

ANATOCISMO E COMMISSIONI ADDEBITATE **DALLA BANCA AI RAPPORTI DI C/C AI FINI** **DELLA LEGGE SULL'USURA DISPOSIZIONI** **NORMATIVE ED EVOLUZIONE** **GIURISPRUDENZIALE**

di Antonino Pernice

ANATOCISMO.

Anatocismo significa capitalizzare (cioè sommare al capitale di debito residuo) gli interessi calcolati periodicamente. In questo modo, gli **interessi producono altri interessi** e finiscono per essere esponenzialmente sempre più elevati. **In pratica è il calcolo degli interessi sugli interessi, in violazione dell'art.1283 c.c.**

L'anatocismo è attualmente disciplinato in via generale dall'art.1283 c.c. e per i profili bancari nel TUB (art.120, 2^a c., d.lgs. 385/93), oltre che dalla regolamentazione del CICR (Delibera CICR del 09.02.2000).

L'art.1283 c.c. stabilisce che *“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 sempre che si tratti di interessi dovuti da almeno sei mesi”.*

Secondo l'art.1283 c.c., la produzione di interessi sugli interessi, ovvero sulle somme liquidate, alle condizioni pattuite tra le parti, in mancanza di usi contrari, **avviene solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di una convenzione posteriore alla loro scadenza.**

La scadenza degli interessi si realizza tecnicamente, secondo la periodicità pattuita dalle parti (trimestralmente, semestralmente o annualmente), quando la banca *“liquida”* gli interessi attivi e quelli passivi calcolati sui Numeri banca (prodotto tra i saldi per valuta giornalieri per il numero di giorni in cui il saldo ha mantenuto lo stesso importo) e li annota sul conto.

L'annotazione sul conto degli interessi scaduti (cioè maturati nel periodo di liquidazione convenuto) segna il momento in cui essi diventano liquidi ed esigibili.

Se tali interessi vengono annotati nella stessa colonna dei movimenti da cui scaturisce il saldo di periodo, aggiungendosi ad esso, ne costituiscono parte e producono a loro volta interessi debiti o creditori. In questo caso la liquidazione comporta anche la capitalizzazione (e quindi la produzione di ulteriori interessi sugli interessi liquidati ed annotati).

Se invece l'importo degli interessi liquidati viene annotato in una colonna del conto a parte quali *"Interessi dei periodi precedenti"* questi non si cumulano al saldo del conto e pertanto non maturano a loro volta interessi. In questo caso la capitalizzazione non avviene alla medesima scadenza ma viene rimandata *"al giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza"*.

L'annotazione degli interessi scaduti comporta che:

- se la banca annota a debito del cliente interessi scaduti su di un conto che ha saldo disponibile capiente, il credito per interessi della banca è immediatamente estinto e pertanto il cliente ha adempiuto al suo debito per interessi disponendo di somme a credito, che vengono ridotte;
- l'effetto anatocistico si produce quando la banca annota a debito del cliente interessi scaduti su di un conto che non ha un saldo disponibile capiente ovvero che presenta un saldo negativo entro o addirittura oltre il fido.

La Cassazione ss.uu. con sentenza n.21095 del 04.11.2004, ha sancito definitivamente la **nullità delle clausole anatocistiche basate su "usi piazza"** con riferimento ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della Delibera CICR del 2000 (e successivamente per quei casi di mancato rispetto delle prescrizioni della delibera) ed ha fissato il principio secondo cui, riconosciuta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale, non possa essere riconosciuta una capitalizzazione con diversa periodicità né tanto meno una capitalizzazione annuale.

Inoltre, la Cassazione ss.uu., sentenza n.24418 del 02.12.2010, con riferimento a rapporti di c/c svolti (accessi e chiusi) prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 342/99 e della delibera CICR del 2000, ha ribadito la nullità della clausola anatocistica basata su "usi piazza" da cui discende che gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione.

Se quindi l'anatocismo basato sugli "usi di piazza" è stato dichiarato nullo e le banche non lo avrebbero dovuto applicare sin dall'origine del rapporto, **ne**

consegue che il correntista ha il diritto di richiedere che la banca gli riconosca l'effetto economico derivato dalla capitalizzazione.

In pratica, il perito, chiamato a quantificare l'eventuale credito vantato dal cliente verso la banca (nel caso di richiesta di ripetizione dell'indebitato da parte del cliente) o l'esatto credito vantato dalla banca verso il cliente insolvente, andrà ad operare una sostituzione del regime di capitalizzazione composta (utilizzato dalla banca) con quello di capitalizzazione ad interessi semplici, nel quale gli interessi periodicamente liquidati non possono mai venire sommati al capitale ma solo evidenziati a parte in modo da non poter produrre a loro volta ulteriori interessi.

La Cassazione n.15135 del 02.07.2014 ha affermato che *“l'anatocismo trimestrale applicato sul conto corrente viola sempre la legge e non può essere sostituito neanche con anatocismo di diversa periodicità (esempio annuale), anch'esso sarebbe illegittimo”*.

SI EVIDENZIA CHE L'ANATOCISMO GENERATO NEI CONTI CORRENTI CONCORRE ALL'AUMENTO DEL TAEG, e, IL COSTANTE ADDEBITO DEGLI INTERESSI ANATOCISTICI, NEGLI ANNI, PUO' PORTARE AL SUPERAMENTO DEL TASSO SOGLIA USURA.

Se viene riconosciuta la nullità della capitalizzazione, bisogna tenere distinti i calcoli eseguiti per la quantificazione dell'effetto anatocistico (pagato alla banca) che verranno eseguiti al fine di individuare la differenza tra gli interessi maturati sui saldi di conto con e senza la capitalizzazione degli interessi del periodo precedentemente liquidato e quelli eseguiti per la verifica usura che dovranno essere condotti sulla base dei dati effettivi, cioè dei Numeri banca risultanti dagli scalari consegnati dalla banca e delle competenze effettivamente liquidate e addebitate sul conto.

Uniformatasi la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, la **Corte di Cassazione a SS.UU., con sentenza n.21095 del 04.11.2004 e con sentenza n.24418/10, ha riconosciuto l'illegittimità dell'anatocismo (anche per il passato) in quanto prassi contraria alla norma imperativa di cui all'art.1283 c.c. e non trasfusa in un uso normativo.**

Sino al 1999, la giurisprudenza della Cassazione e quella di merito riconoscevano la possibilità per la banca di applicare una capitalizzazione infrannuale degli interessi (anche con diversa periodicità temporale per gli interessi creditori e quelli debitori) e la legittimità degli interessi anatocistici sulla base del fatto che il comportamento della banca veniva collocato tra gli usi di rango normativo e quindi derogatorio delle disposizioni dell'art.1283 c.c.

Le banche agivano sulla base delle norme Bancarie uniformi (determinate dall'ABI) ottenendo, nel tempo, che le stesse venissero percepite come usi negoziali; a questo si aggiungeva la tolleranza da parte della giurisprudenza, del rinvio agli "usi di piazza".

USO NORMATIVO. Secondo la Cassazione le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori precedenti al 1999 non sono mai state rispondenti ad un uso normativo, bensì solo ad un uso negoziale e quindi sono da considerarsi in contrasto con il principio contenuto nell'art.1283 c. c.

L'uso normativo consiste infatti nella "ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico".

In altre parole le clausole anatocistiche sono state accettate non perché gli utenti fossero convinti della loro rispondenza a principi dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto perché **costretti ad accettarle** per poter accedere ai servizi bancari.

