

## COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO ED USURA

Di Federico Pistelli

**SOMMARIO:** 1. Svolgimento del processo - 2. Le questioni di diritto affrontate - 3. Il computo della Cms come problema “storico” - 4. La tesi inclusiva - 5. Il riconoscimento del principio di omogeneità – 6. Conclusioni.

*ABSTRACT.* La pronuncia in commento scrive un nuovo capitolo sul tormentato tema del confronto fra tasso del singolo rapporto e tasso soglia usura. Nel prendere posizione a favore dell’esclusione della commissione di massimo scoperto nei rapporti ante 2010, la Cassazione ribadisce la centralità del principio di omogeneità in contrasto al fenomeno del moltiplicarsi di ricostruzioni del tasso basate su incongruenze dal punto di vista matematico. Qualora il giudice intenda includere elementi non tenuti in conto dalla Banca d’Italia durante le rilevazioni, il tasso così costruito non potrà essere confrontato con il TEGM pubblicato nei decreti ministeriali. Il contrasto alle pratiche dei costi impliciti nei rapporti bancari non può pertanto avvenire snaturando la struttura della disciplina antiusura.

*As a result of the recent motion of the Court, a new chapter has been written about the controversial matter of the comparison between rates in Contracts and threshold’s interests. Court of Cassation sides with the exclusion of “Commissione di Massimo scoperto” (Commission of the maximum overdraft) from any contract ante 2010, claiming the centrality of the Principle of Homogeneity against the tendency towards mathematical miscalculation of rates. In fact, in case the Judge would mean to include elements, that hadn’t been previously considered by Banca d’Italia, during revelations, it would be impossible to confront this form of rate with TEGM, published in Ministerial decrees. Therefore, the usuary system cannot be used as a remedy for the costs implied by the banking’s contracts.*



## 1. Svolgimento del processo.

70 Con la decisione in commento<sup>1</sup> la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi su una vicenda che negli ultimi anni ha creato profonde spaccature in giurisprudenza: il problema dell'inclusione o meno della commissione di massimo scoperto (CMS) nel calcolo del tasso effettivo globale (TEG) e nell'accertamento del superamento del tasso soglia (TSU) nei rapporti di finanziamento bancario. Il caso giunge – per la prima volta dopo la recente normativa di riforma - all'esame della Sezione civile a seguito dell'impugnazione, da parte di un noto istituto di credito, del rigetto del reclamo formulato al giudice fallimentare (ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare) per la mancata ammissione al passivo di crediti relativi a due rapporti di conto corrente. Il Tribunale di Venezia aveva infatti ritenuto che la documentazione prodotta dalla banca non fosse sufficiente a garantire il mancato superamento delle soglie usuarie. Il principio interpretativo che aveva difatti orientato il giudice di merito era quello per cui anche la commissione di massimo scoperto dovesse essere inclusa nel computo degli elementi che vanno a comporre il tasso effettivo globale del singolo rapporto, da confrontare con il tasso soglia. Era stato inoltre espletata una CTU al termine della quale il perito aveva appurato il superamento della soglia per entrambi i conti, con conseguente non ammissione del credito al passivo per violazione dell'art. 1815, c. 2, c.c.

## 2. Le questioni di diritto affrontate.

Il ruolo che la pronuncia della Suprema Corte è destinata a rivestire all'interno del dibattito sul tema dell'usura si concentra essenzialmente su tre punti, in risposta ad altrettanti motivi che hanno fondato il ricorso dell'istituto di credito. In primo luogo, viene ribadita l'estensione del meccanismo sanzionatorio dell'art. 1815, c.2, c.c. oltre gli angusti confini del contratto di mutuo, per il fatto che la legge 28 febbraio 2001, n. 24 (di interpretazione autentica della legge 108/1996) non opera alcuna distinzione in base alla qualificazione del rapporto, ma rivolge il proprio campo di applicazione a tutte le forme di finanziamento bancario in cui siano praticabili interessi di natura usuraria<sup>2</sup>. Con il secondo motivo viene censurato il mancato riconoscimento, da parte del tribunale veneziano, dell'operatività della cd.

*clausola di salvaguardia* la cui funzione sarebbe specificamente quella di ridurre in automatico l'entità del tasso a fluttuazione libera, al tasso soglia. In contrasto con il più recente orientamento diffusosi nella giurisprudenza di merito<sup>3</sup>, il giudice di legittimità conclude nei termini di nullità della suddetta clausola per frode alla legge (ex art. 1344 c.c.), perché questo meccanismo, consistente nel riconoscimento al correntista di una pretesa nei confronti della banca alla restituzione del *plus* rispetto alla soglia, di fatto realizzerebbe un aggiramento di un divieto – quello della pretesa di interessi sopra soglia - imposto da norma imperativa.

