammortamento.

Al momento dell'inadempimento, ci si trova al cospetto dell'unica obbligazione che il debitore è tenuto a soddisfare per capitale e interessi, senza che questi ultimi possano essere considerati separatamente.

In conclusione, non si verifica alcuna sommatoria di interessi (corrispettivi e moratori), atteso che gli interessi di mora operano sull'unico debito esistente.

L'inadempimento della rata non può che trasformare le due obbligazioni, seppur originariamente distinguibili, in un unico debito, per cui non viene a concretizzarsi alcuna sommatoria di interessi, dato che gli interessi moratori operano sull'unico debito."

Anche la Banca d'Italia si pone in contrasto con l'orientamento pronunciato dalla Corte di Cassazione. Bankit osserva infatti che gli interessi di mora sono sempre stati esclusi dalla rilevazione del TEG (Tasso Effettivo Globale) in quanto riferiti a situazioni di deterioramento del rapporto e a casi di inadempimento, che normalmente determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente applicate. L'eventuale inclusione degli interessi di mora nel TEG andrebbe, nell'interpretazione della Banca d'Italia, ad innalzare le soglie applicabili ai rapporti normali, lasciando margini per ingiustificati incrementi nell'onerosità del finanziamento, in danno quindi della stessa clientela.

A completamento del quadro, si noti anche che per quanto concerne la disciplina nella normativa comunitaria del TAEG, la Direttiva europea 2008/48/CE, art. 19, par. 2, dispone che "al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, **ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito (...)**", il che confermerebbe la correttezza dell'interpretazione della Banca d'Italia.

La Banca d'Italia, comunque, con la nota di "chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura" del 3 luglio 2013, concorda che gli interessi di mora sono soggetti alla normativa antiusura, e per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i decreti trimestrali richiamano sempre i risultati dell'indagine statistica condotta nel 2002 dalla Banca

d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi per cui la maggiorazione - stabilita contrattualmente - per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali. **Ne consegue che per omogeneità di confronto i TEG medi pubblicati dovrebbero essere aumentati di 2,1 per poi determinare la soglia su tale importo.**

Sulla rilevanza dell'opinione della Banca d'Italia, la Corte d'Appello di Milano ha però recentemente statuito (sentenza n. 3283/2013) che le direttive e le Istruzioni della Banca d'Italia, quale organo di vigilanza e indirizzo delle banche e degli altri intermediari finanziari, non sono mai vincolanti per gli organi giurisdizionali, e questo neppure in materia di usura.

Quanto sopra evidenziato, rende evidente l'attuale contrasto tra la posizione giurisprudenziale, da un lato, consacrata anche in sentenze di legittimità e costituzionali, che propende per una nullità allargata al tasso moratorio, e la Banca d'Italia, il Ministero dell'Economia, e la normativa comunitaria, dall'altro lato, che propendono per l'esclusione del tasso moratorio nel calcolo del tasso soglia.

Una possibile soluzione è che il Ministero dell'Economia e delle Finanze rilevi trimestralmente, in base ad indagine della Banca d'Italia, anche gli interessi moratori, al fine di determinare il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse.

5.2.3 La clausola di estinzione anticipata

Anche in materia di penale per l'estinzione anticipata, la giurisprudenza più recente si pone in netto contrasto con le citate istruzioni della Banca d'Italia.

Una recente ordinanza del Tribunale di Bari del 19 ottobre 2015 si segnala per aver ricompreso, tra le voci rilevanti ai fini della determinazione della usurarietà del tasso, anche la penale di anticipata estinzione del mutuo. La presa di posizione del giudice barese non è isolata, essendo già stata sostenuta da parte (minoritaria) della giurisprudenza di merito (Trib. Pescara 28 novembre 2014; Trib. Bari 12 dicembre 2014; Trib. Avellino 28 settembre 2015).

In particolare, nell'ordinanza con cui è stata accolta la richiesta di sospensione della procedura esecutiva si afferma che *"ai fini della verifica della usurarietà del tasso convenuto nel contratto di mutuo deve tenersi conto non solo del tasso di interessi convenuto ma anche di tutti gli altri costi previsti in contratto, sia quelli certi (come le spese di istruttoria e quelle per l'assicurazione dell'immobile o degli immobili concessi in garanzia) che quelli eventuali quali possono essere gli interessi moratori (dovuti in caso di inadempimento nel pagamento delle rate di mutuo) e la commissione per estinzione anticipata"*.