Questo atteggiamento psicologico è quindi ben lontano da quella spontanea accettazione che contraddistingue invece la consuetudine intesa come uso comunemente accolto e praticato dalla collettività.

Il "rinvio agli usi contrari" è rimasto intatto fino alla entrata in vigore del d.lgs. n.385/1993 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), che all'art.117, 6^a c., prevede che "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".

QUANDO LA CLAUSOLA ANATOCISMO E' NULLA E QUANDO E' LEGITTIMA.

La prima conseguenza di rilievo arrivò solo nel 1999 quando la Corte di Cassazione, ribaltando un proprio orientamento precedente, con tre sentenze in tema di anatocismo bancario, ha affermato la nullità della capitalizzazione trimestrale, in quanto basata su di un uso negoziale e non su un uso normativo come esige l'art.1283 c.c. (Cass. civ. I, n.2374 del 16.02.99; Cass. civ. III, n.3096 del 30.03.99; Cass. sez. I, n.12507 dell'11.11.99).

Il Legislatore ha cercato di recepire tale orientamento attraverso il **D.Lgs. 342/1999** che, con l'art.25, commi 1,2,3, è intervenuto sull'art.120 del TUB, introducendo una disciplina speciale in materia di anatocismo bancario, che **ha sostanzialmente legittimato l'anatocismo a decorrere dal 22.04.2000** (data di entrata in vigore della delibera CICR 09.02.2000), **purchè la clausola che lo preveda sia conforme alle condizioni dettate dalla delibera CICR (art.2 e 6).**

In particolare, la citata delibera CICR prevede che:

- **art.1:** "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 interesse secondo le modalità e i criteri indicati negli articoli che seguono";
- **art.2:** "nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti". **Il saldo periodico produce interessi secondo lo stesso modo. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori";**
- **art.6:** nel caso di capitalizzazione infrannuale, deve essere specificato il valore del tasso rapportato su base annua con riferimento agli effetti della capitalizzazione.

La citata delibera CICR del 2000, quindi, prevede che:

- a) sia prevista pari periodicità (sia per la banca sia per il cliente) di capitalizzazione degli interessi creditori e debitori (**condizioni di reciprocità**);
- b) sia indicato, oltre che il TAN (Tasso annuale nominale), anche il TAE (Tasso annuo effettivo), vale a dire l'effettivo tasso di interessi creditori e debitori che è conseguenza dell'incidenza sul tasso annuale nominale della capitalizzazione degli interessi alle periodicità previste in contratto;
- c) la clausola anatocistica sia specificatamente approvata per iscritto da parte del cliente, alla stregua delle altre clausole vessatorie, (di cui all'art.1341 c.2, c.c.);
- d) per il periodo successivo al 22.04.2000, la validità della capitalizzazione è vincolata al corretto adeguamento alle disposizioni del CICR, il che comporta di fatto una pattuizione ex novo, come tale soggetta a forma scritta e specifica approvazione da parte del cliente.

Ne discende, in primo luogo, che **la nozione di reciprocità, riferita all'espressione "il saldo periodico produce interessi secondo le**

medesime modalità”, consiste essenzialmente nel fatto che il criterio di calcolo per l’anatocismo deve essere identico per i saldi periodici debitori e per quelli creditori.

Il legislatore del codice civile del 1942, al fine di scongiurare il pericolo che gli interessi divengano usurari e facendo in modo che il debitore conosca quale siano le conseguenze del proprio inadempimento sia che non venga costretto ad accettare l’anatocismo contestualmente alla sottoscrizione dell’obbligazione principale, **ha permesso la “capitalizzazione” degli interessi soltanto nei casi previsti dall’art.1283 c.c. o condizionandola alla sussistenza di usi contrari** (usi normativi, che spesso non sono presenti nei rapporti bancari).

La presenza d’idonei usi contrari (usi normativi) consiste nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un dato comportamento (usus) accompagnato dalla convinzione che si tratta di un comportamento giuridicamente obbligatorio in quanto **conforme ad una norma**.

MODIFICA DELLA DISCIPLINA DELL’ANATOCISMO BANCARIO INTRODOTTO DALL’ART.25, C.2, D.LGS. 342/1999, A CURA DELLA LEGGE DI STABILITA’ 2014.

ANATOCISMO VIETATO. La legge di stabilità 2014 (L. 27.12.2013, n.147), entrata in vigore il 01.01.2014, con il comma 629 è intervenuta a modificare la disciplina dell’anatocismo bancario, introdotto dall’art.25, c.2, d.lgs. 342/99, a parziale deroga di quanto previsto dall’art.1283 c.c..

Infatti, tale comma 629, ha stabilito che “all’art.120 del TUB (d.lgs. 385/93) il comma 2 venisse sostituito dal seguente:

“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 c/c 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”.*

- **La lettera a)** si occupa di garantire la **stessa periodicità** della liquidazione degli interessi sia debitori sia creditori,
- **mentre la lettera b)** **elimina l’anatocismo degli interessi liquidati** (anche se il legislatore ha usato erroneamente il termine **capitalizzati**)

*anziché conteggiati). L'anatocismo è vietato, “**gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre altri interessi**”.*

Si ritiene che la periodicità non riguarda la “*capitalizzazione, nel senso di sommare gli interessi al capitale per poi fruttare altro interesse*” ma il conteggio delle competenze. Cioè sono i conteggi che si devono fare “trimestralmente”, ma, come dice la legge, GLI INTERESSI CALCOLATI NON POSSONO PRODURRE ALTRI INTERESSI.

In pratica la norma prevede che quando vengono contabilizzati gli interessi (giornalmente, mensilmente, trimestralmente, semestralmente, annualmente) questi non devono confluire, come avveniva prima, nella sorte capitale, ma essere contabilizzati a parte, non dando luogo ad alcuna capitalizzazione, creando così un “monte interessi” da liquidazione periodica che non si capitalizza e che, dunque, non va confuso con il capitale principale.

Ovviamente il saldo del conto viene dato dalla somma del capitale con il monte interessi. La prima operazione di versamento del cliente andrà a pagare prima gli interessi e poi il residuo debito capitale.

REGIMI DI CAPITALIZZAZIONE NEL CALCOLO DELL'INTERESSE

Il regime di capitalizzazione è il modo temporale con cui vengono calcolati e addebitati gli interessi, che può essere:

- **Regime dell'interesse semplice:** consiste nel fatto che gli interessi sono calcolati sempre sul debito iniziale; l'interesse prodotto da un capitale dato in prestito è direttamente proporzionale al capitale stesso ed alla durata dell'operazione. In tale regime, la ricchezza feconda è rappresentata soltanto dal capitale inizialmente investito mentre gli interessi via via prodotti restano improduttivi. Nella pratica, è adottato per operazioni di durata generalmente breve (fino ad 1 anno). Nel caso di un rapporto pluriennale, a partire dal secondo anno successivo, trova applicazione il regime dell'interesse composto.
- **Regime dell'interesse composto:** consiste invece nel fatto che gli interessi calcolati e addebitati alla fine di ogni periodo rientrano nella linea capitale, e pertanto nei periodi successivi contribuiranno a produrre nuovi interessi. Nella pratica trova applicazione nel caso di impiego di capitali per periodi di tempo superiori ad 1 anno. L'interesse viene normalmente computato, per il primo periodo, sul capitale originariamente prestato, per i periodi successivi sulla somma del capitale originario più gli interessi dei periodi precedenti. La procedura di

calcolo con la quale gli interessi vengo *trasformati in capitale* ossia resi fruttiferi, è detta comunemente **capitalizzazione** degli interessi ed origina il fenomeno del c.d. **anatocismo**, peraltro espressamente vietato dalla normativa civilistica (art.1283 c.c.).

