

La CMS va inclusa nel TEG? la Cassazione n. 12965/2016 divide i Tribunali

17 Maggio 2017
Jessica Chiavari

La Cassazione accoglie il principio di omogeneità con Bankitalia (sentenza 12965/2016) ma subito dopo (sentenza 8806/2017) si rettifica antepoendo il principio di onnicomprensività dell'articolo 644 del codice penale.

La rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia usurario rappresenta una tematica che ha generato non poche discussioni in materia bancaria[1]. La questione è stata analizzata dai giudici di legittimità e dalla giurisprudenza di merito dando luogo a pronunce spesso contrastanti tra loro.

La Suprema Corte con la sentenza n. 12965 del 22.06.2016[2] si è recentemente inserita nel dibattito affrontando la *vexata quaestio* della rilevanza (o meno) della commissione di massimo scoperto nel calcolo TEG, per il periodo precedente al 2010.

Sul punto la Corte ha affermato che *“la commissione di massimo scoperto, applicata fino all'entrata in vigore dell'articolo 2-bis Decreto Legge n. 185 del 2008, deve ritenersi in tesi legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dato atto che ciò è avvenuto solo dal 1 gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM; ne consegue che l'articolo 2 -bis del Decreto Legge n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, non è norma di interpretazione autentica dell'articolo 644 del codice penale, comma 3, bensì disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare – per il futuro – la complessa disciplina anche regolamentare (richiamata dall'articolo 644 del codice penale, comma 4) tesa a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari, derivandone che per i rapporti bancari esauritisi prima del 1 gennaio 2010, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante, non debba tenersi conto delle CMS applicate dalla banca ed invece essendo tenuto il giudice a procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, al fine di pervenire alla ricostruzione del tasso -soglia usurario [3]”*.

Dal riconoscimento della natura innovativa dell'articolo 2 -bis[4], comma 2, della legge n. 2 del 2009, rispetto alla normativa previgente, la Cassazione fa derivare che la norma risulta insuscettibile di applicazione retroattiva ovvero che può trovare applicazione solo a partire dalla sua entrata in vigore, con la conseguenza che per i rapporti bancari esauritisi prima del 1 gennaio 2010, per valutare il superamento del tasso soglia d'usura non deve tenersi conto delle CMS applicate dalla Banca.

Dall'applicazione del principio di omogeneità, secondo la Corte, deriva necessariamente una simmetria fra i criteri di calcolo della verifica ex articolo 644 del codice penale e del TEGM, con applicazione delle

Istruzioni della Banca d'Italia periodicamente recepite dai decreti ministeriali, i quali (sino al 31 dicembre 2009) non hanno tenuto conto della commissione di massimo scoperto per determinare il tasso soglia usurario.

Sino all'entrata in vigore della legge n. 2 /2009, *«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 – nella fattispecie storica – e perciò non calcolabile nel medesimo coacervo di fattori di costo, pertanto l'eventuale usurarietà del rapporto bancario può conseguire solo da una giustapposizione che, assumendo dal valore percepito di periodo la CMS e riscontrata in ipotesi il superamento di percentuale rispetto a quella massima, 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[5]»*.

La portata di tale pronuncia ha influito su numerose pronunce della giurisprudenza di merito che ne riprendono pedissequamente i principi e, senza ulteriori argomentazioni, accolgono nella risoluzione di controversie bancarie la soluzione della Suprema Corte[6].

Altre pronunce della giurisprudenza, aderendo alle precedenti sentenze della Cassazione Penale del 2010 e 2011 (Cassazione Penale, sez. II, 26 marzo 2010, n. 12028; 14 maggio 2010, n. 28743; sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669) si sono discostate da quanto affermato da Cassazione Civile del 2016, ribadendo quanto già reiteratamente affermato da parte della giurisprudenza di merito antecedente alla Cassazione in parola[7], che la CMS vada considerata ai fini della determinazione del tasso soglia anche per il periodo precedente le Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009.

