ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Carlo Attanasio, Tania Bortolu,
Pierangelo Buongiorno, Massimiliano Fadda,
Maurilio Felici, Domenico Giurato,
Roberta Guainella, Sabrina Lo Iacono,
Anna Maria Mancaleoni, Raimondo Motroni,
Luigi Nonne, Rosanna Ortu,
Leandro C. Ruggiero, Giovanni Maria Uda

XXIV

2019-2

Luglio - Dicembre

INSCHIBBOLETH

Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari

Archivio Giuridico Sassarese

Rivista internazionale di diritto privato antico e contemporaneo

Direttore scientifico

Giovanni Maria Uda (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna Ortu (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco Capriglione (Università LUISS "Guido Carli" – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio Colombo (Università di Sassari); José Ramón De Verda y Beamonte (Università di Valencia); Andrea Di Porto (Sapienza Università di Roma); Gabor Hamza (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore Patti (Sapienza Università di Roma); Christoph Schmid (Università di Brema); Agustin Luna Serrano (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Dario Farace (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Foglia (Università di Bergamo); Stefania Fusco (Università di Sassari); Alessandro Hirata (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo Gagliardi (Università statale di Milano); Mauro Grondona (Università di Genova); Arturo Maniaci (Università statale di Milano); Raimondo Motroni (Università di Sassari); Luigi Nonne (Università di Sassari); Laurent Posocco (Università di Tolosa); Federico Procchi (Università di Pisa); Giuseppe Werther Romagno (Università di Sassari); Maria Gabriella Stanzione (Università di Salerno) Fabio Toriello (Università di Sassari); Maria Manuel Veloso Gomes (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi Garofalo (Presidente – Università di Padova)

Marco Azzalini (Università di Bergamo); Federico Azzarri (Università di Pisa); Angelo Barba (Università di Siena); Vincenzo Barba (Sapienza Università di Roma); Pierangelo Buongiorno (Università di Münster); Ilaria Amelia Caggiano (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Maria Luisa Chiarella (Università di Catanzaro); Alberto Giulio Cianci (Università di Perugia); Maria Rosa Cimma (Università di Sassari); Laura D'Amati (Università di Foggia); Maurilio Felici (Università LUMSA di Palermo); Lucilla Gatt (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Andrea Genovese (Università "La Tuscia" di Viterbo); Fulvio Gigliotti (Università di Catanzaro); Claudia Irti (Università di Venezia Ca' Foscari); Umberto Izzo (Università di Trento); David Kremer (Université Paris Descartes); Paola Lambrini (Università di Padova); Lorenzo Mezzasoma (Università di Perugia); Eleonora Nicosia (Università di Catania); Francesco Paolo Patti (Università "Luigi Bocconi" di Milano); Aldo Petrucci (Università di Pisa); Guido Pfeifer (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio Piraino (Università di Palermo); Johannes Platschek (Università di München LMU); Roberto Pucella (Università di Bergamo); Francesca Reduzzi Merola (Università di Napoli "Federico II"); Nicola Rizzo (Università di Pavia); Giacomo Rojas Elgueta (Università di Roma Tre); Anna Maria Salomone (Università di Napoli "Federico II"); Gianni Santucci (Università di Trento); Roberto Scevola (Università di Padova); Roberto Senigaglia (Università di Venezia Ca' Foscari); Laura Tafaro (Università di Bari "Aldo Moro")

Segreteria di redazione

Carlo Attanasio; Roberta Bendinelli; Maria Cristina Idini; Pietro Libeccio; Maria Teresa Nurra; Pietro Giovanni Antonio Santoru; Laudevino Bento Dos Santos Neto da Silveira

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856
ISSN on line: 2240-4864
© 2020, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.
Fascicolo n. 2/2019, luglio-dicembre, pubblicato on line l'8 luglio 2020.

