

COMMENTO A CASSAZIONE CIVILE N. 12965 DEL 22/06/2016: LA SUPREMA CORTE RECEPISCE LA CIRCOLARE DELLA BANCA DI ITALIA DEL 2/12/2005, IN RELAZIONE ALLA RILEVAZIONE DELLA CMS NELLA COMMISURAZIONE DEL TASSO USURARIO NEL PERIODO ANTE 2010

SOMMARIO: **1.** Le questioni affrontate ed i correlati principi espressi nella pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016. - **2.** L'efficacia della cosiddetta clausola di salvaguardia. - **3.** Il computo della CMS nelle rilevazioni d'usura ante 2010. – **3.a)** Il percorso storico della clausola e le principali eccezioni sollevate in ordine alla validità della stessa. – **3.b)** La L. 2/2009 secondo le Sezioni Penali della Corte di Cassazione. – **3.c)** La L. 2/2009 secondo la pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016. - **4.a)** Il principio dell'omogeneità dei valori secondo la pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016. – **4.b)** L'autonomia della CMS e la legittimazione del singolare meccanismo di computo della CMS soglia di cui alla Circolare del 02/12/2005 della Banca di Italia. – **5.** Considerazioni conclusive

1. Le questioni affrontate ed i correlati principi espressi nella pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016

La pronuncia della Suprema Corte Civile n° 12965 del 22/06/2016 prende posizione su alcune problematiche di stretta attualità involgenti il diritto bancario¹, specificamente chiarisce la propria posizione in ordine (A) alla legittimità e/o efficacia (o meno) della cosiddetta “clausola di salvaguardia”, ovvero della clausola, piuttosto diffusa nella contrattualistica bancaria, che dovrebbe evitare il determinarsi degli effetti del fenomeno usura per le sue manifestazioni in corso di esecuzione del rapporto², ed (B) alla correttezza (o meno) del computo della Commissione di Massimo scoperto (CMS), nella valutazione dell'usura anche per quanto concerne le operazioni ante 2010³.

2. L'efficacia della cosiddetta clausola di salvaguardia

Circa la cosiddetta clausola di salvaguardia, la Banca lamentava che la stessa fosse stata pacificamente convenuta tra le parti nella contrattualistica stipulata, sicché, ribaditane la legittimità, chiedeva censura della decisione del Tribunale *in parte qua* non ne aveva

¹ La pronuncia affronta la fattispecie del negozio giuridico di apertura di credito in conto corrente, in relazione a tre doglianze, sollevate da un istituto di credito, in sede di ricorso per la cassazione del provvedimento del Tribunale di Venezia di rigetto di un reclamo, con cui la Banca aveva impugnato l'antecedente provvedimento di sua esclusione dallo stato passivo di una procedura fallimentare.

² Con il primo motivo di ricorso in Cassazione, la Banca lamentava il mancato riconoscimento di operatività della clausola di salvaguardia seppur pattuita nel testo contrattuale *de quo*.

³ Con il primo motivo di ricorso in Cassazione, la Banca lamentava l'errata applicazione degli artt. 644 c.p. e 2 della L. 108/1996, per aver il Tribunale ritenuto di dover includere (anche per il periodo *ante* 2010) la commissione di massimo scoperto (CMS) tra gli elementi rilevanti ai fini della rilevazione dell'usura, nonostante le istruzioni di Banca d'Italia *ratione temporis* applicabili non le considerassero nel metodo di calcolo ivi previsto, il tutto con l'ulteriore e conseguente effetto di legittimare perciò un raffronto tra elementi non omogenei.

ricosciuto l'efficacia, in ragione della quale il conseguente diritto del correntista alla ripetizione degli interessi eccedenti il tasso soglia d'usura avrebbe invece escluso l'applicazione delle conseguenze di cui all'art. 1815 c.c..

La Corte rigetta questo primo motivo di ricorso, evidenziando che non è possibile *“instaurare alcuna differenza tipologica tra un contratto che preveda o anche solo consenta il superamento del tasso usurario ed un altro che, in astratto, ne ipotizzi la riconduzione al limite legale, ma già in concreto ometta di restituire una sua costante sensitività al predetto principio”*, enunciando conseguentemente che *“la clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del 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 ad eludere il divieto di pattuire interessi usurari”*.

Al fine di vagliare la correttezza della pronuncia del Tribunale, la Corte esamina la clausola contrattuale e, rilevando che quest'ultima è predisposta nel senso della previsione del diritto di ripetizione del correntista degli eventuali interessi ultralegali addebitati per la parte eccedente la soglia d'usura, in sostanza osserva come la stessa perciò solo ne consenta il previo addebito al correntista, il che equivale a legittimarne l'originaria pattuizione e la seguente dazione, sicché, in definitiva, è elusiva del divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall'art. 1815 c.c. per il mutuo, ed applicabile anche al rapporto di conto corrente⁴.