Essendo la penale di estinzione anticipata di regola determinata in percentuale al capitale residuo anticipatamente restituito, ai fini dell'accertamento dell'usurarietà del finanziamento la suddetta penale deve essere calcolata *"sul capitale concesso a mutuo, dovendosi avere riguardo al momento in cui le condizioni contrattuali del mutuo vengono pattuite, così come prescrive la legge, considerato anche che in ipotesi ben può accadere che l'estinzione anticipata venga richiesta a distanza di qualche giorno"*.

E' comunque opportuno segnalare che le pronunce sopra citate costituiscono casi piuttosto isolati nel panorama giurisprudenziale.

5.3 La proposta di quesito della Commissione in materia di usura sui mutui

Sull'usura originaria e sopravvenuta

- A) Laddove il Giudice intenda aderire al recentissimo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione del 19/10/17

ALLORA QUESITO

Accerti il Consulente il tasso effettivo globale pattuito dall'istituto alla stipula del contratto di mutuo utilizzando le istruzioni fornite dalla Banca d'Italia: laddove riscontri uno sconfinamento del TEG previsto dal contratto rispetto al tasso soglia vigente all'epoca della conclusione del contratto (usura genetica) applichi il disposto dell'art. 1815 comma 2 c.c. all'intero piano di ammortamento.

- B) Laddove il Giudice non intenda aderire al recentissimo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione del 19/10/17

ALLORA QUESITO

... Accerti altresì il Consulente il TEG applicato dall'istituto nell'esecuzione del contratto di mutuo utilizzando le istruzioni fornite dalla Banca d'Italia: laddove riscontri uno sconfinamento del TEG utilizzato al tempo del pagamento rispetto al tasso soglia vigente (usura sopravvenuta) allora, in via alternativa, (alternative praticabili salvo ovviamente diversa indicazione del Giudice)

- *applichi il disposto dell'art. 1815 c.c. alla relativa rata*
- *ridetermini la rata applicando il tasso sostitutivo / il TEGM / il tasso soglia*

In considerazione del recentissimo orientamento della Corte di Cassazione a sezioni unite, il quesito assegnabile in ipotesi di usura sopravvenuta potrebbe essere superato dall'indicazione del Giudice di ritenere inesistente la fattispecie stessa dell'usura sopravvenuta. In tal caso il tasso contrattuale pattuito resterebbe l'unico valido e l'unica verifica da farsi da parte del Consulente sarebbe quella di verificare se il tasso applicato in corso di ammortamento è effettivamente quello determinato o determinabile in base alle originarie pattuizioni ovvero esso si è incrementato per effetto di ulteriori oneri non previsti contrattualmente all'origine.

Sul tasso di mora

Quesito:

In riferimento al tasso di mora verifichi che detto tasso non risulti pattuito o, in seguito applicato, in misura tale da superare autonomamente il tasso soglia rilevato all'epoca della stipulazione del contratto vigente tempo per tempo. Laddove riscontri uno sconfinamento del tasso di mora previsto dal contratto applichi il disposto dell'art. 1815 c.c. alla sola componente degli interessi di mora; diversamente laddove lo sconfinamento del tasso di mora applicato sia relativo all'esecuzione del rapporto, alternativamente:

- ù *applichi il disposto dell'art. 1815 c.c. alla relativa rata;*
- ù *ridetermini la mora applicando il tasso sostitutivo / il TEGM / il tasso soglia.*

Anche in tal caso valgono le considerazioni sopra esposte in relazione all'applicazione della sentenza n 24675/2017 della Corte di Cassazione a sezioni unite. Negandosi il fenomeno dell'usura sopravvenuta, una volta verificato che il tasso di mora applicato è proprio quello contrattuale, ogni ulteriore accertamento sarebbe ultroneo.

Cap. 6 - L'ANATOCISMO NEL RAPPORTO DI MUTUO

6.1 L'evoluzione normativa

Nell'ambito del contratto di mutuo bancario il fenomeno dell'anatocismo può generarsi quando, venendo a scadenza una rata mutuo, il mutuatario non la paghi alla scadenza pattuita e la banca applichi gli interessi moratori previsti in caso di ritardo nel pagamento di ciascuna rata. In tale ipotesi costituisce pertanto anatocismo quella parte degli interessi moratori che sono calcolati sulla quota interessi contenuti nella rata insoluta. Può ritenersi legale un tale comportamento? Quid iuris in tale ipotesi?