INDICE

Commiato p. 11

Dottrina

Saggi

Tania Bortolu, *L'evoluzione della famiglia nel diritto italiano: interlocutori nazionali e sovranazionali* p. 15

Pierangelo Buongiorno, Sempronianum senatus consultum p. 59

Maurilio Felici, *Risvolti problematici relativi allo sviluppo dei lasciti di provviste alimentari* p. 75

Domenico Giurato, *Autonomia privata familiare e comunione convenzionale* p. 97

Sabrina Lo Iacono, *L'auriga usuario di cavalli* p. 137

Anna Maria Mancaleoni, *Il Regno Unito, la Brexit e la CEDU: alcune implicazioni per il diritto e per il 'dialogo' europeo* p. 145

Raimondo Motroni - Giovanni Maria Uda, *Profili civilistici delle manifestazioni a premio* p. 169

Luigi Nonne, *Appunti sul divieto di impugnazione del testamento* p. 189

Rosanna Ortu, *La tutela giuridica della* servorum agnatio *nei secoli III-IV d.C.* p. 205

Leandro C. Ruggiero, *Notas sobre atipicidade contratual romana: o caso do* commodatum p. 235

Giurisprudenza

Massime annotate

Massimiliano Fadda, *Ripetizione dell'indebito e decorrenza degli interessi a carico dell'*accipiens *di buona fede* (Cass., sez. un., sent. 13 giugno 2019, n. 15895) p. 249

Note a sentenza

Carlo Attanasio, *Il collegamento negoziale nel credito al consumo: tra disciplina normativa e principî generali in materia contrattuale* (Sent. ABF, Coll. Milano 6 settembre 2018, n. 17926) p. 267

Roberta Guainella, *Usura soggettiva: il paradosso del ritorno alle origini* (Sent. 125/2017, Trib. di Sassari 27 gennaio 2017; Sent. 121/ 2019, Corte d'Appello di Cagliari, sez. dist. di Sassari) p. 311

Giurisprudenza

Note a sentenza

Sentenza n. 121/2019, pubbl. il 15/03/2019 RG n. 114/2017
Repert. N.131/2019 del 15/03/2019

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI
SEZIONE DISTACCATA DI SASSARI

composta dai magistrati
dott. M. Teresa Spanu Presidente rel.
dott. Maria Grixoni Consigliere
dott. Cristina Fois Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 114 del Ruolo Affari Contenziosi per l'anno 2017 promosso da
B.S. SPA (C.F.: ……), in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliato in Sassari, presso lo studio dell'avv. A.S., che lo rappresenta e difende per procura generale 21-05-2010 Notaio G.

appellante

CONTRO
P.A (C.F.: …….) e M.S.S. (C.F.: ……..), elettivamente domiciliati in Sassari, presso lo studio dell'avv. E.P., che li rappresenta e difende per procura speciale a margine della comparsa di costituzione

appellati

All'udienza del 15-03-2019 la causa è stata decisa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c.

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO

Con sentenza n. 125/17 il Tribunale di Sassari condannava il B.S. s.p.a. a pagare in favore di P. A. la somma di euro 131.472,17, oltre interessi al tasso legale dalla domanda, a titolo di

competenze illegittimamente addebitate dalla banca a valere sul conto corrente n. … e sul mutuo fondiario stipulato con il P. in data 21-01-2000 (rinegoziato il 27-12-05), cui la M.S. aveva prestato ipoteca, regolando di conseguenza le spese processuali.

Disattesa l'eccezione di prescrizione formulata dall'istituto convenuto in ordine alla domanda di ripetizione proposta dagli attori con riferimento agli addebiti per interessi ultralegati e usurari, anatocismo, c.m.s. e valuta non pattuita relativamente al c/c n. 11304, avendo parte attrice dedotto il fatto negativo della mancanza di contratto sulle condizioni applicate, oltre che interrotto la prescrizione con la diffida inviata nel 2011, e non avendo il convenuto, onerato della prova dei fatti costitutivi dell'eccezione, dimostrato la natura solutoria dei singoli addebiti, il tribunale prendeva atto della mancanza di un contratto scritto regolante il rapporto di conto corrente (aperto nel 1967 e chiuso nel 2003) e riteneva non conclusa la pattuizione relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, soltanto pubblicata sulla G.U. del 22-05-2000 ed esposta negli estratti conto comunicati al cliente, in quanto modifica peggiorativa delle condizioni; sulla scorta della c.t.u. espletata in corso di causa, condannava quindi la banca alla restituzione in favore del correntista della somma di euro 16.363,73 a titolo di poste indebitamente corrisposte, previa rideterminazione del saldo del c/c pari ad euro 11.835,98 a favore del P.