Per detti motivi, si ritiene che l'interesse da applicare non è quello composto bensì quello semplice come desumibile dall'art.821, 3^a c., del c.c., che recita: *"i frutti civili si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto"*. **Le banche dovrebbero scorporare gli interessi già calcolati e applicare il saggio di interessi solo sulla parte netta di capitale.**

COMMISSIONI ADDEBITATE DALLA BANCA AI RAPPORTI DI C/C.. RISVOLTI OPERATIVI AI FINI DELLA VERIFICA USURA.

Con la L.2 del 28.01.2009, di conversione del D.L. 29.11.2008, n.185, per la prima volta:

- sono state fornite le definizioni di CMS,
- sono stati individuati i casi di nullità e le condizioni per la validità delle pattuizioni.

Infatti, l'art.2bis, L.2/2009 (Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari) prevede che:

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.

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'art.1815 c.c., dell'art.644 c.p. degli articoli 2 e 3 della L. 108 del 07.03.1996. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'art.2 della L.108/96, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 c.p., 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 verra' effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.*

3. *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 150 giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art.118, comma 1, del TUB (d.lgs. 385/93), e successive modificazioni.*

Infatti, per molti anni non è 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 lato l'applicazione talvolta entro l'importo affidato e/o utilizzato, tra l'altro oltre l'affidamento, non ha consentito di inquadrare la fattispecie tra i costi connessi alla disponibilità o tra quelli connessi all'utilizzo effettivo (su cui già gravavano gli interessi debitori).

I criteri di applicazione della commissione sono stati diversi, a partire dalla **base di calcolo** (punta massima di scoperto) e in relazione alle **modalità di individuazione di tale base all'interno del trimestre analizzato (criterio assoluto calcolando la cms sul massimo saldo dare verificatosi nel trimestre, criterio relativo calcolandola sul massimo saldo dare verificatosi nel trimestre purchè faccia parte di una sequenza debitoria ininterrotta di durata superiore ad un numero di giorni predeterminato e/o pari a 10, criterio misto calcolandola sul massimo saldo dare che si è verificato nel trimestre purchè, nello stesso periodo, ci sia stata un'altra sequenza debitoria ininterrotta di durata superiore al numero di giorni predeterminato e/o pari a 10).**

Lo scopo della legge (art.2bis, L.2/2009) era di accrescere la trasparenza e contenere i costi a carico degli utenti dei servizi bancari, anzitutto sancendo la nullità della condizione in quei casi di ingiustificata applicazione riconducibili a:

- 1) saldo cliente a debito per un periodo continuativo inferiore a 30 giorni;
- 2) utilizzi in assenza di fido.

La norma ha finalmente posto le condizioni di validità della cms, individuandole nell'effettivo utilizzo da parte del cliente della somma messa a disposizione.

Infatti, è sancita la nullità delle clausole che ponevano a carico del cliente un onere a fronte della messa a disposizione da parte della banca di un fondo, indipendentemente dal suo effettivo utilizzo, salvo il caso in cui il corrispettivo previsto non fosse stato predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con pattuizione scritta non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente.

Di conseguenza, anche ai fini della verifica della soglia usura, le commissioni comunque denominate che prevedono una remunerazione a favore della banca dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, ovvero nei casi in cui è applicata anche nel limite del fido:

- **è da considerarsi un costo del finanziamento aggiuntivo rispetto agli interessi dovuti e quindi rileva ai fini dell'applicazione dell'art.1815 c.c., dell'art.644 c.p. e degli artt.2 e 3 L.108/96.**

Ai fini della trasparenza, a carico della banca è stato posto l'**obbligo di rendicontazione**, a cadenza massima annuale, delle somme addebitate ed indicazione dell'effettivo utilizzo.

Per i contratti in corso, è stato previsto un adeguamento entro 150 giorni dalla pubblicazione (avvenuta il 28.01.2009). Successivamente la norma è stata abrogata dall'art.27, D.L. 1/2012, conv. in L.27/2012.

Con il D.L. 78 del 01.07.2009 (art.2, 2^a c.), conv. in L.102/2012, il Legislatore è intervenuto (aggiungendo un periodo alla fine del 1^a c dell'art.2bis, L.2/2009) limitando l'autonomia della banca nel determinare la percentuale della retribuzione sulla somma affidata dovuta dal cliente, **prevedendo:**

- un **limite al corrispettivo onnicomprensivo per la messa a disposizione dei fondi che non può superare lo 0,50% per trimestre dell'importo dell'affidamento**. In caso di violazione è sancita la nullità del patto di remunerazione.

Pertanto, per i contratti sorti prima dell'entrata in vigore della L.2/2009, il perito, che è chiamato ad effettuare una verifica sulla validità della commissione applicata:

- **non potrà che attenersi, oltre che alle generali norme di trasparenza, secondo cui tale commissione dovrà essere rintracciata tra quelle indicate nel contratto scritto, anche ai criteri di valutazione dettati dalle successive sentenze di merito.**

Il Tribunale di Mantova, con la sentenza 20.03.2010, n.251, ha chiarito a quali elementi debba essere ricondotta la validità della pattuizione:

- si tratta di verificare l'esistenza e completezza di una specifica previsione contrattuale che ne individui la base di calcolo e la percentuale di applicazione oltre che la periodicità di liquidazione (che dovrebbe coincidere con quella delle altre competenze).

Il Tribunale di Mantova, con la sentenza del 21.04.2007, aveva anche dichiarato l'illegittimità, per nullità di causa:

- della clausola contrattuale che prevedeva l'applicazione della cms anche nel limite di fido. Il giudice ha dichiarato che entro tale limite non sussiste uno scoperto, potendosi di contro ritenere valida quella clausola che prevede una cms in termini di corrispettivo per l'utilizzo da parte del cliente di importi superiori al credito a sua disposizione. La legittimità della clausola è certamente riconducibile alla determinatezza/determinabilità della stessa.

Già la Cassazione, sentenza N.6744 del 12.12.1988, aveva affermato che l'oggetto del contratto può dirsi sufficientemente identificato o identificabile:

- *“quando siano indicati gli elementi essenziali, i quali, logicamente coordinati non lascino dubbi sulla individuazione dello stesso come quello previsto e voluto dai contraenti”*. La validità della clausola è connessa con il rispetto delle più generali norme sulla trasparenza.

Recenti sentenze di merito e dell'ABF (Trib. Piacenza 12.04.11, Tib. Padova 10.06.11, ABF Milano 17.02.11) hanno ribadito che:

- **è nulla la pattuizione di cms che non sia stata specificatamente indicata in tutti i suoi elementi essenziali:** di contro la sua specifica definizione (*in termini di percentuale, periodicità effettiva di applicazione, base di calcolo su cui applicare la percentuale*) ne legittima l'esistenza.

In merito alla **cumulabilità delle commissioni**, la pattuizione in sede contrattuale della commissione messa disposizione di fondi (o di altra commissione sull'accordato) impedisce di prevedere nel contempo la cms o comunque altra commissione sull'utilizzato.