Fermo restando che in materia di anatocismo la norma di riferimento resta sempre è l'articolo 1283 codice civile¹⁶, per comprendere a pieno il fenomeno occorre ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, scandagliando l'analisi in prima battuta in cinque distinti archi temporali:

Periodo ante 1/1/1994

Fino all'1/1/1994, data di entrata in vigore del Tub, la pratica anatocistica era espressamente consentita in materia di mutui fondiari, in quanto l'art. 38 del R.D. n. 646/1905 (normativa speciale che regolava il credito fondiario), successivamente modificato dal Dpr n. 7/76 e dalla L. n. 175/91, prevedeva che gli interessi moratori andassero calcolati sull'intera rata scaduta, comprensiva sia della quota capitale sia della quota interessi.

Diversamente, per gli altri contratti di mutuo, deve farsi riferimento alla normativa generale prevista dall'art. 1283 Cod. Civ., pertanto gli interessi di mora devono essere conteggiati solo sulla quota capitale della rata scaduta.

Periodo 1/1/1994-22/4/2000 (entrata in vigore delibera Cicr)

Con l'entrata in vigore del Tub la normativa speciale in materia di credito fondiario viene espressamente abrogata, pur facendo salvi i contratti stipulati anteriormente all'1/1/94 (art. 161 Tub). Nella sua prima formulazione, tuttavia, il Tub non fa alcun riferimento al fenomeno della

¹⁶ Art. 1283 cod. civ.: "In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi, solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempreché si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi.",

produzione degli interessi sugli interessi, in deroga al generale divieto di cui all'art. 1283 Cod. Civ.. In questo periodo quindi, non ravvisandosi usi normativi contrari, il computo anatocistico degli interessi deve considerarsi sempre illegittimo (non operando alcuna distinzione tra mutuo ordinario e mutuo fondiario). Il principio è ormai consolidato e confermato anche dalla giurisprudenza di merito, una per tutte Cass. 22/05/2014, n. 11400.¹⁷

Periodo 22/4/2000-31/12/2013

Con il D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, il legislatore interviene modificando la precedente formulazione dell'art. 120 Tub, con l'inserimento del comma 2, che recita: *“Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori”*.

La successiva delibera Cicr 9/2/2000, in vigore dal 22/4/2000, con riferimento ai “finanziamenti con piani di rimborso rateale” (art. 3) prevede: *“Nelle operazioni di finanziamento per le quali è previsto che il rimborso del prestito avvenga mediante il pagamento di rate con scadenze temporali predefinite, in caso di inadempimento del debitore l'importo complessivamente dovuto alla scadenza di ciascuna rata può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi a decorrere dalla data di scadenza e sino al momento del pagamento. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica”*.

Analogo principio vale, ai sensi del comma 2 dell'art. 3, in ipotesi di risoluzione del contratto di finanziamento. In tale ipotesi, infatti, la disposizione citata prevede che *“l'importo complessivamente dovuto può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi alla data di risoluzione. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica”*.

In buona sostanza gli interessi, a seguito della delibera 9 febbraio 2000 del Cicr, se contrattualmente pattuiti (il che ovviamente accade sempre), vanno ad incidere anche su quella quota di rata scaduta, che è comprensiva di interessi corrispettivi, configurando già perciò stesso anatocismo con durata “dalla scadenza al pagamento”.

Con riguardo invece alla diversa ipotesi di risoluzione del contratto di mutuo, ove sia stata in precedenza prevista la capitalizzazione a scadenza di rata, si evita soltanto l'anatocismo

¹⁷“questa Corte è ormai ferma nel ritenere che al mutuo bancario ordinario, con riferimento al calcolo degli interessi, sono senz'altro applicabili le limitazioni previste dall'art. 1283 c.c., non rilevando, in senso opposto, l'esistenza di un uso bancario contrario a quanto disposto dalla norma predetta: gli usi normativi contrari, cui espressamente fa riferimento l'art. 1283 c.c., sono, difatti, soltanto quelli formati anteriormente all'entrata in vigore del codice civile e, nello specifico campo del mutuo bancario ordinario, non è dato rinvenire, in epoca anteriore al 1942, alcun uso che consentisse l'anatocismo oltre i limiti poi previsti dalla richiamata disposizione codicistica. Deve allora, a maggior ragione, escludersi che tale uso possa essersi formato per i contratti di mutuo fondiario, in cui la regola dell'anatocismo è stata applicata, persino dopo l'entrata in vigore del codice, in quanto espressamente prevista da leggi speciali

triplice, essendo stata dichiarata legittima sia la capitalizzazione degli interessi sulla rata scaduta, comprensiva a sua volta di interessi, sia di quelli previsti sulla somma complessivamente dovuta al momento della risoluzione. Ma tale anatocismo, decorsi sei mesi, in sede giudiziale è consentito ex art. 1283 Cod.Civ..