Con riguardo al mutuo fondiario il primo giudice escludeva fosse ravvisabile un'ipotesi di usura oggettiva relativamente al tasso di interessi di mora, in considerazione delle risultanze della consulenza tecnica e tenuto conto del limite della maggiorazione del 2,1% prevista dalla Banca di Italia nelle istruzioni del 3-07-2013.

Esaminando il profilo della C.d. usura soggettiva, dedotto dagli attori ai sensi dell'art. 644 c. 3 c.p., il tribunale si riallacciava alle valutazioni espresse dall'ausiliario, cui era stata demandata l'indagine sulla media degli interessi corrispettivi praticati sul mercato per operazioni similari, ed evidenziava che alla data della stipula del mutuo il tasso corrispettivo normalmente praticato per quell'operazione era inferiore di quasi due punti a quello convenuto in contratto, con una differenza in termini di addebito di interessi pagati in più pari ad euro 115.108,44. Tale dato era valutato dal giudicante unitamente alla finalità di utilizzare parte dell'importo mutuato (lire 300.000.000 su 400.000.000 finanziati) per ripianare lo scoperto di conto corrente, quale risultava dall'operazione di giroconto registrata nelle scritture relative a tale rapporto.

II primo giudice riteneva pertanto provata la natura usuraria del contratto di mutuo, concesso a condizioni eccessivamente onerose rispetto alle condizioni economiche dell'obbligo, titolare di un modesto reddito d'impresa, e ne dichiarava la gratuità a norma dell'art. 1815 c. 2 c.c., pronunciando la conseguente condanna restitutoria.

Avverso tale decisione ha proposto appello il B. S. s.p.a., deducendo: *(i)* la violazione e/o errata applicazione dell'art. 2697 c. 2 c.c. nella parte in cui il tribunale respingeva l'eccezione di prescrizione sul presupposto della mancata prova da parte del convenuto della natura solutoria delle poste prescritte, invece a carico del correntista che agiva in ripetizione, e stante l'inefficacia,

a fini interruttivi, della diffida inviata il 28-03-2011; *(ii)* la violazione e/o errata applicazione dell'art. 2697 c. 1 c.c. laddove non era tratta la doverosa conclusione a fronte della mancata produzione da parte dell'attore dei documenti contrattuali e non era invece ritenuta sufficiente la pubblicità data all'applicazione dell'anatocismo post delibera CICR 902-2000; *(iii)* l'errata applicazione dell'art. 644 c. 3 c.p. per avere preso a confronto i TEGM del periodo, invece inidonei a rappresentare le condizioni effettivamente praticabili nei confronti dei soggetti che versano in difficoltà finanziarie, mentre erano stati applicati tassi in linea con l'andamento del mercato, quali il Prime Rate del periodo, e non si era tenuto conto del tasso applicato a seguito della rinegoziazione del 2005.

P.A. e M.S.S. hanno resistito all'appello, chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

Tanto premesso, il primo ed il secondo motivo d'appello possono essere esaminati congiuntamente nel loro ordine logico, in quanto vertenti sulla ripartizione dell'onere della prova.