## 3. Il computo della CMS come problema “storico”.

La reale portata innovativa della pronuncia si esplica tuttavia in risposta al terzo motivo di impugnazione. Al termine di un'articolata ricostruzione dell'evoluzione normativa che ha interessato la CMS (per approfondimenti, cfr. Marchesi, *Commissione di massimo scoperto e determinatezza della relativa clausola: il frutto maturo della giurisprudenza*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.1, 2015, pag. 24), la Corte certifica la legittimità della prassi di escludere il computo di tale onere fra gli elementi rilevanti per la formazione del TEG, fino al 1 gennaio 2010. Tale scelta è stata portata avanti da parte dei decreti ministeriali sulla base delle Istruzioni emanate da Banca d'Italia, la quale ha da sempre ritenuto di escludere la commissione dal calcolo del TEGM. Questa non si configura difatti come costo diretto per l'erogazione del credito, bensì come remunerazione di una diversa prestazione, identificata di volta in volta nelle attività di gestione della liquidità necessaria per fare fronte alle decisioni di utilizzo del cliente, nel maggior rischio assunto dalla banca per l'incremento dell'esposizione debitoria o anche nelle attività istruttorie aggiuntive per far fronte a richieste improvvise di denaro<sup>4</sup>. L'art. 2 bis del D.Lg. 29 novembre 2008 n. 185<sup>5</sup>, introdotto a seguito delle

<sup>3</sup> Si veda, Tribunale di Roma, ordinanza 21 ottobre 2015, Tribunale di Tivoli, ordinanza 18 febbraio 2015, Tribunale di Napoli, ordinanza 9 gennaio 2014

<sup>4</sup> Per un'analisi chiara delle diverse tipologie di commissione, si veda FERRO-LUZZI, *Ci risiamo. A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto*, in Nuova Giurisprudenza Commentata, V, 2006, pag. 671.

<sup>5</sup> Convertito in Legge 28 gennaio 2009, n.2, *recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*

<sup>1</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12965

<sup>2</sup> Si può parlare, a questo proposito, di vero e proprio orientamento consolidato, ribadito di recente da Cass. 27009/2008, Cass. 9532/2010, Cass. 6550/2013



critiche che nei primi anni del nuovo millennio erano state rivolte alla scarsa trasparenza e alla natura “indefinita” di tale commissione, sembrava aver preso una chiara posizione sulla questione di diritto intertemporale<sup>6</sup>: il limite oltre il quale gli interessi sono usurari resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, «*fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni*». Il punto controverso è circoscritto al solo trattamento delle commissioni praticate dal 1997 al 2009, in quanto per il futuro è la legge stessa a prevedere che tali oneri debbano entrare a far parte degli elementi rilevanti per l'accertamento dell'usurarietà (in forza del generale obbligo di adeguamento per i rapporti in corso, previsto dal comma 3 del medesimo articolo).

#### 4. La tesi inclusiva.

A fronte di questa apparentemente chiara presa di posizione da parte del legislatore del 2009, si è diffuso nella giurisprudenza della Cassazione penale<sup>7</sup> il convincimento per cui, stante la formulazione dell'art. 644, c. 4, c.p. («*per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni [...] collegate all'erogazione del credito*»), si dovesse leggere l'art. 2 bis del D.Lg. 185/2008 come norma di carattere interpretativo, la cui funzione sarebbe stata quella di intervenire per correggere una prassi amministrativa illegittima e ristabilire il principio di omnicomprensività ed inclusività di costi ed oneri. La conseguenza di tale lettura è che la Cms deve venire conteggiata - *ex post* - nella ricostruzione del TEG del singolo rapporto, pur non essendo stata presa in considerazione - *ex ante* - dai decreti ministeriali e dalle Istruzioni di Banca d'Italia nel momento della rilevazione del tasso medio: i dati, così formati, devono poi essere confrontati fra di loro<sup>8</sup>.