In definitiva si introduce una speciale ipotesi di anatocismo legale che si sottrae al divieto generale di cui all'art. 1283 c.c., sicché gli interessi corrispettivi compresi nella rata di mutuo scaduta possono essere capitalizzati se il contratto lo prevede e producono interessi moratori fino alla data del pagamento; è vietata comunque la capitalizzazione di tali interessi moratori, siano essi applicati sugli interessi corrispettivi oppure sulla quota capitale (Trib. Torino 3/11/2006, ABF Napoli 24/11/2011).

Periodo 1/1/2014-30/9/2016

A decorrere dal 1/1/2014, con l'entrata in vigore della L. 147/13 art. 1 comma 629, il legislatore apporta una ulteriore modifica al secondo comma dell'art. 120 Tub, prevedendo:

“Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;

b) gli interessi periodicamente capitalizzati NON possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale”.

Si evidenzia subito che la norma, in chiara contrapposizione con la disciplina abrogata, non fa più riferimento alla “produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”, ma soltanto alla “produzione di interessi” semplici. Resta sempre affidato negli stessi termini di prima al CICR il compito di stabilire “modalità e criteri” con l'unico solo limite di eguale periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.

Venuta meno la fonte primaria, che legittimava in via di specialità l'anatocismo bancario in deroga al generale divieto di cui all'art. 1283 c.c., si ritiene debba trovare nuovamente applicazione la disciplina dettata dalla norma generale, che vieta la produzione degli interessi sugli interessi.

Periodo 1/10/2016-oggi

Con il varo del decreto CICR 343/2016, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n.212/2016, l'art. 120 comma 2 del Tub viene ulteriormente riformato, come segue:

“Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;

b) 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 (...)."

Si evidenzia in primo luogo che la nuova versione 2016 dell'art. 120 riafferma l'ampia delega attribuita al Cicer, chiamato a stabilire "modalità e criteri" per la "produzione di interessi" senza operare alcuna distinzione tra gli stessi, quindi sia corrispettivi che moratori. La stessa delega attribuita al Cicer, avendo sempre ad oggetto le "operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria", estende la sua efficacia in relazione a tutte le operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito.

In secondo luogo emerge la principale novità della norma, con riferimento alla sua applicazione **ai contratti di mutuo, che fa salva la produzione di interessi di mora rispetto al divieto di produzione di interessi ulteriori sugli interessi debitori (corrispettivi) maturati**. Per la produzione di interessi moratori, pertanto, si applicheranno le disposizioni del codice civile e le (eventuali) regole previste dalla emananda delibera Cicer, stante l'ampia delega come detto prevista nell'*incipit* dell'art. 120, comma 2, del TUB.

6.2 Ammortamento alla francese e anatocismo: evoluzione della giurisprudenza

Il metodo di ammortamento alla francese (detto anche a rate costanti o progressivo) è in assoluto il più utilizzato nei mutui bancari.

Consiste nel rimborso graduale di rate costanti nelle quali, nel corso dell'ammortamento, la quota capitale cresce progressivamente (secondo la legge di progressione geometrica che è tipica della capitalizzazione composta) mentre gli interessi decrescono. La composizione delle rate muta nel tempo in quanto la sorte capitale imputata aumenterà di volta in volta con il versamento delle singole rate e, di conseguenza, per garantire una rata costante.

Secondo talune impostazioni minoritarie della giurisprudenza di merito¹⁸, in un contratto di mutuo a tasso fisso, in cui sia prevista la restituzione graduale del capitale in applicazione del sistema di rimborso alla francese mediante il pagamento di un numero predefinito di rate costanti, l'interesse applicato al mutuatario non sarebbe l'interesse semplice, ma l'interesse composto, per cui il costo effettivo del prestito sarebbe maggiore del tasso indicato nel contratto. Tale divergenza, da un lato comporterebbe la violazione del divieto di anatocismo e,

¹⁸Trib. Bari, sez. Rutigliano, 29/10/2008, n. 113, in Giur. mer., 2009, 1, p. 82; Trib. Larino 03/05/2012, in www.almaiura.it

dall'altro, essendo incerta la stessa indicazione numerica del tasso di interesse, determinerebbe la nullità della relativa previsione, con la conseguenza che il piano andrebbe ricostruito con applicazione dell'interesse legale¹⁹.