Inoltre, alcune pronunce di merito hanno rilevato il **difetto di valida causa nei casi in cui questa sia stata applicata entro il fido concesso e talvolta senza alcuna specifica predeterminazione dei criteri di calcolo, rendendo così indeterminato l'oggetto del contratto e pertanto nullo.**

Secondo la giurisprudenza di merito, la legittimità della commissione andrebbe riconosciuta soltanto sulle somme utilizzate oltre il limite di fido.

Successivamente all'entrata in vigore dell'art.2bis le banche hanno sostituito le precedenti commissioni con diverse forme di remunerazione (**commissioni fisse per periodo, proporzionali al numero di operazioni o ai giorni di utilizzo**).

Il MEF, su proposta della B.I., ha emanato d'urgenza il Decreto n.644/2012, dettando una **nuova disciplina** relativa alla struttura delle commissioni, prevedendo che, oltre ai tassi debitori sull'ammontare effettivamente utilizzato, siano consentite esclusivamente per:

- gli affidamenti, una commissione onnicomprensiva per la messa disposizione dei fondi, che non può eccedere lo 0,50% dell'accordato per trimestre;
- gli sconfinamenti (scoperti di c.c. e utilizzi extrafido) una CIV, espressa in misura fissa e in valore assoluto, commisurata ai costi.

Alcune decisioni hanno chiarito che **le commissioni si sostanziano in un corrispettivo**, ossia un prezzo che il cliente paga per ottenere un servizio.

Inoltre, è stato sottolineato che nel caso di concessione di credito in assenza di fido o in eccedenza rispetto al fido accordato, **il prezzo per l'utilizzo dei fondi remunera un servizio cui la banca non è contrattualmente tenuta, mentre nelle operazioni di apertura di credito la messa a disposizione della somma è l'elemento caratteristico del contratto.**

La Corte Appello Milano, Pres. dott. Canzio, Rel. dott.ssa Fieconi, 20-10-2014, ha affermato che la CMS va esclusa dal computo del TEG per i rapporti ante 2010, in quanto l'art.2 BIS, Legge 2/2009 non ha valore interpretativo della normativa passata.

Invero, l'art.2 bis della Legge 2/2009, che include le CMS ai fini del calcolo del tasso soglia, si applica solo dal 2010 in avanti, e precisamente per i rapporti sorti successivamente al 01.01.2010.

LA CMS AI FINI DELLA VERIFICA USURA E LE ISTRUZIONI DELLA BANCA D'ITALIA.

La legge 07.03.1996, n.108 (entrata in vigore il 24.03.96) all'art.1, 1^a comma dispone: L'art.644 c.p. è sostituito dal seguente: "ART. 644. - (Usura)., 4^a comma: 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.

All'art.4 1^a comma dispone: Il secondo comma dell'art.1815 del codice civile è sostituito dal seguente: "Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

Invece, B.I., in qualità di Autorità di Vigilanza creditizia e finanziaria, che già con le istruzioni del 2002 escludeva dal calcolo del TEG le cms, con la Circolare 02.12.2005 introduce un meccanismo di considerazione della cms ai fini usura, tale per cui la stessa non viene introdotta negli addendi di calcolo del TEG da confrontare alla soglia, ma viene considerata a latere secondo una misura diversa percentuale.

Lo schema operativo diffuso dalla B.I., basato sulla considerazione che l'entità della cms dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente e che la misura media rilevata della cms, espressa in percentuale, viene riportata in calce nelle tabelle dei tassi, **stabilisce che:**

- il tasso in concreto applicato al rapporto (calcolato secondo le Istruzioni) venga confrontato al tasso soglia di legge;
- la misura massima della cms applicata al rapporto venga confrontata con la cms media rilevata (in calce alla tabella dei tassi) aumentata del 50% (che rappresenta la cms massima applicabile).

L'eventuale superamento della cms applicata rispetto alla soglia (pari a una volta e mezza la cms media rilevata), non determinerebbe, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che andrebbe invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

Questa valutazione complessiva, secondo la circolare, andrebbe fatta considerando la capienza del margine ottenuto dalla differenza tra gli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere e quelli effettivamente richiesti: se tale margine contiene l'eccedenza della cms applicata al rapporto rispetto alla cms soglia, il rapporto non sarebbe da considerarsi usurario, lo sarebbe invece se l'eccedenza della cms superasse il margine anzi detto.

Il **margine** è calcolato, per ciascun trimestre, sottraendo dagli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere, **secondo la formula $interessi = (tasso\ soglia - (oneri \times 100/accordo)) \times Numeri/36500$** quelli effettivamente richiesti (Circ. B.I. 02.12.2005, n.1166966).

Il fatto che la cms non rientri nel calcolo del Teg ma venga rilevata separatamente risulterebbe coerente *“con la circostanza che l'entità della cms dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminare la misura percentuale. Essa, infatti, rappresenta il compenso corrisposto dal cliente in relazione all'onere che l'intermediario sostiene per far fronte all'eventualità che venga aumentato lo scoperto di conto”* (Circ. B.I. 02.12.2005, n.1166966).

Però, è da dire che la legge 108/96 (che ha modificato l'art.644 c.p e l'art.1815, c.c.) non sembra lasciare dubbi di interpretazione nell'indicare l'inclusione nel Teg da confrontare con la soglia di tutti gli elementi connessi al credito.

Occorre considerare che tali dubbi di interpretazione, a partire dal 01.01.2010, sono stati superati:

- **dalle stesse Istruzioni B.I. nel 2009**, con le quali viene stabilita l'inclusione della cms nel Teg da confrontare con la soglia usura,

- **oltre che della L.2/2009** che stabilisce la rilevanza, *“ai fini dell’applicazione dell’art.1815 c.c., dell’art.644 c.p. e degli artt.2 e 3 della L.108/96, degli 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, ai fini della verifica usura”*.

Si evidenzia che la Cass. pen. (sentenze n.12028/2010 e n.46669/2011) ha affermato la necessaria inclusione della cms nel Teg (anche per i periodi ante 01.01.2010), considerato il dettato normativo onnicomprensivo.

In particolare, con la sentenza n.46669/2011, la Cassazione ha precisato che *“anche la cms deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l’utente sopporta in relazione all’utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della B.I. (Circ. 30.09.1996 e successive) in cui si prevedeva che la cms non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.”*.

In senso conforme:

- **sentenza Tribunale Vicenza, 25.03.2013, n.454**, secondo cui *nel tasso effettivo va inclusa la cms e per la valutazione dell’usurarietà di finanziamenti regolati in c.c., il Ctu deve far riferimento alle valute effettive;*
- **corte appello Reggio Calabria 09.09.2010, n.10971**, che muovendo dalla considerazione per cui la cms non costituisce un interesse in senso tecnico, ma una commissione ossia un onere *“che trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività subita dalla banca per dover tenere a disposizione del cliente risorse liquide aggiuntive rispetto all’affidamento concesso”, riprende il percorso motivazionale della sentenza della Cass. pen. N.12028/2010, che ha affermato che l’art.644, 4^a c., c.p., impone di considerare la cms rilevante ai fini della configurazione del reato d’usura. Tuttavia, la stessa Corte di 2^a grado, pur ribadendo la rilevanza della cms ai fini della verifica dell’usura, ha impiegato il criterio della cms soglia per accertare la sussistenza del reato, non ritenendo possibile l’inserimento della stessa nella formula matematica per il calcolo del Teg;*

- **sentenza Tribunale Palmi, 27.11.2007, n.1732**, che, in materia di cms, ha ritenuto che l'art.644, 4^a c., c.p., imponesse di considerarla come elemento potenzialmente produttivo di usura.