L'interpretazione della clausola operata dal Tribunale, a giudizio della Corte, è fondata anche alla luce del corretto utilizzo delle regole di ermeneutica contrattuale, tra cui, non solo l'esame del dato testuale, ma anche della condotta delle parti successiva alla stipulazione della clausola *de qua*, elementi tutti che univocamente confermano l'effetto della clausola (e la sottostante volontà delle parti in tal senso) di consentire dapprima l'addebito di interessi usurari, salvo l'eventuale diritto del correntista di chiederne poi la restituzione.

Ed ovviamente, la violazione della norma imperativa impedisce qualsiasi salvezza della clausola, pur pacificamente sottoscritta da entrambe le parti (quindi, anche dalla parte cosiddetta debole), per il noto principio dell'impossibilità di conversione e/o conservazione del negozio originariamente nullo.

A sommosso giudizio degli scriventi, il giudizio di disvalore espresso dalla Corte è condivisibile, giacché una clausola siffatta è palesemente predisposta (oltre che, ovviamente,

⁴ La sent. cita, al paragrafo terzo, i vari precedenti di legittimità in merito all'applicabilità dell'art. 1815 c.c. a tutte le fattispecie negoziali che possano contenere la pattuizione d'interessi usurari: CC 27009/2008, CC 9532/2010, CC 11632/2010, CC 6550/2013 CC 15621/2007.

La questione era stata parimenti dedotta dalla Banca come doglianza *sub specie* di secondo motivo di ricorso, e la Corte, trattandosi a ben vedere di questione più volte dibattuta, in pratica affronta il motivo unitamente al primo (quello in merito alla validità ed efficacia della clausola di salvaguardia), in sostanza uniformandosi ai propri precedenti richiamati arresti.

unilateralmente dall'istituto di credito) nell'esclusivo interesse della Banca, vuoi perché (a ben vedere) non accorda al correntista un diritto, che già esiste in ragione della Legge (ed in questo senso la clausola sarebbe *tamquam non esset*, per la riprodotta previsione di un diritto già inderogabilmente previsto dalla Legge), vuoi perché -in verità- la sua *ratio* sembra al contrario proprio quella di escluderlo, sicché la clausola si pone in evidente contrasto con l'inderogabile art. 1815 c.c.⁵.

Sotto questo aspetto, infatti, dal punto di vista pratico l'operatività della clausola, per come prevista, si pone l'obbiettivo di concretizzare a beneficio della Banca il risultato equivalente alla inefficacia parziale dell'interesse ultralegale eccedente il tasso soglia d'usura, ma ciò, non come automatico effetto di un meccanismo contrattuale operante in occasione dei periodici addebiti/accrediti e periodica liquidazione degli interessi passivi/attivi bensì come conseguenza del futuro ed eventuale esercizio da parte del correntista della propria volontà di ottenere la restituzione degli interessi usurari.

Pur con l'incertezza derivante dall'impossibilità di una lettura diretta della clausola contrattuale oggetto di giudizio, per quanto si desume dalle espressioni utilizzate dalla Corte⁶, parrebbe altresì che il meccanismo previsto dalla clausola sia fondato su di un diritto di restituzione (ovvero di ripetizione) in senso stretto sicché, ove così sia, trattandosi di restituzione di una dazione di denaro perché indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., è presumibile che la clausola imponesse al correntista di poter esercitare il proprio diritto alla restituzione soltanto dopo il successivo verificarsi della chiusura del rapporto (o, al più, dopo eventuali rimesse solutorie che valgano a restituire il finanziamento avuto); diversamente, la clausola sarebbe stata redatta con previsione di un diritto del correntista alla rettifica del saldo di conto (e quindi già in costanza di rapporto), anzi che di ripetizione (dopo la chiusura del rapporto).

In parole povere, la clausola così confezionata sembra essere finalizzata ad evitare a carico della Banca le conseguenze di cui all'art. 1815 c.c., e forse (a seconda dell'interpretazione) addirittura ad impedire il diritto del correntista di ottenere un ricalcolo del saldo di conto, in corso e costanza di rapporto, nonostante si abbia contezza di addebiti di interessi usurari.

Le ultime considerazioni, tuttavia, aprono la lettura del principio di diritto, espresso dalla Corte, anche *a contrario*, ovvero nel senso di delineare i tratti di una ben diversa clausola che possa eventualmente reputarsi legittima ai sensi delle norme cit.: pare, infatti, possibile

⁵ Articolo n.1815 "interessi".

[i]. Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'articolo 1284.

[ii] Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi [1419 ²; 185 trans.] (1).