Il principio invocato dall'appellante a proposito dell'onere di provare i fatti costitutivi della domanda è senz'altro pacifico in tema di ripetizione d'indebito, non essendo seriamente contestabile che colui che agisca per ottenere la restituzione deve provare non solo l'avvenuto pagamento, ma anche l'assenza di una causa idonea a giustificarlo o il successivo venir meno della medesima (v. da ultimo Cass. Civ. sez. I, n. 18487/18, secondo la quale l'onere di provare l'avvenuta esecuzione del pagamento che si assume indebito e la mancanza di valida causa incombe su colui che agisce in ripetizione, in conformità alla regola generale di cui all'art. 2697 c. 1 c.c.).

Nella specie, tuttavia, il correntista sosteneva di non aver mai sottoscritto un contratto regolante il rapporto – instaurato quando non era vigente l'obbligo della forma scritta – e che le condizioni applicate non erano state quindi pattuite; allegava, inoltre, la nullità di alcune poste nonché il superamento dei tassi soglia previsti dalla legge n. 108/96 e produceva una serie continua di estratti conto (dal 1999 al 2003), dai quali risultava l'addebito per tutto il periodo delle poste contestate, la cui applicazione era comunque ammessa dalla banca, come osservato dal tribunale (v. Cass. Civ. sez. VI-I, 23-10-2017 n. 24948: "*Nei rapporti bancari in conto corrente, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto Gd essi, di una valida causa debendi", sicché il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somma non dovute*"; cfr. sez. I, n, 6384/17; sulla correttezza della ricostruzione contabile basata su una serie incompleta di estratti cfr. Cass. Civ. Sez. VI, n. 14074/18).

Inoltre, questa Corte aderisce all'orientamento, fatto proprio dal tribunale, secondo il quale l'introduzione della capitalizzazione trimestrale reciproca costituisce modifica peggiorativa, non potendo considerarsi a tal fine

la precedente applicazione dell'anatocismo illegittimo, e come tale deve essere oggetto di specifica pattuizione scritta, argomentazione avverso la quale l'appellante non ha dedotto specifica censura, limitandosi ad esporre un orientamento contrario.

Va altresì confermata la statuizione emessa in prime cure in ordine all'eccezione di prescrizione, che il tribunale respingeva sul presupposto che la convenuta non avesse provato i fatti estintivi detta pretesa creditoria (per l'inquadramento della tematica, ormai consolidata, cfr. S.U. 24418/10, ove è precisato che l'annotazione in conto di interessi illegittimi comporta un incremento del debito o una riduzione del credito di cui il correntista ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento perché non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca; Cass. Civ. sez. III, 1501-13 n. 798: "*Di pagamento, nella descritta situazione, potrà parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del "saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e perciò da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto"; v. Cass. Civ. sez. I, n. 10713/16: "L'azione di ripetizione di indebito è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, fa quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti sono stati eseguiti in pendenza del rapporto, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data dell'estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati"; id, 26-0214n.4518: versamenti eseguiti sul c/c in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa formalizzazione dei singoli versamenti o di alcuni di essi deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate*").

Al riguardo deve anzitutto rilevarsi che parte attrice in primo grado non allegava l'esistenza di uno specifico limite di affidamento, peraltro ipotizzabile per *facta concludentia* all'epoca dell'instaurazione del rapporto e desumibile sia dall'applicazione della c.m.s. per tutto il periodo documentato che dalla comunicazione scritta del 9-07-01, avente ad oggetto un'apertura di credito; la banca, dal canto suo, non opponeva una prescrizione collegata a singole poste valutate come solutorie, ma si limitava ad invocare la prescrizione estintiva di tutti i "pagamenti" eseguiti in un tempo superiore ai decennio anteriore alla domanda.

In difetto di una precisa individuazione delle poste che si assumono prescritte e soprattutto del limite quantitativo e temporale dei fidi concessi, diventa arbitrario attribuire carattere solutorio alle rimesse registrate negli estratti prodotti, non avendo (a banca allegato e provato il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determinava l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 c.c. veppiù nell'ipotesi, come quella in esame, in cui

l'esistenza di un affidamento risulta pacificamente dai documenti prodotti e, segnatamente, dall'applicazione costante della commissione di massimo scoperto, della quale la banca ha ribadito la legittimità anche nel presente grado (cfr. Cass. Civ. n. 20933/17: "a *fronte di una formulazione generica dell'eccezione riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore a/ decennio decorrente a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, individuando d'ufficio i versamenti solutori*").