In tal senso si segnala la sentenza n. 113 del 29 ottobre 2008, emessa dal Tribunale di Bari, che condannò il Banco di Napoli (oggi gruppo Intesa San Paolo) pronunciando una sentenza definita "epocale" perché applicabile alla massima parte dei contratti in Italia.

Nei due contratti sotto esame, una consulenza tecnica ha dimostrato che la rata era calcolata con la formula dell'interesse composto che non era espressamente indicata dal contratto. La consulenza ha evidenziato un aumento del costo effettivo del contratto dovuto a un tasso effettivo superiore a quello nominale: più erano le rate, più costava il mutuo. I clienti, alla firma dei contratti, non si erano resi conto dell'alto tasso effettivo da pagare perché il tasso nominale annuo era davvero quello indicato per iscritto nel contratto, mentre quello effettivo poteva essere desunto solo dall'esame del piano di ammortamento. Invece di un tasso del 13% sul mutuo da 350 milioni di lire, i clienti pagavano un tasso effettivo annuale del 14,276%.

Il giudice ha affermato che il calcolo dell'interesse nel piano di ammortamento deve essere trasparente ed eseguito secondo le regole matematiche dell'interesse semplice e non di quello composto utilizzato appunto nell'ammortamento "alla francese".

Il Codice Civile richiede il calcolo dell'interesse giorno per giorno (artt. 820-821 cod. civ.), non può essere applicato quello composto se non nei limiti dell'art.1283 che prevede che il patto anatocistico (cioè di capitalizzazione composta) sia successivo alla maturazione dell'interesse e mai precedente, come invece accade nell'ammortamento "alla francese". La banca, che utilizza nel contratto questo tipo di capitalizzazione, viola non solo l'art. 1283 del Codice Civile ma anche l'art. 1284 che, in caso di mancata determinazione e specificazione o di incertezza (tra tasso nominale contrattuale e tasso effettivo del piano di ammortamento allegato al contratto), impone l'applicazione del tasso legale semplice e non quello ultralegale, indeterminato o incerto.

Alla sentenza sopra citata ha fatto seguito quella del Tribunale di Larino, sezione distaccata di Termoli, che si è espresso con la sentenza n.119 del 2012 in tema di illegittimità del piano di ammortamento applicato ai contratti di mutuo fondiario. La causa, intrapresa da un imprenditore di Termoli, aveva lo scopo di richiedere all'istituto bancario, che aveva acceso il mutuo in favore dell'imprenditore termolese, la restituzione degli interessi pagati in più a causa dell'applicazione del cosiddetto "ammortamento alla francese" nel quale venivano capitalizzati gli interessi, applicando la formula dell'interesse composto, che comporta la crescita progressiva del costo, senza una specifica clausola nella parte letterale del contratto. Il Giudice ha quindi condannato

¹⁹ "Anatocismo e usura nei mutui bancari" – F.Fiorucci – Altalex editore - 2015

il mutuante al rimborso della suddetta somma riconoscendo all'istituto bancario il solo tasso legale in sostituzione del tasso di interesse contrattuale, applicando l'art.1284 del Codice Civile, poiché l'istituto bancario non aveva rispettato il tasso pattuito applicando, di fatto, l'interesse ultra legale illegittimo.

A queste due sentenze che direttamente o indirettamente sancivano l'illegittimità dell'ammortamento alla francese si è posta in contrasto la sentenza n. 1936 del Tribunale di Benevento del 19.11.2012 che ha affrontato la questione esaminando le peculiarità del sistema di calcolo delle rate.

L'importo della rata costante è calcolato sulla base della somma dovuta per capitale, tasso di interesse e numero di rate (inserita dalle parti nel contratto con la espressa determinazione della somma oggetto di mutuo, del tasso di interessi e del numero di rate e sulle quali non è possibile effettuare alcun intervento successivo del mutuante) tramite l'utilizzo del principio dell'interesse composto in virtù del quale: "si rendono uguali il capitale mutuato con la somma dei valori attuali di tutte le rate previste dal piano di ammortamento".