(1) Ai sensi dell'art. 1 d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, conv., con modif., in l. 28 febbraio 2001, n. 24, 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.

⁶ Pagina terza della Sentenza, primo capoverso, dove si legge, in riferimento alla descrizione del contenuto del primo motivo del ricorso, che "il ricorrente deduce violazione ... laddove il decreto, non riconoscendo l'operatività della clausola contrattuale che riconduceva le condizioni economiche del rapporto ai limiti interni ai tassi soglia la momento della chiusura del medesimo, ne ha negato la portata conservativa, pur se voluta dalle parti...".

ipotizzare una clausola contrattuale che, finalizzata a garantire l'automatica riduzione dell'interesse ultralegale (a suo tempo pattuito nel pieno rispetto dei tassi soglia dell'epoca, e mai contrattualmente modificato, ma al più semplicemente indicizzato, secondo la medesima unica ed originaria previsione pattizia), ove quest'ultimo venga a superare il tasso soglia successivamente rilevato in corso di esecuzione del rapporto, preveda l'automatico storno/epurazione dell'addebito usurario, nel momento stesso dei periodici addebiti/accrediti e della periodica liquidazione degli interessi passivi/attivi, con ciò, quindi in sostanza, "evitando" e non "consentendo", l'addebito dell'interesse usurario⁷.

Ma anche così diversamente confezionata, la clausola non sarebbe immune da un utilizzo non conforme a Legge in corso di esecuzione del rapporto, in quanto la condotta della Banca che eventualmente *sfruttasse* nei confronti del correntista la sopravvenuta situazione, di volta in volta, a proprio vantaggio, potrebbe invero dare luogo al diverso aspetto della cosiddetta usura concreta, argomento che esula da questo contributo, e quindi con riserva di approfondimento.

3. Il computo della CMS nelle rilevazioni d'usura ante 2010

Ancora più importante, tuttavia, è l'altra parte della decisione in commento che involge la *vexata quaestio* della computabilità della CMS, ai fini della verifica dell'usura, nei rapporti bancari *ante* 2010.

La problematica, ben nota in giurisprudenza, consiste nel fatto che la CMS non era computata nel calcolo delle soglie usuarie nelle varie versioni delle Istruzioni della Banca di Italia ante 2009 le quali, anzi, addirittura la escludevano in modo esplicito, ed è perciò soltanto con le Istruzioni del 2009 (peraltro con efficacia differita ad inizio 2010), che le CMS hanno trovato il proprio spazio nel calcolo del TEGM, e quindi nelle rilevazioni delle soglie d'usura.

Sin dappprincipio, tuttavia, vi è stato un acceso dibattito, non solo nelle aule giudiziarie, ma anche in dottrina, sul fatto che fosse effettivamente corretto escludere le CMS dalla rilevazione delle soglie usuarie, dato che queste costituivano comunque un importante onere connesso all'erogazione del credito, apparentemente rientrante nel novero degli elementi rilevanti per la determinazione di TEGM e TEG, secondo quanto prevedevano le (allora) recenti norme anti usura.

E tuttavia, posto che al contrario le versioni delle Istruzioni di Banca d'Italia succedutesi nel tempo le escludevano dal computo, si è assistito ad una contrapposizione di opinioni.

⁷ Ad esempio, il Tribunale di Napoli con sentenza del 04/06/2014, ravvisava la legittimità di una clausola apposta in un contratto di mutuo per cui "*la misura di tali interessi non potrà mai essere superiore al limite fissato ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, dovendosi intendere, in caso di teorico superamento di questo limite, che la misura sia pari al limite medesimo*" (ndr ovviamente, seguendo l'insegnamento di CC 12965/2016, occorrerebbe indagare se, nella fase esecutiva del rapporto, "è stata data costante sensitività al principio", al fine di interpretare la effettiva ratio sottostante la clausola).

Da un parte, si riteneva corretto escludere le CMS dal computo, rispettando le Istruzioni di Banca d'Italia, reputando queste ultime non un mero atto amministrativo, bensì uno strumento impiegato dall'autorità amministrativa, nel procedimento di integrazione del contenuto dell'art. 644 c.p., e dell'art.2 della L. 108/1996, a cui la stessa Legge demanda per la concreta determinazione del tasso medio d'interesse, ed in base al quale viene stabilito, con un automatismo, il tasso soglia per ciascuna categoria d'operazione.

Dall'altro, si riteneva corretto includere le CMS nel computo, con l'intenzione di rispettare proprio il precetto di cui all'art. 644 c.p. comma 4 (e la sua formula inclusiva di tutti gli oneri e le commissioni), ritenendo per converso legittimo disapplicare le Istruzioni di Banca d'Italia, considerate quale mero atto amministrativo, o al più norma secondaria, che in ogni caso non poteva vincolare il Giudice *a quo*, laddove avesse ravvisato il palese contrasto con la norma primaria.