La questione di chi sia onerato di provare la natura solutoria o ripristinatoria dei versamenti eseguiti nel corso del rapporto è ora all'attenzione delle Sezioni Unite, chiamate a dirimere il contrasto formatosi nei collegi di legittimità.

Ritiene allo stato questa Corte di aderire all'orientamento secondo il quale la banca che eccepisca la prescrizione "*ha l'onere di allegare, ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione – e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione – non solo il mero decorso del tempo, ma anche l'ulteriore circostanza dell'avvenuto superamento, ad opera de/ cliente del limite dell'affidamento. Tale attività di allegazione, per quanto attenuata nella relativa deduzione (e cioè senza la necessità di un'allegazione analitica delle rimesse ritenute solutorie), deve però comunque recare un grado di specificità tale da consentire alla controparte un adeguato esercizio di difesa sul punto e, in mancanza, la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata (prima ancora che infondata). Tale dato costituisce infatti il fondamento del fatto estintivo della pretesa azionata in giudizio dall'attore, dal momento che solo nelle operazioni extra fido può ravvisarsi un'attività solutoria, con decorso della prescrizione dalla data del versamento, anziché dalla data di chiusura del conto*" (Cass. Civ. sez. I, 24-05-18 n. 12977), con la conseguenza che la generica formulazione adottata dalla convenuta in primo grado, senza riferimento alcuno ai limiti degli affidamenti concessi, non consente di individuare i fatti costitutivi dell'eccezione, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 2697 c. 2 c.c., e di pervenire al suo accoglimento.

Da ultimo, non è condivisibile il rilievo formulato dall'appellante circa l'inefficacia della costituzione in mora inviata dal correntista nel 2011, versandosi in ipotesi di ripetizione di indebito fondata sulla dichiarazione di alcune poste e non su una azione costitutiva.

Con il terzo motivo l'appellante ha censurato la pronuncia di primo grado nella parte in cui, all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, espletata per verificare "se gli interessi corrispettivi pattuiti in contratto siano superiori alla media di quelli praticati per operazioni similari nel periodo di riferimento", il tribunale riteneva che nel mutuo fondiario fosse ravvisabile una sproporzione degli interessi corrispettivi convenuti rispetto alte condizioni economiche e finanziari del debitore, rilevante ex art. 644 c. 3 c.p.

ln particolare l'appellante ha obiettato che i tassi utilizzati per il confronto con operazioni similari erano tassi astratti, in quanto frutto della elaborazione

dei dati forniti dalla Banca d'Italia ai fini di costruire il tasso soglia (TEGM), con la conseguenza che non costituivano un parametro utile all'indagine svolta dal c.t.u., il quale avrebbe dovuto valutare anche la componente di rischio relativa alle operazioni con soggetti in difficoltà finanziaria; inoltre, non era stata considerata la modifica del tasso contenuta nelle nuove condizioni pattuite nel 2005, ove era previsto un tasso più basso. Neppure utile all'individuazione di un'usura soggettiva in concreto si rivelava il riferimento all'utilizzo della somma mutuata da parte del debitore, in quanto soltanto una parte della somma finanziata era stata destinata a ripianare l'esposizione debitoria maturata dal correntista.

La doglianza è fondata e deve essere accolta.