In particolare, la Cassazione Penale, 26 marzo 2010, n. 12028, aveva affermato i seguenti principi:

- il chiaro tenore letterale dell'articolo 644 del codice penale, comma 4, impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che il correntista sopporta in connessione con l'uso del credito;

- *“tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente”*; ne deriva che nella determinazione del TEG praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto che utilizza il credito deve tenersi conto anche della c.m.s., se addebitata;

- *“tale interpretazione risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari”*; anche la Suprema Corte fa riferimento all'art. 2-bis, della legge n. 2 del 2009, sopra richiamato, del quale tuttavia riconosce la natura di norma di interpretazione autentica dell'articolo 644 del codice penale, comma 4 *“in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme”* (nello stesso senso Cassazione penale, 19 dicembre 2011, n. 46669 ove si è 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 Banca d'Italia (circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 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*

” e che *“le circolari e le istruzioni della Banca d’Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e... ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d’Italia, 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... prosegue poi affermando che “la materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644 c.p., comma 4) 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 prestatore del credito... concludendo che “Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d’Italia al riguardo”.*

La posizione assunta dalla Cassazione Civile 12965/16 ha, da ultimo, incontrato una pronta rettifica da parte della stessa I Sezione Civile (Cassazione Civile, sez. I, 5 aprile 2017, n. 8806), che, pur non occupandosi direttamente dell’inclusione nella verifica dell’usura delle CMS applicate ai conti correnti ma delle spese assicurative applicate ai rapporti di finanziamento rateale, afferma la necessità di subordinare le Istruzioni della Banca d’Italia alla normativa primaria (art. 644 c.p.), disconoscendo di fatto i principi posti a fondamento della Cassazione n. 12965/ 16.

Nello specifico la Cassazione Civile, 5 aprile 2017, n. 8806, riconoscendo il carattere di **onnicomprendività** fissato dall’articolo 644 del codice penale, nega i principi di omogeneità e simmetria che avevano contraddistinto la pronuncia del 2016 ed afferma che *“la normativa di divieto dei rapporti usurari - così come in radice espressa dall’articolo 644 del codice penale, nella versione introdotta dalla legge n. 108/1996, nel suo art. 1 considera rilevanti tutte le voci del carico economico che si trovino applicate nel contesto dei rapporti di credito (...) Del resto, non avrebbe neppure senso opinare diversamente nella prospettiva della repressione del fenomeno usurario, l’esclusione di talune delle voci per sé rilevanti comportando naturalmente il risultato di spostare - al livello di operatività della pratica - la sostanza del peso economico del negozio di credito dalle voci incluse verso le voci escluse”.* La Suprema Corte precisa che *“detto carattere «onnicomprendivo» per la rilevanza delle voci economiche - nel limite esclusivo del loro collegamento all’operazione di credito - vale non diversamente per la considerazione penale e per quella civile del fenomeno usurario. L’unitarietà della regolamentazione – così come la centralità sistematica della norma dell’articolo 644 per la definizione della fattispecie usuraria sotto il profilo oggettivo, che qui specificatamente interessa – si trova sottolineata, del resto, dallo stesso fatto che la legge n. 108/1996 viene a considerare pari passu entrambi questi aspetti (cfr., in particolare, la disposizione dell’art. 4)”.*

Da tali premesse fa discendere la subordinazione all'articolo 644 del codice penale delle disposizioni esecutive del MEF e della Banca d'Italia: *“La centralità sistematica della norma dell'articolo 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia”*.

Con riferimento alla specifica fattispecie oggetto di esame, la Cassazione ha quindi coerentemente valutato l'esclusione delle spese di assicurazione dal calcolo usurario antitetico al disposto dell'articolo 644 del codice penale, nonostante sia fondata sul presunto dettato delle Istruzioni della Banca d'Italia vigenti all'epoca, ribadendo che *“in relazione alla ricomprensione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che la detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa e l'erogazione”*.

Tornando alle reazioni della giurisprudenza di merito alla menzionata Cassazione n. 12965/16, più Tribunali sono rimasti sulle posizioni enunciate dalla Cassazione Penale nel 2010 e 2011, sostenendo la necessità di includere le CMS nella verifica anche prima dell'entrata in vigore delle Istruzioni '09. In particolare **il Tribunale di Torino, con una sentenza del 3 gennaio 2017, giudice dott.ssa Cecilia Marino**, ha affermato che quanto sostenuto dalla Cassazione 12965/2016 genera un *“grave contrasto”* con il consolidato orientamento della Cassazione Penale, sopra richiamato, e che *“ il primo punto di critica alla Cassazione 12965/2016 è che il precetto normativo è quello indicato dall'articolo 644 del codice penale comma IV e non dalla prassi che l'ha attuato.*