Ed il dibattito si è acceso ulteriormente, in tutte le sedi, con la successiva introduzione dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008, per cui le CMS sono state considerate nel computo ai sensi delle successive Istruzioni vigenti dal 2010.

In questo contesto, con il proprio terzo motivo di ricorso, lamentando errata applicazione degli artt. 644 c.p. e 2 L. 108/1996, per aver il Tribunale di Venezia ritenuto di includere la CMS tra gli elementi rilevanti (anche ante 2010) ai fini della rilevazione dell'usura, la Banca perciò chiedeva alla Corte censura della decisione fondata sulla supposizione che l'inclusione della CMS nella rilevazione dell'usura (anche ante 2010) fosse una conseguenza derivante dalla Legge, in particolare dall'art. 2bis D.L. 185/2008, convertito in L. 2/2009, da intendersi quale norma di interpretazione autentica della disciplina dell'usura, e quindi applicabile anche retroattivamente, ai rapporti non ancora esauriti, perciò dovendosi per converso disapplicare le istruzioni della Banca d'Italia (versione 2006, *ratione temporis* applicabili) ed i Decreti Ministeriali che le avevano recepite, in quanto al contrario fondati su di una metodologia di rilevazione dell'usura che escludeva le CMS.

3.a) Il percorso storico della clausola e le principali eccezioni sollevate in ordine alla validità della stessa

La pronuncia della Corte, illustrata detta questione di cui al terzo motivo di ricorso, espone approfonditamente il percorso storico della clausola di CMS, dalle Norme Bancarie Uniformi del 01/01/1952 ad oggi, evidenziando come nella pratica se ne fossero sin dappprincipio riscontrate due forme, l'una (CMU) applicata come percentuale sull'accordato (la disponibilità accordata al cliente) ed al netto dell'utilizzato, perciò da intendersi come corrispettivo della prestazione della Banca di tenere a disposizione la provvista pattuita con l'apertura di credito, l'altra (CMS) applicata sull'ammontare massimo dell'utilizzo nel periodo, oppure addirittura applicata sull'ammontare del picco più elevato della somma prelevata dal cliente, e talvolta anche in caso di sconfinamento (cioè di "oltre fido"), o di mero scoperto (cioè di "oltre fido di fatto"), quindi anche a prescindere dalla preesistenza di una pattuizione di apertura di credito,

perciò da intendersi come corrispettivo della prestazione della Banca di aver permesso al correntista l'utilizzo effettivo della somma, con ciò concretizzando un costo ulteriore rispetto agli interessi pattuiti.

In merito all'ultima tipologia di CMS, che poi è stata quella più frequente nella prassi, o meglio, che ha rappresentato l'evoluzione storica della clausola stessa, la Corte rileva come la stessa abbia generato parecchio contenzioso, in ragione della sua dubitata validità, vuoi per "mancanza di causa lecita" (perché in sovrapposizione e duplicazione agli interessi passivi, che già remunerano l'apertura di credito), vuoi per "assenza di causa" se applicata sul "picco massimo" qualora questo sia "entro fido" (perché mancante uno "scoperto oltre fido"), senza contare tutte le fattispecie concrete rilevate nella prassi come afflitte da vizio di nullità per indeterminatezza, sia ante TUB ex art. 1346 c.c. (ad esempio, per il mero rinvio della clausola alle NBU, e da queste ai cosiddetti "usi piazza"), sia post L. 154/1992 ex art. 117 TUB (ad esempio, in tutti i casi di insufficiente o non chiara pattuizione, in relazione alle modalità di calcolo, alla periodicità, alla sua scarna disciplina nei soli documenti informativi, et cetera).

Continua, quindi, la Corte richiamando i propri precedenti in materia di legittimità della clausola, dai più risalenti (CC 1172/2002), ai recenti arresti (CC 870/2006 e 4518/2014) che ne avrebbero sancito la non illegittimità, senza però approfondire ulteriormente l'argomento, meritevole certo di ulteriori chiarificazioni, quanto meno perché le due pronunce da ultimo richiamate contengono, in sostanza, *obiter dictum*, espressi peraltro in relazione a fattispecie concrete diverse tra loro.

La Corte conclude, quindi, la ricostruzione storica della clausola, introducendo la questione della rilevanza delle CMS nella valutazione dell'usura, evidenziando come nelle Istruzioni (antecedenti il 2009, *ratione temporis* applicabili) per la rilevazione del TEGM, ai sensi della Legge sull'usura, la Banca d'Italia avesse sempre omesso di includere la CMS nel calcolo del TEG, senza considerarla quale costo diretto per l'erogazione del credito, bensì reputandola un corrispettivo per la prestazione resa dalla Banca di tenere a disposizione del correntista i fondi (valutazione che la Corte implicitamente condivide).