Lo schema è dunque il seguente:

RATA = QUOTA INTERESSI + QUOTA CAPITALE	
<u>QUOTA CAPITALE</u>	rata (costante)-quota interessi
<u>QUOTA INTERESSI</u>	capitale residuo (periodo precedente) x tasso di interesse (rapportato al periodo); nella 1° rata gli interessi si calcolano sulla somma mutuata
<u>CAPITALE RESIDUO</u>	capitale residuo (periodo precedente) – quota capitale

Tale sistema garantisce per il mutuatario la possibilità di conoscere sin dall'accensione del mutuo l'importo delle singole rate (costanti nel tempo) e così programmare il rimborso.

Secondo il Tribunale di Benevento (in linea con quanto affermato anche dal Tribunale di Arezzo con sentenza del 24/11/2011), il sistema di ammortamento alla francese non comporta alcun anatocismo, atteso che in ciascuna rata la quota di interessi viene calcolata sul debito residuo del periodo precedente (nella prima rata gli interessi si calcolano sulla somma concessa in mutuo), secondo il principio dell'interesse semplice, e il debito residuo sul quale viene calcolato l'interesse è quello costituito dalla quota capitale ancora dovuta, detratto l'importo già pagato con le rate precedenti.

Il metodo, dunque, non implica alcuna capitalizzazione degli interessi, poiché gli stessi vengono calcolati unicamente sulla quota capitale via via decrescente e per il periodo corrispondente a quello di ciascuna rata.

In sostanza, secondo il Tribunale, ogni rata determina il pagamento unicamente degli interessi dovuti per il periodo cui la rata si riferisce (importo che viene integralmente corrisposto con la rata), mentre la parte rimanente della quota serve ad abbattere il capitale.

Possiamo quindi ritenere che in giurisprudenza sia stata superata l'errata convinzione che l'ammortamento alla francese desse luogo automaticamente al fenomeno dell'anatocismo.

Più di recente sono intervenute numerose sentenze che hanno chiarito la questione negando qualsiasi forma di anatocismo nel metodo alla francese.

Tra le altre si citano:

Corte d'Appello di Milano del 30.10.2013, Tribunale di Milano del 05.05.2014, Tribunale di Siena del 17.07.2014, Tribunale di Torino del 17.09.2014, Tribunale di Verona del 24.03.2015, Tribunale di Milano del 16.07.2015.

La giurisprudenza più recente ha motivatamente escluso quindi qualsiasi profilo di illegittimità del sistema di ammortamento alla francese, poiché la quota di interessi di ogni rata viene calcolata sul debito residuo del periodo precedente, costituito dalla quota capitale ancora dovuta, detratto l'importo già pagato in linea capitale con le rate precedenti, senza che gli interessi passivi già predisposti costituiscano base di calcolo nella rata successiva (nel qual caso si avrebbe un interesse composto).

Si segnala anche il recente indirizzo espresso da parte della giurisprudenza di merito secondo cui, non essendo appunto concettualmente configurabile il fenomeno anatocistico con riferimento ad un mutuo con ammortamento alla francese, per la inesistenza di un interesse 'scaduto' sul quale calcolare l'interesse composto, sostenere in giudizio un effetto anatocistico automatico dell'ammortamento francese integra gli estremi della lite temeraria ex art. 96, comma 3, c.p.c. (nella fattispecie, condanna della parte soccombente al risarcimento di 4.000 euro).²⁰

²⁰Trib. Verona 24/03/2015, www.expartecreditoris.it; a conclusioni simili, lite temeraria ex art. 96, comma 3, c.p.c., è giunto anche il Trib. Salerno 30/01/2015, www.expartecreditoris.it

6.3 La proposta di quesito della Commissione in materia di anatocismo sui mutui

“Verifichi il CTU se in base al TAN pattuito in contratto gli interessi inclusi nelle rate del piano di ammortamento (quota capitale + interessi) siano stati computati sul capitale residuo dopo il pagamento dell'ultima rata applicando la formula dell'interesse semplice. In caso contrario ridetermini il corretto piano di ammortamento.”

Nota: se gli interessi ricalcolati dal CTU con la formula dell'interesse semplice risulteranno uguali a quelli dedotti nel piano di ammortamento, il mutuatario avrà pagato esattamente ciò che era stato convenuto nel contratto. Pertanto non sarà configurabile né anatocismo, né una condizione di maggiore onerosità rispetto a quanto in origine pattuito.

Allegati:

Allegato 1: file excel esempio di calcolo usura sui c/c

Allegato 2: file excel esempio di calcolo anatocismo sui c/c

Allegato 3: riepilogo del set dei quesiti suddivisi per argomenti