Un'interpretazione quale quella della citata sentenza va a stravolgere un principio base del nostro ordinamento, ossia la prevalenza della legge sulla fonte secondaria; secondo la Corte invece la legge sarebbe assoggettata alle mutevoli decisioni di organi amministrativi nonché a formule matematiche applicative oggetto di pesanti critiche. Si ritiene corretto che la legge venga interpretata secondo i normali canoni ermeneutici quale si presentava prima dell'intervento correttivo; ora nessun interprete può seriamente sostenere che la commissione massimo scoperto non fosse chiaramente indicata nell'articolo. 644 del codice penale, il quale contiene anche quale inciso di chiusura il termine “remunerazioni a qualsiasi titolo”. Non c'era che da applicare il brocardo “in claris non fit interpretatio”. Il giudice di merito continua precisando che ai sensi dell'articolo 2 della legge n.108[8] “la funzione del D.M. consiste nel fotografare l'andamento dei tassi medi di mercato, praticati da banche e intermediari sottoposti a vigilanza (comma 1), distinti per classi omogenee di operazioni tenuto conto “della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie” per i fini indicati dalla legge. Il TEGM rappresenta un indicatore fisiologico medio del mercato...e che “Avendo dunque la Banca d'Italia approntato una metodologia di rilevazione del costo fisiologico del denaro, l'aggregato dei costi ricompresi nella formula TEG, impiegata per la determinazione del TEGM, può non esaurire tutti i possibili costi che rispondono al principio dettato dell'articolo 644 del codice penale e che devono essere viceversa ricompresi nella verifica di usura della singola operazione di credito, fisiologica o patologica che sia. Da ciò consegue che la commissione di massimo scoperto va considerata uno degli elementi che rientrano nello spread tra TEGM e tasso soglia previsto dalla norma, mentre deve essere computata nel Teg”

. Infine conclude “*Le Istruzioni della Banca d’Italia sono rivolte alle banche e agli operatori finanziari per rilevare il TEGM, ma non sono dirette a stabilire i criteri di individuazione del teg e non possono vincolare il giudice nell’ambito del suo accertamento di tale dato applicato alla singola operazione secondo i criteri di legge*”.

Allo stesso modo, il **Tribunale di Udine con sentenza n. 23, 4 gennaio 2017**, ha precisato che “*Le Istruzioni della Banca d’Italia sono rivolte alle Banche e agli operatori finanziari per rilevare i dati sulla base del quale il MEF emana trimestralmente il decreto nel quale indica il TEGM e il conseguente tasso soglia ai fini dell’usura*”. Ai fini della determinazione della fattispecie di usura, il chiaro tenore letterale dell’articolo 644, comma 4 del codice penale (secondo il quale 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 all’erogazione del credito) comporta l’inefficacia normativa e anche precettiva nei confronti del giudice delle Istruzioni della Banca d’Italia. Le modalità di calcolo del TEG stabilite dalla legge n. 108/96 non possono essere derogate e integrate dalla Banca d’Italia (***né la legge nè alcuna altra fonte di diritto abilitano la Banca d’Italia a derogare o integrare quanto previsto dalla legge n. 108/1996 per stabilire le modalità di calcolo del TEG***). Il giudice di merito prosegue affermando chiaramente che il ragionamento sostenuto di recente dalla Cassazione numeri 12965/2016 e 22270/2016 “*pare irrilevante sul piano del diritto oggettivo. La verifica di usurarietà o meno di un TEG, da effettuarsi mediante il procedimento di comparazione con il tasso-soglia di cui al D.M relativo al periodo interessato, è infatti strettamente ancorata ad un parametro di natura oggettiva (non matematica), costituito appunto dal dato fissato dal D.M.; la norma integratrice della fattispecie penale di cui all’articolo 644 del codice penale, con riflessi anche civilistici, è costituita dall’articolo 2 della legge n. 108/1996, e quest’ultima fa esclusivo riferimento al dato contenuto nel provvedimento amministrativo pertinente. L’effetto legale d’usura si determina se il TEG (computato come per legge, e non come vuole la Banca d’Italia) supera il tasso soglia per come rilevato e cristallizzato con apposito provvedimento amministrativo... In definitiva, anche per il periodo anteriore al 2009, per accertare se vi è stato superamento del tassosoglia non si deve ricostruire il TEG concreto secondo le istruzioni della Banca d’Italia, ma secondo la legge, per poi raffrontarlo col TEGM fissato ufficialmente; è dal punto di vista giuridico del tutto irrilevante sia l’illegittimità del procedimento di raccolta dei dati sia la disomogeneità matematica dei valori in gioco. Né si può affermare che l’aver seguito le istruzioni impartite giustifica a posteriori il contegno tenuto. Infatti ogni operatore bancario conosce bene sia la disposizione di legge, secondo cui il TEG si costruisce sommando tutte le remunerazioni di ogni tipo, sia l’entità del TEGM fissato nel periodo di riferimento, sia il fatto che il superamento del tasso-soglia è comunque vietato; le istruzioni della Banca d’Italia non possono abrogare né derogare all’art. 644 c.p. La stessa Suprema Corte nel settore penale (Cass. pen. n. 46669/2011) ha affermato che le istruzioni della Banca d’Italia per il rilevamento periodico dei tassi non costituiscono norme alle quali le banche e gli operatori finanziari debbono attenersi nella loro pratica quotidiana; esse, se illegittime o errate, debbono senz’altro essere disattese né consentono di ritenere penalmente scusabile l’errore posto in essere osservandole...Nel TEG vanno ricompresi il tasso di interesse applicato, tutte le spese, le commissioni di massimo scoperto e le varie altre commissioni collegate alla disponibilità del credito*”.