Il problema, tuttavia, si pone in relazione al momento in cui è intervenuta la novella di cui all'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008, convertito in L. 2/2009⁸, che espressamente ha stabilito che la CMS (pur non definita puntualmente neppure nel testo della nuova norma) deve essere

⁸ Art.2 bis - Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari

Comma 2. 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. 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 fin a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

invece considerata rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p., perciò sollecitando e determinando un adeguamento delle successive Istruzioni della Banca d'Italia (seppure dopo un breve periodo transitorio).

Dato, infatti, che per tutti i rapporti, non ancora esauriti all'entrata in vigore dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008, ai fini della rilevazione dell'usura, astrattamente continuavano ad applicarsi le tempo per tempo vigenti Istruzioni di Banca d'Italia, e conformi Decreti Ministeriali, fondati sul principio esattamente opposto a quello sancito dalla nuova normativa, si è dovuta affrontare la questione della portata retroattiva o meno dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008.

Precisa, altresì, la Corte che il cit. art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008 è tutt'oggi ancora in vigore, nonostante l'abrogazione del comma 1 del medesimo art. 2bis cit.⁹ (comma che, pur legittimando la clausola, sub specie di CMS e di CMU, ne prevedeva delle limitazioni, a pena di nullità della pattuizione), conseguente alle ulteriori modifiche legislative che hanno condotto all'introduzione dell'art. 117 bis TUB, con la definitiva sostituzione delle vecchie commissioni e la contestuale previsione delle due sole fattispecie di commissioni di affidamento (CA) e di commissioni in caso di sconfinamento (CIV), stabilendo per altro l'obbligo di adeguamento dei contratti in corso al nuovo regime.

3.b La L. 2/2009 secondo le Sezioni Penali della Corte di Cassazione

Nel contesto normativo scaturente dalla L. 2/2009, quindi, ricorda la Corte, si era subito posta la questione se l'espressa inclusione prevista dal comma 2 dell'art. 2bis cit. fosse da qualificarsi quale norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. comma 4¹⁰, *sub specie* di

⁹ Art.2 bis - Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari

Comma [1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia 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'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo.]

Comma sostituito dall'articolo 2, comma 2, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni in Legge 3 agosto 2009, n. 102 e successivamente abrogato dall'articolo 27, comma 4, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in Legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁰ Art. 644 c.p. Usura.

[I]. [II]. *omissis*

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

[IV]. 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.

atto normativo finalizzato a puntualizzare cosa rientrasse negli oneri ivi indicati, con efficacia quindi retroattiva, e perciò tale da travolgere le precedenti e confliggenti Istruzioni di Banca d'Italia e conformi Decreti Ministeriali, mediante disapplicazione di norma secondaria contrastante con norma primaria.

L'esposta posizione, condivisa a più riprese dalle Sezioni Penali della Corte di Cassazione (CP 12028/2010, 28743/2010, 46669/2011), ha condotto queste ultime a disapplicare la difforme prassi amministrativa rappresentata dai Decreti Ministeriali che recepissero la rilevazione dell'usura bancaria in virtù delle cit. Istruzioni della Banca d'Italia, perché queste ultime a loro volta escludevano dal calcolo la CMS.

3.c La L. 2/2009 secondo la pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016

Con la pronuncia commentata, tuttavia, la Suprema Corte civile intende discostarsi dalla predetta interpretazione, evidenziando come dal testo dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008 non si desumano elementi tali da avvalorarne la qualificazione di norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4¹¹, essendo perciò preferibile la sua interpretazione di norma innovativa, cioè disciplinante solo per l'innanzi, e quindi precisamente interpretandola come norma di diretta applicazione di quanto dispone il medesimo art. 644 c.p., nel suo (diverso) comma 3, ovvero che la "*Legge stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari*".

A giudizio della Corte, quindi, l'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008 muta *pro futuro* la previgente normativa, superando il previgente congegno ricognitivo-determinativo primario che espressamente escludeva la CMS dal calcolo del TEGM, ma perciò solo non è applicabile retroattivamente, con la conseguenza che per i rapporti bancari ante 31/12/2009, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia d'usura nel periodo rilevante, non deve tenersi conto delle CMS applicate dalla Banca, conformemente per altro alle Istruzioni di Banca d'Italia tempo per tempo vigenti.