È da dire che l'applicazione delle formule dettate dalle Istruzioni B.I. nel corso degli anni spesso conduce a risultati diversi tra loro.

In tali situazioni, il perito deve tecnicamente definire i diversi scenari e verificarne la rispondenza al dettato normativo, fornendo al Giudice i dati perché lo stesso possa accertare gli eventuali elementi di colpevolezza.

PROVVEDIMENTO DI CARATTERE GENERALE N.1166966 DEL 02.12.2005: INTRODUZIONE DELLA CMS/SOGLIA NEL CALCOLO DEL TEG

La B.I., agli inizi del 2006, tenuto conto dei numerosi problemi interpretativi posti dalla L.108/96, che avevano comportato la sottoposizione al vaglio dell'A.G. di un numero crescente di questioni, con maggiori rischi reputazionali per il sistema bancario e finanziario ed elevati rischi operativi, connessi a errate applicazioni della disciplina, ha ritenuto di dover istruire le banche in relazione alla dettagliata metodologia di calcolo della CMS (Prov. N.1166966/2005, pubblicato sul Bollettino di vigilanza n.12 – dicembre 2005 ai sensi dell'art.8 TUB).

In particolare, la B.I. ha introdotto il *parametro della CMS-soglia rispetto al quale verificare l'usurarietà del rapporto tra le parti, ottenuta aumentando del 50% la misura della CMS media pubblicata il trimestre precedente.*

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

Formula del Margine = (Tasso soglia – (Oneri*100/Accordato)*N.D./36500 – Interessi effettivamente richiesti.

CMS E VALORE DELLE CIRCOLARI DELLA B.I.

Al riguardo, una svolta decisiva si è avuta con la **Sentenza n.2683, del 19.12.2011, della Cassazione penale**, secondo la quale:

- “..... anche la CMS deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, **indipendentemente dalle istruzioni o direttive della B.I.** Queste ultime **non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi** e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla B.I. in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive ove illegittime e in violazione di legge, **non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della B.I.**, neppure quale mezzo di interpretazione”.

Si evidenzia che:

- La B.I. svolge funzioni di rilevazione statistica ai fini del calcolo dei tassi di interesse effettivi globali medi che B.I., nella sua veste di organo di vigilanza effettua, per conto del MEF, sin dall'entrata in vigore della legge 108/96.
- La B.I. nell'espletamento della predetta funzione, sebbene non munita di poteri modificativi dei dettami normativi, ha di facto travalicato l'art.644 c.p. e l'art.2, 1^a c., della L.108/96, prevedendo nell'ambito delle istruzioni all'uopo emanate, metodologie di calcolo del TEG che, sino alle Istruzioni del 12.08.2009, hanno escluso dall'elenco degli oneri da calcolare ai fini della rilevazione dei tassi soglia la CMS ed altri oneri connessi all'erogazione del credito.
- Dall'entrata in vigore della L.108/96 ad oggi, le prefate Istruzioni impiegano un algoritmo di calcolo che risulta difforme sia dalle formule di calcolo dell'interesse tradizionalmente impiegate dalla dottrina di matrice accademica che dalle basilari regole matematico-finanziarie.

Pertanto, la B.I. non è intervenuta per dettare proprie norme riguardo alla metodologia di calcolo del TEG né certamente poteva farlo, essa, ha semplicemente definito delle metodologie uniformi per la rilevazione di un dato ai soli fini di rilevazione statistica (appunto quella rilevazione demandatagli dalla Legge 108/96).

Certamente, là dove dette metodologie dovessero essere in difformità dalla legge vigente, ci si dovrà necessariamente attenere alla Legge e non alle "istruzioni" della Banca d'Italia.

La Banca d'Italia, ha emanato le proprie istruzioni sulla rilevazione dei tassi medi praticati dagli istituti di credito, tali istruzioni non hanno rispettato pienamente il Decreto Legislativo sopra riportato con riferimento alle voci da includere.

Nelle prime stesure, infatti, la B.I. riteneva di escludere dalla rilevazione la CMS, ma poi ha dovuto correggere le proprie "Istruzioni" (circolare n. 1166966 del 2/12/2005) inserendo anche tale voce di costo come correttamente prescrive la Legge: ***"remunerazione a qualsiasi titolo"***.

Altra conferma del fatto che, in alcuni casi, le citate istruzioni contrastano palesemente con la lettera dell'art.644, 4^a c., c.p. e con l'art.2, 1^a c., legge 108/96, è rappresentata dall'esclusione prevista nella rilevazione proposta dalla Banca d'Italia di numerosi elementi di costo:

le spese legali e assimilate, gli interessi di mora ed oneri assimilabili, gli addebiti per tenuta conto e servizio incassi e per i servizi accessori, le spese per assicurazioni, la commissione di massimo scoperto.

I criteri da seguire per la determinazione del TEG sono e possono essere soltanto quelli imposti dal 1^o comma dell'art.1 della L. 108/96 che riprendono, quelli seguiti per il calcolo del TAEG previsti dall'art. 122, 1^a c., del T.U. bancario.

La Banca d'Italia non ha né la veste né la funzione di interferire in tale ambito normativo.

In definitiva, anche e soprattutto alla luce di quanto esposto e sancito più volte dalla Corte di Cassazione Penale, è pertanto pacifico e legittimo che **la CMS debba rientrare a pieno titolo nel calcolo del TEG del conto corrente e, per quanto tale, va sommato alla voce "Interessi" della formula adottata per il calcolo del TEG trimestrale del conto corrente.**

Ordinanza del Tribunale di Bergamo Sezione GIP Dr. Adriano Galizzi del 27.01.2004 "per quanto attiene alla CMS, il fatto che di essa non si debba tener conto, in base alle Istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nella rilevazione del tasso effettivo globale medio -TEG- non significa affatto che di essa non si debba tener conto nell'accertamento del superamento o meno del Tasso

Soglia, posto che il quarto comma dell'art. 644 CP dispone che "per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni, a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito".

Ordinanza del Tribunale di Napoli Sezione GIP Dr. Tullio Morello del 26.05.2008 *"E' egualmente impossibile sostenere che le stesse predette qualificatissime persone possano ritenere che, poiché la normativa non prevede che si debba tener conto della CMS nella determinazione del TEG medio operata dal Ministero dell'Economia e dalla Banca d'Italia, della stessa non si deve tener conto nemmeno nell'accertare se il tasso praticato dalla Banca nel caso di specie sia o meno usurario".*

Tribunale Penale di Palmi, nella sentenza n. 1732/07: *"Si è già detto, e non lo si ripeterà, che l'art 644 prescrive di includere, ai fini della valutazione della ricorrenza dell'usura, tutti gli oneri comunque collegati al credito. Si è pure detto che la CMS rientra certamente in questo novero per via delle sue caratteristiche funzionali. Già questo basterebbe poiché si tratta di considerazioni elementari alla portata di chiunque, operi professionalmente nel credito. C'è di più: la Banca d'Italia, pur nel modo che si è visto, ha sempre risposto attenzione su questa voce e ne ha sempre prescritto la rilevazione in quanto rilevante in materia di usura. Anche la banca centrale ha dunque dato, senza alcuna incertezza, un chiaro segnale al mondo bancario fornendogli peraltro, assieme all'UIC e al Ministro dell'Economia, un'indicazione precisa riguardo al fatto che la CMS andasse, per così dire, maneggiata con cura e fosse suscettibile di conseguenze di rilevanza penale. E' allora evidente che interpretazioni volte a banalizzare questi dati- ma ancor prima la logica del sistema costruito dal legislatore- e a trasformare gli operatori del credito in soggetti bisognosi d' istruzioni per non violare la legge, non possono trovare alcuna accoglienza. Chiarito che l'elemento oggettivo del reato (l'usura) ricorre in tutte le fattispecie contestate dall'accusa".*