Risulta al pari degno di rilevanza quanto affermato dal **Tribunale di Torre Annunziata, con sentenza 2418, 29 settembre 2016**, il quale ha sostenuto che la c.m.s. vada ricompresa nel calcolo del TEG anche per il periodo anteriore all’ 1 gennaio 2010, come commissione collegata all’erogazione del credito e quindi rilevante per la determinazione del tasso usurario, secondo la definizione fornita dall’art. 644 c.p. e

che l'art. 2 bis, comma 2 della Legge 2/2009 (secondo il quale "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...sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3 della L. 108/96") vada considerato disposizione di interpretazione autentica dell'articolo 644 del codice penale, comma 4, in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo la prassi amministrativa erronea, indicata nelle Istruzioni della Banca d'Italia anteriori all'agosto 2009, che escludeva la c.m.s. dal TEG. Inoltre ha precisato che *"nell'affermare espressamente l'inclusione di qualsiasi remunerazione nel calcolo del tasso effettivo globale, l'articolo 2-bis della Legge n. 2 del 2009 "ha mera valenza chiarificatrice di un dato che era già contenuto nella legge sull'usura (determinazione del costo del denaro con riferimento a tutte le remunerazioni), cosicché il vincolo imposto al Ministro per l'emanazione della regolamentazione transitoria si risolve nel mantenimento della disciplina vigente e quindi del dettato onnicomprensivo dell'articolo 644 del codice penale... diversamente si arriverebbe a sostenere che il Ministro può modificare (con efficacia retroattiva) una legge penale, stabilendo per il pregresso le soglie dell'usura" (così ord. 21- 30/3/2014 Corte App. Cagliari, sez. distaccata Sassari); e che i criteri di determinazione del tasso usurario sono, dunque, individuati direttamente dall'articolo 644, 4 comma, codice penale ("si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito") che, al pari dell'articolo 2, Legge n. 108 del 1996, è norma di rango primario, non derogabile dalla fonte di rango secondario, come le Istruzioni della Banca d'Italia e i Decreti Ministeriali, che, nell'escludere dal calcolo del tasso di interesse usurario la c.m.s (indiscutibilmente rientrante tra gli oneri funzionalmente collegati all'erogazione del credito), si pongono, quindi, in contrasto con il dettato legislativo; infine che tale contrasto non può che essere risolto affermando la prevalenza della norma di rango primario.*

L'orientamento espresso trova conferma anche nelle seguenti pronunce, tutte in senso conforme a quanto affermato dalla Cassazione Penale: *ex multis*, Tribunale di Arezzo, 9 febbraio 2017, n. 184; Tribunale di Vicenza, 30 gennaio 2017, n. 401; Tribunale di Alessandria, 21 novembre 2016, n. 1031; Tribunale di Firenze, 15 novembre 2016, n. 3798; Tribunale di Reggio Emilia, 4 novembre 2016, n. 1445; Tribunale di Padova, 3 novembre 2016, n. 3018; Tribunale di Avezzano, 29 settembre 2016, n. 1019; Tribunale di Sassari, 12 settembre 2016, n. 1200; Tribunale di Padova 12 settembre 2016, n. 2502; Tribunale di Palermo, 2 settembre 2016, n. 4307; Tribunale di Cremona, 30 agosto 2016, n. 601.