In conclusione, per la Corte, la CMS *ante* art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008 non si considera nel calcolo dell'usura, poiché detta norma non è di interpretazione autentica, e si applica solo pro futuro, mentre per l'innanzi l'art. 2 L. 108/1996 demanda alle Istruzioni di Banca d'Italia, ed ai conseguenti Decreti Ministeriali, le modalità di rilevazione del TEGM, che sino al 2009 hanno escluso dal computo la CMS.

¹¹ Avrebbero dovuto esservi espressi elementi tali da chiarire la *ratio legis* nel senso di norma finalizzata a chiarire il significato da attribuire ai concetti di "*commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese*", indicati dal comma 4° dell'art. 644 c.p., che invece difettano, sicché non sarebbe possibile qualificare la disposizione di Legge come norma di interpretazione autentica, proprio perché è la stessa disposizione a non esprimere quell'intento in modo univoco. Anzi, a ben vedere, precisa la Corte, dal tenore complessivo del comma 2 dell'art. 2 bis. Cit. si evincono espresse indicazioni in senso contrario, quali, ad esempio il fatto che soltanto "*dalla data di entrata in vigore della Legge di conversione del presente decreto, le CMS sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cc., dell'art. 644 c.p. e della L. 108/1996*".

4.a) Il principio dell'omogeneità dei valori secondo la pronuncia della Suprema Corte n° 12965 del 22/06/2016

Tuttavia, ancora affrontando il medesimo terzo motivo di ricorso, la Corte esamina anche l'ulteriore questione del cosiddetto principio dell'omogeneità dei valori, affermando la fondatezza della *“tesi che sostiene la necessità di utilizzare, nella rilevazione dei tassi usurari, dati tra loro effettivamente comparabili”*.

Le considerazioni sono introdotte a pag. 14, punto 13 della Sentenza, sulla base del seguente ragionamento: premesso che la rilevazione dell'usura oggettiva (o presunta, o in astratto), è integrata a seguito del mero superamento del tasso soglia, e premesso altresì che il tasso soglia è ricavato applicando uno *spread* al TEGM (fissato trimestralmente con i Decreti Ministeriali, sulla base delle rilevazioni di Banca d'Italia, a loro volta effettuate con la metodologia di cui alle Istruzioni della Banca d'Italia medesima), posto che il tasso soglia (così ricavato), quale *dato astratto*, deve essere confrontato con lo specifico *dato concreto* del TEG contrattuale, ne consegue che il raffronto deve essere effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo; sia TEGM che TEG devono, in sostanza, essere calcolati in modo omogeneo.

Il principio appare logicamente e metodologicamente condivisibile.

Cionondimeno stupisce come la questione, pur se effettivamente dedotta nell'ambito della seconda parte del terzo motivo di ricorso, non sia stata considerata assorbita dall'accoglimento della parte prima del motivo medesimo.

In parole povere, se è corretto, come sostiene la Corte, considerare escluse le CMS dal computo dell'usura ante 2010¹², in ragione del quadro normativo *ratione temporis* applicabile, la logica conseguenza dovrebbe essere che le stesse allora non andrebbero -mai- considerate, *punto e basta*, e non ha perciò alcuna ragione d'essere l'indagine ulteriore su una diversa metodologia di computo delle CMS nelle soglie d'usura, che sia nondimeno rispettosa del poc'anzi espresso principio di omogeneità dei valori¹³.

In parte qua la pronuncia, quindi, sconta una prima contraddizione: se è corretto intendere la mera efficacia innovativa dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008, allora il sistema delle fonti delineato dall'art. 2 L. 108/1996 non dovrebbe lasciare spazio a metodologie differenti da quelle presenti nelle Istruzioni di Banca d'Italia; in altre parole, se le CMS si computano nella verifica dell'usura a far data dall'efficacia delle nuove Istruzioni 2009, allora occorre portare il ragionamento sino in fondo, affermando che le CMS ante 2010 non si computano mai, e ciò a prescindere dalla frizione con il comma 4 dell'art. 644 c.p..

Ed invece, in prima battuta, la Corte parrebbe astrattamente aprire alla possibilità di metodologie e formule matematiche alternative a condizione che le stesse siano utilizzate sia per il calcolo del concreto TEG contrattuale, sia del TEGM.

¹² Questione dedotta nel terzo motivo di ricorso, *sub parte prima*.

¹³ Questione dedotta nel terzo motivo di ricorso, *sub parte seconda*.

4.b L'autonomia della CMS e la legittimazione del singolare meccanismo di computo della CMS-soglia di cui alla Circolare del 02/12/2005 della Banca di Italia.

L'adozione di metodologie alternative subisce tuttavia, nello sviluppo motivazionale, un drastico ridimensionamento in relazione al computo della CMS.

In effetti, in tale caso il percorso alternativo non potrebbe essere, secondo la Corte, che quello indicato dalla stessa Banca di Italia.