#### 5. Il riconoscimento del principio di omogeneità.

È dunque a fronte di questa evidente contraddizione che la Corte, nella pronuncia in commento, accoglie la soluzione opposta della natura innovativa dell'intervento della decretazione d'urgenza; essa manifesta il chiaro intento di introdurre una disciplina più restrittiva sull'applicazione delle commissioni, con efficacia che decorre esclusivamente a seguito di un termine prefissato (il 31 dicembre 2009). A maggior ragione d'altronde la previsione di un *dies a quo* per computare la CMS all'interno del TEGM (art. 2 bis comma 2 D.Lg. 185/2008) apparrebbe priva di significato, qualora la norma avesse il solo scopo di chiarire il contenuto di una disposizione che produce ugualmente i suoi effetti anche per il periodo precedente; già tale considerazione, a detta della Corte, è di per sé sufficiente ad escludere l'inclusione della CMS nel TEG del singolo rapporto, ante 2010. L'argomento fondante della pronuncia è tuttavia quello espresso mediante la riaffermazione del principio di omogeneità come valore fondante del meccanismo di applicazione della cd. *usura oggettiva*; in questi termini, il ragionamento seguito dalla Corte procede con un approccio di tipo logico/matematico. Principio di omogeneità è sinonimo infatti di necessaria simmetria fra metodologie di calcolo del tasso medio e ricostruzione del tasso del singolo rapporto: il giudice che operasse un confronto fra questi due elementi, dei quali il primo rilevato al netto della commissione ed il secondo ricalcolato con l'inclusione della stessa, compirebbe un'operazione, prima che giuridicamente, matematicamente errata. Anche ammettendo che le Istruzioni di Banca d'Italia abbiano escluso in modo illegittimo la CMS per dodici anni di applicazione, non potrebbero essere fatti salvi i risultati della rilevazione “a valle”, se “a monte” il procedimento è affetto da vizi. Quand'anche il giudice intendesse attribuire rilevanza a tale onere per il periodo antecedente la riforma, egli «*sarebbe tenuto a procedere ad una nuova rilevazione del TEGM, sulla scorta dei parametri così ritenuti validi, per poi operare il confronto con il TEG del rapporto dedotto in giudizio*». Si affaccia al riguardo un ulteriore tema - sul quale non si può che offrire uno sguardo generale in questa sede - quello del potere/dovere del giudice, ove rilevi l'eventuale illegittimità dell'atto amministrativo, di effettuare una disapplicazione integrale, ai sensi dell'art.4 dell'Allegato E della legge n. 2248/1865, e non limitata esclusivamente al fine di calcolare il tasso effettivo globale del singolo rapporto mantenendone, però, gli effetti ai fini dell'individuazione del tasso soglia.

<sup>6</sup> Cfr. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art.2 bis Lg. 2/2009 e della Lg. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2010, pag. 182, fasc. 2

<sup>7</sup> Cass. 12028/2010, Cass. 28743/2010, Cass. 46669/2011

<sup>8</sup> Cfr., DI LANDRO, *La Cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso d'interesse usurario: la L.2/09, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo*, in Foro It., anno 2010, parte II, col. 390.

## 6. Conclusioni.

La ricerca di un criterio di confronto omogeneo del tasso medio “astratto” con quello “concreto” del singolo rapporto costituisce un po’ il filo conduttore delle recenti pronunce sul tema dell’usura; la vicenda che ha interessato la commissione non può difatti dirsi dissimile da quella che tutt’ora divide gli interpreti nei riguardi degli interessi moratori<sup>9</sup>. Il problema di fondo è che si è probabilmente cercato di contrastare, con strumenti inadatti allo scopo, la pratica messa in atto dagli istituti bancari di trasfigurare progressivamente le funzioni della commissione, realizzando una discrasia fra la natura di quest’onere ed il suo concreto utilizzo; i dati parlerebbero infatti di un passaggio degli importi della commissione dallo 0,125%, nel periodo precedente l’introduzione della legge antiusura, all’1,25% su base trimestrale nel periodo successivo<sup>10</sup>. La Cassazione non è difatti chiamata ad intervenire direttamente sulla validità del profilo causale della commissione; essa si limita ad affermare come il contrasto a tale pratica non possa avvenire mediante l’indiscriminata inclusione di quest’onere fra gli elementi rilevanti per la ricostruzione del tasso del rapporto, in un periodo nel quale erano gli stessi decreti ministeriali e le «Istruzioni» di Banca d’Italia – giova ricordarlo, vincolanti per gli istituti bancari, a pena dell’applicazione di sanzioni o anche, in casi estremi, di commissariamento – ad escluderlo esplicitamente. Bene, in sostanza, ha operato nel ribadire la prevalenza del principio di omogeneità, evitando il dilagarsi, nella giurisprudenza di merito, di ricostruzioni fondate su errori matematici evidenti (uno su tutti, il fenomeno del cd. cumulo usurario) e facendo salva la coerenza del meccanismo concepito dalla normativa antiusura.



<sup>9</sup> Per un’attenta panoramica, si veda MARCELLI, *L’usura della legge e l’usura della Banca d’Italia, nella mora riemerge il simulacro dell’omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell’art.644 c.p.: finalità accostate ma non identiche*, in Rivista di Diritto Bancario, 3, 2015.

<sup>10</sup> Riportati da CICORIA, *Commissione di massimo scoperto. Ultimo atto?*, in Giustizia Civile, fasc. 6, 2011, pag. 327.