APPENDICE: RASSEGNA DI ALTRE SENTENZE CONFORMI ALLE CASSAZIONI PENALI 2010 E 2011

Tribunale di Arezzo, 9 febbraio 2017, n. 184: “La c.m.s. va ricompresa nel calcolo del TEG anche per il periodo anteriore all’ 1 gennaio 2010, come commissione collegata all’erogazione del credito e quindi rilevante per la determinazione del tasso usurario, secondo la definizione fornita dall’art. 644 c.p.. L’art. 2 bis, comma 2 della Legge 2/2009 (secondo il quale “*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...sono comunque rilevanti ai fini dell’applicazione dell’art. 1815 c.c., dell’art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3 della L. 108/96*”) è disposizione di interpretazione autentica dell’art. 644 c.p., comma 4, in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo la prassi amministrativa erronea, indicata nelle Istruzioni della Banca d’Italia anteriori all’agosto 2009, che escludeva la c.m.s. dal TEG”.

Tribunale di Vicenza, 30 gennaio 2017, n. 401: “Si devono preferire alle Istruzioni della Banca d’Italia (*aventi valore integrativo*) le norme di cui alla legge 108/96 e all’art. 644 c.p. (*aventi valore di legge ordinaria*) per la determinazione del tasso di interesse usurario applicato al conto corrente; *ai fini della determinazione del tasso di interesse usurario si deve tener conto anche delle commissioni bancarie, delle remunerazioni richieste a qualsiasi titolo e delle spese, ad esclusione di quelle per imposte e tasse collegate all’erogazione del credito*” (Cass. pen. 12028/2010).

Tribunale di Alessandria,, 21 novembre 2016, n. 1031: “La c.m.s. va ricompresa nel calcolo del TEG anche per il periodo anteriore all’ 1 gennaio 2010, *come commissione manifestamente collegata all’erogazione del credito e quindi rilevante per la determinazione del tasso usurario, secondo la definizione fornita dall’art. 644 c.p.*; le istruzioni della Banca d’Italia e la norma primaria (art. 644 c.p.) rispondono a funzioni diverse, in quanto individuano rispettivamente la formula impiegata per la rilevazione del TEGM e del TEG e nel caso di un’eventuale contrasto tra le fonti si dovrà disapplicare la fonte secondaria, in quanto *la legge non autorizza la Banca d’Italia o il Ministro a determinare con effetti vincolanti l’aggregato di costi rilevante ai fini del TEG*”.

Tribunale di Firenze, 15 novembre 2016, n. 3798: “Nel contrasto tra le Istruzioni fornite dalla Banca d’Italia (così come i decreti emanati in attuazione di quelle) e i principi giuridici espressi dalla legge n. 108/1996, quest’ultima in quanto norma primaria è destinata a prevalere sulle prime, in quanto atti integranti fonti di rango secondario o addirittura qualificabili quali atti amministrativi generali, come tali privi di natura normativa. La c.m.s. va ricompresa nella verifica ex art. 644 c.p. anche per il periodo anteriore all’1 gennaio 2010, *costituendo o un interesse mascherato se applicato sull’utilizzato o la remunerazione della somma messa a disposizione se calcolata sull’affidato*”.

Tribunale di Reggio Emilia, 4 novembre 2016, n. 1445: In conformità con quanto stabilito dalla Cassazione penale 12028/2010 e 28743/2010 “*nella determinazione del tasso di interesse, al fine di verificare se sia stato posto in essere il delitto di usura, occorre tener conto, ove il rapporto finanziario rilevante sia con un istituto di credito, di tutti gli oneri imposti all’utente in connessione con l’utilizzazione del credito e quindi anche della commissione di massimo scoperto che è costo indiscutibilmente collegato all’erogazione del credito*” a prescindere dal fatto che essa fosse stata considerata dalla Banca d’Italia nelle proprie Istruzioni per la rilevazione del TEG e quindi valutata dal Ministero nella rilevazione del TEGM.