Tribunale Pordenone, 07 marzo 2012 Giudice Dr. Francesco Petrucco Toffolo (in IL CASO.it, I, 7736 - pubb. 05/09/2012): *In tema di usura, ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale medio (TEG) praticato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della CMS praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile. Il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p. (secondo il quale per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese,*

escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo legato all'erogazione del credito, che ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente. L'ammontare della c.m.s., che – prima del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (art. 2 bis, comma 1) convertito nella legge 28.1.2009 n. 2 - non trova(va) spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali, deve (doveva) necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla Banca d'Italia: rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge; appare conseguente e coerente: a) che, nella rilevazione operata dalla Banca d'Italia la stessa non fosse ricompresa nel calcolo del TEGM; b) che, al contrario, la c.m.s. applicata sia ricompresa nello specifico calcolo del TEG da porre a confronto con la soglia d'usura.

Tribunale Alba, 18 dicembre 2011 - Est. Martinat (in IL CASO.it, I, 6564 - pubb. 03/10/2011): Secondo il chiaro tenore letterale dell'art. 644 comma 3 c.p., sono rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con l'uso del credito. Tra tali oneri rientra quindi anche il costo della polizza a garanzia del rischio morte del mutuatario che abbia ceduto il quinto della sua pensione alla banca. Riguardo all'individuazione dell'elemento oggettivo del reato di usura, la Banca d'Italia assolve alla limitata funzione di fornire dati statistici al Ministero del Tesoro. E' evidente dunque che le opinioni della Banca d'Italia non vincolano il giudice nell'interpretazione della legge.

Corte di Cassazione Penale con tre autorevolissime pronunce rispettivamente nrr. 12028/2010, 28743/2010 e 46669/2011 che hanno sancito in maniera definitiva e tombale che la CMS rientra pienamente nel calcolo del TEG del conto corrente trimestrale. In particolare, la sentenza citata in ultimo **Cassazione penale, 19 dicembre 2011 – 46669/2011 - Pres. Esposito - Est. Chindemi (in IL CASO.it, I, 6799 - pubb. 09/01/2012)**, stabilisce: Anche la CMS deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso

usurario tutti gli oneri che l'utente sopporta riguardo all'utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle istruzioni o dalle direttive della Banca d'Italia nelle quali si prevede che la CMS non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

ABOLIZIONE CMS E INTRODUZIONE DI ALTRE COMMISSIONI

Sebbene il decreto Bersani avesse abolito la commissione di massimo scoperto, la legge n.214 del 22 dicembre 2011 (legge di conversione del d.l. 201/2011) ha introdotto altre commissioni:

- la **CDF** (commissione Messa a Disposizione Fondi), che può essere applicata nella misura massima dello 0,50% trimestrale (2% annuo) calcolato sull'importo del fido concesso, a prescindere dall'utilizzo dello stesso;
- la **CIV** (Commissione di Istruttoria Veloce), che viene applicata a tutti i conti, affidati e non, che al termine del trimestre presentino uno sconfinamento (rispetto al fido concesso, in caso di cliente affidato, o alla disponibilità di conto, per i clienti non affidati) superiore ai €500, e per una durata maggiore ai 7 giorni. Il costo di tale commissione varia da banca a banca e non tutte le aziende di credito la applicano.

In forza della normativa introdotta dal D.L. 185/08 detta commissione è stata dichiarata nulla (e con efficacia immediata per i nuovi contratti di conto corrente) quando:

- il cliente non ha un fido;
- il saldo del conto corrente è in "rosso" per meno di trenta giorni consecutivi;
- per la banca è convenuta nel contratto una remunerazione per la sola messa a disposizione di una linea di credito, a prescindere dall'utilizzo da parte del cliente;
- per la banca è prevista una remunerazione a prescindere dalla durata dell'utilizzo dei fondi da parte del cliente.

La legge di riforma prevede anche delle eccezioni e quindi possono essere previste commissioni di massimo scoperto quando:

- sono approvate per iscritto dal cliente con patto non rinnovabile tacitamente;

- il tasso debitore è riferito per le somme effettivamente utilizzate;
- il tasso debitore è proporzionale all'importo e alla durata del fido;
- al cliente è riconosciuto il diritto di recesso unilaterale.

In alcuni casi poi la banca prevede, per il cliente che va in "rosso" senza fido una commissione giornaliera d'importo prefissato, commisurata all'ammontare dello sconfinamento, oppure, nel caso del cliente che chiede il fido e non lo supera per utilizzo, una commissione onnicomprensiva per la messa a disposizione del fido; oppure la remunerazione per la banca viene ottenuta grazie solamente al tasso d'interesse applicato sugli importi effettivamente utilizzati.

Nel caso poi in cui il cliente chiede il fido e lo supera per utilizzo, in aggiunta alle eventuali commissioni previste per la concessione del fido, sull'importo che va oltre il limite prestabilito la banca fa gravare un tasso di interesse più elevato oppure una commissione giornaliera di importo prefissato e commisurata all'ammontare dello sconfinamento rilevato.

Si evidenzia che **le commissioni bancarie, comunque denominate, rientrano tra gli oneri da includere nel calcolo del tasso usurario**, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, essendo il corrispettivo per l'onere, a cui la Banca si sottopone, per procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente.

In tal senso Tribunale Ascoli Piceno, sentenza del 09.07.2009; Cass. Sez. pen. N.12028/2010; Cass., sez. Il pen., sentenza n. 262/2010; Cassazione Sent. N.46669/2011.

In merito all'applicazione della CIV, la banca deve comunque provare l'espletamento, volta per volta, di un'effettiva istruttoria, senza potersi proteggere con clausole «particolari» (**ABF Roma, n. 3260/2014**).

La CMS rientra nel calcolo del tasso effettivo in quanto, la stessa, essendo stata calcolata dalla banca sulla punta di esposizione massima del c/c nel trimestre assume la identica natura giuridica di interesse aggiuntivo, il tutto, in virtù degli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziale anche della Cassazione Penale n.12028/2010.

Sentenza 18.02.2008 nr. 252 Tribunale di Benevento GI Cusani: *"Riguardo invece alla CMS, si evince che la banca ha di fatto calcolato la CMS nella percentuale indicata sul massimo saldo debitore accumulato per trimestre o frazione di trimestre. Ne deriva che la C.M.S., nel caso in esame, ha sostanzialmente la stessa natura giuridica degli interessi bancari, in quanto risulta essere il corrispettivo ulteriore pagato alla banca per la disponibilità di un bene fruttifero quale è il denaro utilizzato nell'apertura di credito. E dagli*

interessi bancari la C.M.S., come calcolata dalla banca nel caso in esame, differisce solo per il metodo di calcolo, che non è quello della misura aritmetica in base alla quantità e al tempo di utilizzazione delle somme prese a credito, ma è quello della misura percentuale sulla somma massima utilizzata nel periodo di riferimento (trimestre) e per tutti i gironi del periodo di riferimento. Quindi anche con riferimento alla C.M.S. risulta illegittima la capitalizzazione trimestrale, come già detto per gli interessi".