Se per la Corte, in linea di principio, la CMS va esclusa dal calcolo del TEGM, diversamente deve procedersi per gli addebiti concretamente eseguiti a titolo di CMS e che, pur espressione della pattuita clausola, nel singolo caso specifico ne abbiano determinato il superamento dell'entità "massima" (CMS-soglia, quale entità astratta, determinata sommando uno spread alla CMS-media), con ciò recependo sostanzialmente la singolare tesi della Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005.

Secondo il suddetto provvedimento, implicitamente richiamato dalla Corte, ogni eccedenza della CMS, in concreto praticata, rispetto alle entità massime fissate *pro tempore* dalle Istruzioni della Banca d'Italia, non realizza di per sé un fattore rilevante al fine del superamento del tasso soglia usurario (trattandosi di elemento diverso non calcolabile nel medesimo coacervo di fattori di costo), che va invece rilevato da una valutazione complessiva delle condizioni applicate, e che quindi può conseguire solo da una giustapposizione che, assumendo dal valore percepito di periodo la CMS, e riscontratane in ipotesi il superamento di percentuale rispetto a quella massima (CMS-soglia pari a CMS media aumentata del 50%), vada ad aggiungere tale costo improprio e non dovuto all'interesse propriamente detto, verificando se, per tale via, non sia stato superato in modo indiretto il tasso soglia, per avere questo così oltrepassato lo spread del TEGM, addizionandosi ad un costo che, nella singola vicenda di finanziamento, abbia tuttavia operato non come CMS, bensì come remunerazione sostanzialmente coincidente con l'interesse.

In sostanza, per la CMS opererebbe una sorta di *doppia condizione*, posto che l'usurarietà del rapporto sarebbe riscontrabile solo nel caso in cui la commissione applicata risulti superiore al valore medio di mercato aumentato di uno spread (che all'epoca era pari al 50% del valore medio) ed all'ulteriore condizione che l'eccedenza, reputata per tal motivo assimilabile all'interesse in senso stretto, non trovi capienza nell'importo degli interessi che l'istituto di credito avrebbe potuto applicare senza autonomamente superare il tasso soglia dell'usura.

Con tale peculiare meccanismo, pertanto, nel computo dell'usurarietà del rapporto la CMS rileva solo per la parte eccedente il valore medio di periodo aumentato del 50%.

La pronuncia, pertanto, sconta una seconda contraddizione: se da un lato il sistema delle fonti delineato dall'art. 2 L. 108/1996 (art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008) legittima le Istruzioni di Banca d'Italia, che specificano il contenuto della Legge limitatamente alla rilevazione del TEGM, effettuata per conto del Ministero, dall'altro non è dato individuare quale legittimazione

ricondurre a questa Circolare, che rimane al di fuori della procedura amministrativa dettata dall'art. 2 comma 1 L. 108/1996, ai sensi della quale la Banca d'Italia ha invero soltanto un carattere consultivo (per la rilevazione del TEGM), e che invece addirittura, come è stato evidenziato, introduce due nuovi valori, la c.d. "CMS-soglia" e il c.d. "Margine di interesse"¹⁴ che non hanno precedenti in alcuna norma di Legge e che appaiono, pertanto, manifestamente arbitrari, rappresentando perciò una metodologia del tutto estranea alla disciplina dell'usura prevista dalla legge.

A ciò si aggiunga che la singolare tesi della Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005 muove dal concetto di CMS-media¹⁵, noncurante del fatto che, contrariamente al valore del TEGM, quest'ultimo rappresenta un valore ricavato dai soli casi in cui la CMS è stata effettivamente applicata, mentre il TEGM rappresenta la media statistica di tutti i singoli rapporti in un dato periodo, per categorie omogenee di operazioni, sicché così facendo apre ad un confronto tra due sistemi di computo (TEGM/tasso soglia e CMS-media/CMS-soglia) differenti tra loro, ed anzi, come già osservato da ben più autorevoli commentatori¹⁶, dal loro confronto ne consegue un divario tanto più marcato quanto più ampio è il numero dei rapporti ai quali non è invece stato praticato alcun addebito di CMS.

In parole povere, il correttivo indicato nella Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005 non si cura del fatto che il dato medio del TEGM è disomogeneo al dato medio della CMS-media, sicché la Corte, recependone il metodo di calcolo, con ciò rinnega il principio di omogeneità dei valori, appena affermato.

La pronuncia in esame, quindi, sconta una terza contraddizione: da un lato, si fonda sul principio di omogeneità dei valori per escludere possibili alternative di computo dell'usura rispetto a quelle previste da Banca d'Italia, ma dall'altro, indicando il criterio della CMS-soglia/margine di interesse come l'unico legittimo correttivo al criterio di computo dell'usura TEGM-tasso soglia, con ciò legittima un confronto tra grandezze tra loro disomogenee.