Giova premettere che "*Nel contratto di mutuo, quando non risulta superato il C.d. tasso soglia, la nullità ex art. 1815 c, 2 c.c. della clausola di previsione degli interessi richiede la prova del loro carattere usurario ai sensi dell'art. 644 c. 3 c.p. ossia la dimostrazione della sproporzione degli interessi convenuti (con uno squilibrio contrattuale per i vantaggi conseguiti da una sola delle parti, che alteri il sinallagma negoziale e per il cui apprezzamento il parametro di riferimento è dato dal superamento del tasso medio praticato per operazioni similari) nonché della condizione di difficoltà economica di colui che promette gli interessi (desumibile non dai soliti debiti pregressi, ma dalla impossibilità di ottenere pur fuori dallo stato di bisogno condizioni migliori per la prestazione di denaro che richiede). La prova di entrambi i presupposti grava su colui che afferma la natura usuraria degli interessi, senza che, accertato lo stato di difficoltà economica, la sproporzione possa ritenersi in re ipsa, dovendo comunque dimostrarsi il vantaggio unilaterale conseguito dalla banca*" (Cass-Civ. sez. III, 12-09-14 n. 19282).

Non è dunque sufficiente allegare l'esistenza di una situazione di difficoltà (economica o finanziaria) per affermare l'approfittamento da parte dell'istituto di credito né tale condotta può essere desunta automaticamente dalla misura elevata del tasso pattuito, considerando che i tassi di interesse applicati dagli intermediari finanziari oscillano in rapporto inversamente proporzionale rispetto alla solidità economica del cliente essendo collegati al rischio imprenditoriale assunto nei confronti del cliente (così C. Appello Milano 9-03-17 n. 1001).

L'accertamento dell'usura C.d. soggettiva presuppone due requisiti: a) un rilevante squilibrio tra la prestazione erogata e il corrispettivo pagato dal mutuatario, da valutarsi con riferimento alla fattispecie concreta ed in particolare al tasso medio praticato per operazioni similari; b) la condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto che paga o promette il corrispettivo sproporzionato.

L'onere di allegare specificamente e dimostrare tali presupposti è a carico di colui che agisce in giudizio per ottenere la declaratoria di nullità, ai sensi degli artt. 644 c. 3 c.p.-1815 c. 2 c.c., posto che rientra tra i fatti costitutivi della relativa domanda la prova del vantaggio patrimoniale conseguito dal mutuante.

Nella specie, il tribunale operava un raffronto tra il tasso convenuto ab origine e il TEGM, senza considerare che detto tasso non offre di per sè alcun elemento di valutazione in ordine alla misura del tasso praticato nel mercato con specifico riferimento alle condizioni economico-finanziarie del debitore, tasso che – come sopra osservato – va verificato in rapporto al rischio in concreto di non ripetere la somma mutuata e che dunque va analizzato con riguardo alle precise condizioni dell'obbligato, in modo da poter verificare se in effetti vi sia stato un approfittamento da parte del mutuante della posizione di debolezza della controparte.

Sul punto le allegazioni dell'attore in primo grado risultano generiche, essendo limitate ad un'indicazione di una condizione di difficoltà economica e finanziaria, peraltro soddisfatta proprio con la concessione di un mutuo fondiario, che non essendo un mutuo di scopo può certamente essere destinato a ripianare le passività pregresse del debitore senza tale destinazione comporti di per sé vantaggio indebito in favore della banca mutuante, tanto più che nella specie solo una parte della somma mutuata era servita ad estinguere il debito maturato sul conto corrente.

La sentenza impugnata deve dunque essere riformata nella parte in cui era dichiarata l'usurarietà del contratto di mutuo fondiario stipulato da P. A. ed applicato il disposto dell'art. 1815 c. 2 c.c. e disposta conseguente condanna alla restituzione in favore del mutuatario della somma di euro 115.108,4

Le spese processuali di entrambi i gradi, liquidate come in dispositivo al valore medio del relativo scaglione, devono essere compensate tra le parti nella misura di due terzi, ponendo a carico di P. A.e M.S. S. la restante parte in ragione della parziale reciproca; soccombenza; le spese di c.t.u., già liquidate, devono essere poste a carico delle parti per metà ciascuno.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

1) in parziale accoglimento dell'appello proposto dal B.S. s.p.a. avverso la sentenza n. 125/17 del Tribunale di Sassari, che nel resto si conferma, rigetta La domanda di A.P. e S.S.M. relativamente al mutuo stipulato in data 21-01-2000;

2) compensa tra le parti le spese processuali nella misura di due terzi, ponendo a carico di P.A. e M.S. S. la restante parte, che liquida in euro 3.448,00 per compensi del primo grado ed euro 2.688,00 per compensi del presente grado, oltre quanto dovuto per legge;

3) pone a carico delle parti per metà ciascuno le spese di c.t.u., già liquidate.