Tribunale di Padova, 3 novembre 2016, 3018: ai sensi dell’art. 1 della legge 108/1996 “*per la determinazione del tasso di interesse usurario applicato nel conto corrente bancario si tiene conto ai sensi dell’art. 644 c.p. delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito*“, non essendo applicabile per la verifica ex art. 644 c.p. la metodologia indicata dalla Banca d’Italia nelle proprie Istruzioni agli

intermediari finanziari; nel caso siano presenti condizioni di usura ne discende la nullità ex art. 1815 c.c.”.

Tribunale di Avezzano, 29 settembre 2016, n. 1019: “la CMS può essere definita come un costo collegato all’erogazione del credito, *in quanto ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo per l’onere, a cui l’intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista liquidità e tenerla a disposizione del cliente*; ne consegue che *nella determinazione del TEG praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della CMS*”.

Tribunale di Sassari, 12 settembre 2016, n. 1200: “La c.m.s. deve essere ricompresa nel calcolo del TEG anche per i contratti la cui vigenza si è svolta nel periodo anteriore all’ 1 gennaio 2010, come commissione collegata all’erogazione del credito e quindi rilevante per la determinazione del tasso usurario, secondo la definizione fornita dall’art. 644 c.p.”.

Tribunale di Padova, 12 settembre 2016, n. 2502: “Per la determinazione del TEG si tiene conto degli interessi, delle commissioni di massimo scoperto e di tutti gli oneri addebitati dalla banca connessi all’erogazione del credito fatta eccezione per imposte e tasse; l’art. 1 della legge 108/96 stabilisce 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*. Se il metodo di calcolo previsto nelle Istruzioni della Banca d’Italia non prevede la c.m.s., non essendo rispettoso del dettato normativo, non deve essere applicato, in quanto una circolare della Banca d’Italia non può derogare ad una norma di legge”.

Tribunale di Palermo, 2 settembre 2016, n. 4307: “Ai fini della determinazione del tasso di interesse usurario, deve tenersi conto anche delle commissioni bancarie, delle remunerazioni richieste a qualsiasi titolo e delle spese, ad esclusione di quelle per imposte e tasse collegate all’erogazione del credito. La natura e la funzione della c.m.s. non si discosta da quella degli interessi anatocistici, essendo entrambi destinati a remunerare la banca dei finanziamenti; l’art. 644 c.p. impone di verificare l’usurarietà del corrispettivo per la dazione del denaro ricomprendendo in esso oltre la misura dell’interesse nominale, ogni commissione o remunerazione a qualsiasi titolo collegata all’erogazione del credito e le spese, escluse solo quelle per imposte e tasse”.

Tribunale di Cremona, 30 agosto 2016, n. 601: Ai fini della determinazione della fattispecie di usura, il chiaro tenore letterale dell’art. 644, comma 4 c.p. (secondo il quale *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 all’erogazione del credito*) comporta l’inefficacia normativa e anche precettiva nei confronti del giudice delle Istruzioni della Banca d’Italia. *Ai decreti ministeriali spetta unicamente, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio Italiano Cambi, il compito di rilevare trimestralmente il TEGM “oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art. 644, comma 3, c.p.) ovvero il tasso “fisiologico” di mercato, costituito dalla media dei tassi originariamente impiegati dagli intermediari finanziari*. Ai fini dell’accertamento del superamento del tasso soglia va effettuata la comparazione tra tasso effettivo e tasso soglia risultante dalle pubblicazioni trimestrali. Il TEG applicato alla singola operazione va accertato dal giudice, anche ai fini dell’usura civilistica, sulla base dell’art. 644 c.p., essendo prive di efficacia le Istruzioni emanate dalla Banca d’Italia per la rilevazione statistica del tasso medio.

[1] Sin dalla prima versione delle Istruzioni emanate nel 1996, la Banca d’Italia ha indicato agli Intermediari di non includere nei tassi da comunicare per la rilevazione del TEGM le commissioni di massimo scoperto, curandone una rilevazione separata. Tale indirizzo è stato mantenuto fino alla versione delle Istruzioni emanata nell’agosto 2009, in cui invece, a seguito delle indicazioni contenute nella l. 02/09,

la Banca d'Italia ha incluso tra gli oneri le commissioni di massimo scoperto.

[2] Una seconda sentenza, di pari contenuto, è intervenuta il 3 novembre 2016, n. 22270.