¹⁴ P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, CEDAM 2008: "Quanto al 'margine di interessi' poi, e cioè quel dato – anch'esso privo di alcun riferimento normativo – ottenuto confrontando la CMS percepita in eccesso con l'ammontare degli interessi ulteriori rispetto a quelli praticati in concreto – che l'istituto di credito avrebbe potuto chiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti – si tratterebbe di una sorta di 'zona franca' ulteriore rispetto alla CMS già percepita in eccesso, atta quindi a legittimare prassi bancarie non propriamente lecite e trasparenti per il correntista. Sarebbe un po' come ammettere che sebbene si superi la CMS-soglia, ancora la prestazione non è usuraria e non lo è nemmeno se si presume di poter richiedere un 'non meglio specificato' margine di interesse, consentito a priori, in aggiunta ai 'normali' costi connessi all'erogazione del credito".

¹⁵ Si rileva il TEGM e si calcola il tasso soglia (sommando il TEGM allo spread del 50%), dopodiché si calcola il TEG contrattuale, come da Istruzioni di Banca d'Italia (senza CMS, per il periodo ante 2010). Si assume a parte la CMS-media rilevata (il valore percentuale medio della CMS applicata ai rapporti bancari, su base annua) e si calcola la CMS-soglia (sommando la CMS-media allo spread del 50%). Quindi, mentre gli addebiti per CMS, che rimangono entro CMS-soglia, sono irrilevanti, gli addebiti per CMS, nella misura in cui sono oltre CMS-soglia (cioè solo per l'eccedenza), si confrontano al "margine di interesse" (calcolato per ciascun trimestre sottraendo dagli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere, senza superare la soglia d'usura, gli interessi effettivamente richiesti), e qualora l'eccedenza della CMS rispetto alla CMS-soglia sia inferiore al "margine di interesse" non si determina il supero della soglia d'usura, nel caso inverso, invece, c'è usura.

¹⁶ "Usura e commissioni di massimo scoperto, aspetti penali", DOTT. ROBERTO MARCELLI, presidente ASSO-CTU (Ass. Naz. Consulenti del Tribunale in materia bancaria e finanziaria), in www.almiura.it.

5. Considerazioni conclusive

La Sentenza in commento si inserisce nel risalente dibattito in merito alla legittimità del computo della CMS nella verifica dell'usurarietà del rapporto che, se oggi rappresenta un problema residuale, stante l'inclusione della commissione nel computo dell'usura stabilita dalla novella del 2009, cionondimeno è ancora un problema rilevante nei singoli casi specifici di rapporto, tuttora vigente, ma sorto *ante* 2009.

A sommo giudizio di chi scrive, ed a prescindere dalla qualificazione della novella del 2009 sub specie di norma di interpretazione autentica oppure innovativa, rimane comunque difficile accettare l'idea che la CMS vada esclusa dal computo dell'usura, come invece è sempre stato stabilito nelle istruzioni della Banca di Italia, tempo per tempo emanate ante 2010, dato che la stessa è indiscutibilmente un importante onere connesso all'erogazione del credito.

A prescindere da queste considerazioni, sotto l'aspetto prettamente del diritto positivo, nell'ambito della disputa tra l'opinione di chi caldeggiava l'inclusione della commissione anche per il periodo antecedente al 2010 in ossequio all'art. 644 comma 4 c.p., e chi diversamente ne propugnava la sua esclusione in stretta osservanza delle metodologie di calcolo della Banca d'Italia, la Sentenza in commento prende chiara posizione condividendo quest'ultima opinione, sull'argomentazione che, nel sistema delle fonti, l'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008 avrebbe natura innovativa e non di norma di interpretazione autentica.

Tuttavia, in apparente contraddizione con se stessa, ed evidentemente nella consapevolezza dell'importanza della CMS quale componente fondamentale del costo del credito, nella medesima pronuncia la Corte ritiene nondimeno che detto onere possa comunque essere computato nell'usurarietà del rapporto, anche per il periodo in cui le Istruzioni di Banca d'Italia lo escludevano, ma ciò soltanto in osservanza di una metodologia di calcolo, proposta oltre un decennio fa dall'ente predetto in una propria Circolare, che si riteneva caduta nel *dimenticatoio* perché, a ben vedere, del tutto arbitraria, in quanto avulsa dal complesso della normativa antiusura, e perché include nel calcolo quote del tutto eventuali e marginali della commissione.

Carrara 19/09/2016

Paolo Martini

Avvocato e Dottore Commercialista in Carrara (MS)

Matteo Nerbi

Avvocato in Carrara (MS)