La CMS, essendo un interesse aggiuntivo perchè calcolata sulla punta massima di utilizzo per ogni trimestre solare, e, pagando il correntista già gli interessi debitori quali corrispettivo dell'effettivo utilizzo del conto corrente, rappresenta una mera duplicazione degli interessi, e, per quanto tale stessa è assolutamente priva di una giustificazione tecnico-economica-giuridica.

La CMS, la cui natura è senz'altro da individuarsi come un elemento del costo del danaro che il correntista paga per usufruire di tutto o in parte del fido concesso, deve ritenersi assolutamente una componente da considerarsi ai fini del calcolo del TEG del conto corrente.

A riguardo, è opportuno evidenziare che non possono essere prese in considerazione ai fini del calcolo del TEG le Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia in quanto tale disposto (si ricorda che non è una normativa), emanato come Istruzioni per la Rilevazione del Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) praticato dalle banche ai sensi e per gli effetti della Legge 108/96, consta di due sezioni:

- la prima sezione, reca le istruzioni per la segnalazione,
- la seconda invece, reca le modalità tecnico-operative per l'inoltro delle informazioni raccolte.

Pertanto, è opportuno chiarire che la Banca d'Italia non è intervenuta per dettare "sue norme" riguardo alla metodologia di calcolo del TEG, né, peraltro, aveva i poteri per farlo.

Si evidenzia che i criteri da seguire per la determinazione del TEG sono solo ed esclusivamente quelli dettati dall'art.1 della Legge 108/96 che chiaramente riprendono quelli seguiti per il calcolo del TAEG previsti dall'art. 122, comma 1, del TUB 385/93 resi ancora più rigorosi dalla nuova normativa.

Le predette Istruzioni, emanate dall'organo deputato ex lege alla vigilanza del sistema bancario tout court, sino all'aggiornamento precedente al 2009, sono risultate difformi da quelli che sono i dettati normativi statuiti tassativamente dall'art.644 c.p. e dalla l.108/96, laddove hanno escluso la CMS dal conteggio del TEG, prevedendo la rilevazione separata della stessa, in termini percentuali.

Il comma 1 dell'art.2-bis della L.2/2009, stabilisce le ipotesi di nullità delle clausole contrattuali aventi per oggetto la CMS, nei casi di:

- saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a 30 giorni ovvero nell'ipotesi di utilizzo in assenza di fido (ovvero di uno sconfinamento occasionale non preventivamente pattuito fra le parti);
- pagamento alla banca di una Commissione Messa Disposizione Fondi in favore del correntista, indipendentemente dall'effettivo utilizzo della somma, o che prevedono una remunerazione alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzo dei fondi.

Il comma 2 dell'art.2bis della L.2/2009 prevede che *“gli interessi, le commissioni, le provvigioni derivanti da clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione ... dell'art.644 c.p. e degli artt.2 e 3 L.108/96”*.

Quest'ultima disposizione è stata recepita nelle Istruzioni B.I. pubblicate ad agosto 2009.

L'illegittima esclusione della CMS dal calcolo del TEG, è stata dichiarata anche dalla Cass. Il sez. pen. Sent. N.262/010 del 26.03.2010, la quale ha affermato che:

- *“il chiaro tenore letterale del comma 4 dell'art.644 c.p. impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la CMS, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di c/c, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente”*.

Ancora la Cass. Il sez. pen. n.2683 del 19.12.2011, ha affermato che:

- *“.... Anche la CMS deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della B.I. Le circolari e le Istruzioni della B.I. non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli*

istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla B.I. in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della B.I., neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito".

La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art.644, 4^a c., c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere le remunerazioni a qualsiasi titolo, ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore del credito..... Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla B.I. al riguardo. In termini generali, quindi, l'ignoranza del tasso di usura da parte delle banche è priva di effetti e non può essere invocata quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale (art.5 c.p.).

L'art.27 D.L. n.1 del 24.01.2012 (decreto liberalizzazioni conv. in L.27 del 24.03.2012) ha abrogato i commi 1 e 3 del Decreto anticrisi. Pertanto, le norme ad oggi applicabili sono l'art.117 bis TUB (introdotto dall'art.6 bis del D.L. 201 del 06.12.2011, conv. in L. 214 del 22.12.2011 e modificato dall'art.1, comma 1 bis e comma 1 quater D.L. n.29 del 24.03.2012, conv. in L. 62 del 18.05.2012):

"1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una Commissione onnicomprensiva (che di fatto sostituisce la CMS), calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della Commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i c/c, non può superare lo 0,5%, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.

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

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

L'art.27bis D.L. n.1/2012, conv. in L.27/2012, con le disposizioni correttive introdotte dal D.L. n.29 del 24.03.2012 (Decreto salva banche) ha stabilito che:

- **“Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano Commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'art.117bis TUB, adottate dal CICR”.**

In sintesi, in base alle citate disposizioni (art.117bis TUB e art.27bis DL 1/2012), le aperture di credito concesse dalle banche possono essere remunerate esclusivamente attraverso:

- una **Commissione onnicomprensiva** di varie spese (istruttoria urgente, scoperto di conto, onere per il passaggio a debito nel trimestre) da computarsi sulle somme accordate, tenuto conto della durata dell'affidamento, e, in ogni caso, nel limite massimo dello 0,5% per trimestre (ovvero 2% per anno);
- un **tasso di interesse** da applicarsi alle somme di volta in volta prelevate.

La Manovra Salva Italia ha previsto, accanto alla Commissione onnicomprensiva una seconda **Commissione (detta Commissione Istruttoria Veloce)** determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi, prevista in aggiunta al tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

La CIV trova applicazione in due casi:

- 1) quando il cliente è andato in rosso senza l'autorizzazione della banca "a fronte di sconfinamento in assenza di affidamento". Lo sconfinamento è autorizzato se il cliente ha stipulato con la banca un contratto di apertura di credito in c/c ed è stato affidato;
- 2) quando il cliente è andato in rosso oltre la somma che gli era stata affidata "oltre il limite del fido".
- 3)

ONERI DIVERSI DALLA CMS ESCLUSI DAL CALCOLO DEL TEG

Ricostruzione storica comparata del paragrafo C4 ricompreso nelle Istruzioni per la rilevazione del TEGM e dedicato al trattamento degli oneri e delle spese.

Sino al 2001 sono escluse dal calcolo del TEG:

- le spese di chiusura o di liquidazione degli interessi connesse all'operazione di finanziamento e addebitate al cliente con scadenza periodica (C4, p. 2).

Le Istruzioni del 2006, paragrafo C5, prevedevano:

- la specifica esclusione dal calcolo del TEG: della CMS, definendone altresì la modalità di calcolo in termini percentuali.

Dal 2003 al 2009, sono incluse nel calcolo del TEG (C4, punto b):

- le spese, anche se sostenute per servizi resi da terzi (es. per perizie, certificati camerati, spese postali);
- spese legali ed assimilate (es. visure catastali, iscrizione in pubblici registri, spese notarili, spese relative al trasferimento della proprietà del bene oggetto di leasing, spese notifica, spese legate all'entrata del rapporto in contenzioso);
- oneri applicati al cliente.

Le Istruzioni del 2009 (tutt'oggi in vigore) prevedono che:

- la CMS e gli altri oneri per la messa a disposizione dei fondi rientrano tra le voci da includere nel calcolo del TEG previste dal paragrafo C4, punto

7), mentre il paragrafo C5 concerne la metodologia di calcolo dell'importo erogato per ciascuna categoria di operazioni omogenee.