[3] Nella stessa sentenza la Corte affronta la problematica della legittimità ed efficacia (o meno) della clausola di salvaguardia, affermando che *“in tema di contratti bancari, 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, previsto per il contratto di mutuo dall'art. 1815 c.c., comma 2”*. La Corte, inoltre, ha precisato che l'articolo 1815 c.c. si applica anche ai contratti diversi dal mutuo, affermando che *“la pattuizione di interessi usurari non è, infatti, eventualità che si verifica nei soli contratti di mutuo, bensì in qualsivoglia contratto avente funzione creditizia al quale può essere associata la corresponsione di interessi, compresa dunque l'apertura in conto corrente”*.

[4] *“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.*

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 fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni

Comma 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 centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”.

[5] La soluzione prospettata dalla Cassazione per l'inclusione della CMS ricalca quanto suggerito dalla Banca d'Italia nella nota del 2/12/05 in cui è stato introdotto il concetto di "CMS soglia": *Commissione di massimo scoperto*

Le "istruzioni per la rilevazione" prevedono (al punto C3) che - per le operazioni di apertura di credito in conto corrente, di finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e di factoring - il tasso effettivo globale (TEG) si ottiene sommando gli interessi, rapportati ai saldi liquidi con gli oneri, calcolati in percentuale sull'accordato.

In base al successivo punto C5 la commissione di massimo scoperto (infra CMS) non rientra nel calcolo del TEG ed è rilevata separatamente; la misura media rilevata, espressa in termini percentuali, è riportata in calce nelle tabelle dei tassi. La scelta è 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 predeterminarne 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.

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

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

L'individuazione di eventuali superi richiede l'attivazione di interventi per la loro eliminazione prima della relativa applicazione alla clientela. Peraltro, l'applicazione di commissioni che superano l'entità della "CMS soglia" non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

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

[6] Cfr. *ex multis*, Tribunale di Messina 16 febbraio 2017, n. 445; Tribunale di Napoli, 16 febbraio 2017, n. 1924; Tribunale di Teramo, 14 febbraio 2017, n.121; Tribunale di Milano, 25 gennaio 2017, n. 916; Tribunale di Bergamo, 23 gennaio 2017, n. 154; Tribunale di Avellino, 12 gennaio 2017, n. 56; Tribunale di Napoli, 4 gennaio 2017, n. 99; Tribunale di Cosenza, 3 gennaio 2017, n. 18; Tribunale di Avellino, 6 dicembre 2016, n. 2676; Tribunale di Roma, 3 dicembre 2016, n. 22520; Tribunale di Pescara, 29 novembre 2016, n. 1959; Tribunale di Sassari, 25 novembre 2016, n. 1600; Tribunale di Cosenza, 16 novembre 2016, n. 2420; Tribunale di Roma, 4 novembre 2016, n.20537; Tribunale di Cosenza, 12 ottobre 2016, n. 2133; Tribunale di Napoli, 12 ottobre 2016, n. 11128; Tribunale di Lecco, 4 ottobre 2016, n. 621; Tribunale di Napoli, 26 settembre 2016, n. 10375; Tribunale di Bergamo, 9 agosto 2016, n. 2531; Tribunale di Avellino, 7 luglio 2016, n. 1700.

[7] Cfr. *ex multis*, Tribunale di Cagliari, 4 gennaio 2016, n. 6; Tribunale di Torino, 11 febbraio 2015; Tribunale di Torino, 12 novembre 2014; Tribunale di Torino, 31 ottobre 2014; Corte di Appello di

Cagliari, 31 marzo 2014; Tribunale di Roma, 18 dicembre 2013; Tribunale di Arezzo, 30 maggio 2013; Tribunale di Vicenza, 25 marzo 2013, n. 454; Tribunale di Macerata, 11 marzo 2013, n. 334; Tribunale di Catanzaro, 7 febbraio 2013; Tribunale di Arezzo, sez. penale, 29 gennaio 2013, n. 519; Tribunale di Brindisi, 9 agosto 2012; Tribunale di Padova, 26 luglio 2012, n. 2000; Tribunale di Taranto, 28 giugno 2012; Tribunale di Pordenone, 7 marzo 2012.

[8] ART. 2 Legge 108 del 7 marzo 1996:

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

2. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

3. Le banche e gli intermediari finanziari di cui al comma 1 ed ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei tassi previsti nei commi 1 e 2.

4. Il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà.

TAG: banca, contratti, Diritto bancario, civile, diritto dei contratti e delle obbligazioni

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.