Solo nel 2009, sono incluse nel calcolo del TEG, le seguenti spese:

- spese di riscossione dei rimborsi e di incasso degli effetti (C4, punto 3);
- spese per servizi accessori, anche se forniti da soggetti terzi, connessi con il contratto di credito (es. spese custodia pegno, perizie, spese postali. Cfr. C4, punto 6);
- oneri per messa a disposizione dei fondi, penali e oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui c/c affidati rispetto al fido accordato e la CMS laddove applicabile secondo le disposizioni di leggi vigenti (Cfr. C4, paragr. 7).

DETERMINAZIONE DEL TASSO EFFETTIVO GLOBALE TRA RISPETTO DELLA LEGGE E ISTRUZIONI DELLA B.I.

L'art. 644, co. 3, c.p. prevede che *"la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"*.

Nel successivo co. 4 stabilisce che: *"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"*.

L'art. 2 L. 108/1996 disciplina le modalità di svolgimento della procedura amministrativa per la determinazione del c.d. tasso-soglia.

Ne consegue che la norma di cui all'art. 644 c.p. si presenta come una norma parzialmente in bianco in quanto per determinare il contenuto del precetto penale è necessario fare riferimento ai risultati di un'articolata procedura amministrativa.

L'art.644 c.p., dopo avere sancito, al 3^a comma, la **riserva di legge** ai fini della determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono usurari, nel comma successivo, ha chiaramente disposto che **per la determinazione del tasso di interesse usurario** si tiene conto delle commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese **collegate alla erogazione del credito**, escludendo da tale computo unicamente le imposte e tasse.

Conformemente il legislatore, con l'art.2, L.108796, ha specificato l'oggetto della rilevazione trimestrale conferita al M.T. (sentiti la B.I. e l'UIC): **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 nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.

I valori medi rilevati, corretti in ragione di eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, pubblicati sulla G.U., costituiscono la base per la determinazione del **limite oltre il quale gli interessi sono usurari**.

Il limite è stato individuato, appunto, nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla G.U. aumentato, fino all'entrata in vigore del D.L. n.70, del 13.05.2011, della metà ed ora di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali.

Sin dalla prima rilevazione successiva all'entrata in vigore della L.108/96 (di cui al d.m. del 22.03.97, pubblicata sulla G.U. del 02.04.97), tuttavia, emerge un divario rispetto a quanto sembrava chiaramente sancito dal legislatore, dal momento che, già con le prime istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura del 30.09.1996, la B.I. indicava agli intermediari di escludere dalla segnalazione del tasso applicato alcune voci di costo, quali, ad esempio, le CMS nei c.c. o gli interessi di mora o per polizza assicurativa o di segnalarle separatamente.

Tale metodologia (riconosciuta errata anche dalla Suprema Corte di Cassazione) veniva, in sostanza, recepita anche dai decreti del M.T. nei quali è contenuta, ex art.2, L.108/96, la rilevazione trimestrale del TEGM: già con il primo decreto del 22.03.97 si precisava, infatti, che *i tassi non sono comprensivi della CMS eventualmente applicata*.

A proposito delle CMS, applicate nei rapporti di aperture di credito su c.c., in effetti la B.I., fino alle istruzioni emanate nell'agosto 2009 (in conformità alla modifica della relativa disciplina ad opera del D.L. 185/2008, convertito nella L.2/2009), indicava alle banche che: *la CMS non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali*.

Ulteriore discostamento rispetto a quanto espressamente previsto dalla legge (art.644 c.p. e art.2, L.108/96) è rappresentato, inoltre, dalla formula di calcolo indicata dalla B.I. nelle s.d. Istruzioni: formula che, di fatto, determina un ridimensionamento del risultato, ossia del TEG applicato nel rapporto, se alcuni oneri e voci di costo per l'utente, pur collegati all'erogazione del credito, non vengono compresi tra gli interessi e rapportati al credito effettivo medio utilizzato, bensì, all'importo affidato o accordato.

La formula, in particolare, è stata così indicata dalla B.I.:

TEG = Interessi*36500/Numeri debitori + oneri*100/Accordato.

Diverso è il risultato cui si perviene qualora si utilizzi la formula che, in ossequio all'unica fonte di legge (art.644 c.p. e art.2, L. 108/96), rapporta gli interessi e ogni commissione, remunerazione e spesa collegata all'erogazione del credito (e, dunque, anche le CMS applicate al trimestre) all'importo effettivamente utilizzato:

TEG = (Interessi+oneri+commissioni) * 36500/Numeri debitori.

Tale formula è stata, tra l'altro, affermata dal **Trib. Pordenone, Giudice Francesco Petrucco Toffolo, sent. 07.03.2012.**

Sull'inidoneità delle Istruzioni della B.I. a derogare all'unica fonte di legge costituita dall'art.644 c.p., oltre ai giudici di legittimità (sentenze del 19.02.2010, n.12028, del 14.05.2010 n.28473, nonché del 19.12.2011 n.46669), si sono pronunciati già i giudici di merito (**Trib. Napoli, sez. GIP, con ordinanza del 21.06.2006**).

Si comprende come, nel caso di rapporti in c.c., il diverso risultato, e, in particolare, il TEG che emerge a seconda che si utilizzi la formula appena menzionata o quella "raccomandata" dalla B.I., sia determinante ai fini del confronto col tasso soglia del trimestre e della valutazione di usurarietà.

Infatti, è utile ricordare che il superamento del tasso soglia, comportando una "**presunzione legale di usurarietà**" (Cass. Pen., sez. II, sent. N.12028 del 19.02.2010), e potendo, dunque, configurare l'elemento oggettivo del reato di usura, può determinare anche all'esito del giudizio civile l'applicazione della sanzione prevista dall'art.1815, 2^a c., del c.c., ossia la "NON DEBENZA DI ALCUN INTERESSE".

Si ritiene che applicando la formula secondo le Istruzioni della B.I. 2009, quando il TEG determinato supera il tasso soglia si ravvisa l'ipotesi di reato di usura "soggettiva", sussistendo i presupposti per la responsabilità personale in capo ai soggetti responsabili pro-tempore della Banca, in quanto i medesimi non hanno osservato neanche le istruzioni interne dettate dalla B.I.

CONSEGUENZE CIVILISTICHE: NON DEBENZA DEGLI INTERESSI.

La L.108/96, oltre a modificare la disciplina del reato di usura di cui all'art.644 c.p. con la previsione della riserva di legge ai fini della determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (art.644, 3^a c., c.p.) ed un meccanismo che, secondo l'intenzione del legislatore, sarebbe dovuto essere tendenzialmente "oggettivo", ha modificato la norma di cui all'art.1815, 2^a c., del c.c..

Nell'ottica di un inasprimento della sanzione quale conseguenza della previsione di interessi usurari, l'originaria norma che prevedeva la conversione al tasso legale è stata sostituita prevedendosi che ***"se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi"***.

Pertanto, accertato il superamento del tasso soglia, CONSEGUE la "non debenza di alcun interesse" nei trimestri in cui si è ravvisata l'usurarietà (Trib. Roma sent. 23.01.2014; Trib. Roma sent. 26.02.2013; Trib. Pescara sent. 13.06.2012; Corte App. L'Aquila sent. 23.03.2012) o, addirittura, la "non debenza" per l'intera durata del rapporto (Trib. Pistoia sent. 20.11.2013) e, dunque, la perdita, da parte della banca, di ogni diritto agli interessi.

21/04/2015

Antonino Pernice