Così deciso in Sassari il 15-03-2019.

Sentenza n. 125/2017, pubbl. il 27/01/2017 RG n. 1453/2014,
Repert. 195/2017 del 30/01/2017
Registrato il 20/01/2018 n. 322/2018, importo 3970,25.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI SASSARI
PRIMA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Cinzia Caleffi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 1453/2014 promossa da:
A.P.
S.S.M. con il patrocinio dell'avv. P.E. elettivamente domiciliati presso il difensore avv. P.E.

Attori

CONTRO

B.S.SPA con il patrocinio dell'avv. S.S.A. elettivamente domiciliato presso il difensore avv. S.S. A.

Convenuto

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato P. A. e M. S.S. convenivano in giudizio il B.S.SPA al fine di sentirlo condannare alla restituzione di tutte le somme indebitamente percepite a titolo di interessi, commissioni e spese non dovute relativamente al conto corrente contraddistinto al n. … intestato a P.A., aperto nel 1967 e chiuso nel settembre 2003, perché trattenute in violazione di legge e senza alcuna pattuizione scritta, nonché alla restituzione delle somme percepite dall'Istituto bancario convenuto a titolo di interessi,

spese e competenze relativamente al contratto di mutuo fondiario stipulato il 21.1.2000 da P.A., quale parte finanziata e M.S. quale datrice di ipoteca, da un lato ed il B.S., dall'altro rinegoziato il 27.12.2005, assumendo la pattuizione e applicazione di interessi di mora usurari per superamento ab origine del tasso soglia ed interessi corrispettivi superiori alla media di quelli praticati per operazioni similari nel periodi di riferimento e chiedendo infine, il risarcimento dei danni subiti per la condotta tenuta dall'istituto di credito.

Assumevano in particolare gli attori che il P., titolare di un'attività commerciale esercitata dal 1967 al 2007, aveva intrattenuto con il B.S. filiale di Ozieri un rapporto di conto corrente con apertura di credito e affidamento n. 490-11304-3 senza alcun contratto scritto, fatta eccezione per una comunicazione scritta del 9.7.2001 relativa alla concessione di una linea di credito di lire 50.000.000; che durante il rapporto venivano, quindi, addebitati importi dovuti per interessi ultralegali non pattuiti, con valuta diversa da quella effettiva capitalizzati trimestralmente ed in misura superiore al tasso soglia e con applicazioni di CMS e spese non previste e quindi, del tutto illegittime; che a gennaio 2000 il conto presentava un saldo apparentemente negativo di lire 268.000.000; che pertanto la Banca di fatto imponeva al P. la stipulazione di un mutuo fondiario con l'unico ed effettivo scopo di consolidare l'esposizione debitoria non garantita sul conto corrente in debito privilegiato garantito da ipoteca immobiliare malgrado il saldo negativo fosse apparente; che il 21.1.2000 P., quale parte finanziata e la M., quale datrice di ipoteca e fideiussore stipulavano con il B.S. il mutuo fondiario n. 49088728370 con contestuale iscrizione di ipoteca sull'abitazione principale dei coniugi, per l'importo di lire 400.000.000; che il contratto di mutuo prevedeva interessi di mora (11,1225%) superiori al tasso soglia (8,01%) ed interessi corrispettivi (7,70%) superiori a quelli medi praticati per operazioni similari (5,34%); che l'importo mutuato, lire 397.800.000, al netto delle spese, veniva accreditato sul conto n, 490-11304-3 ed era utilizzato per annullare il saldo negativo del conto pari a lire 290.298.769; che sullo stesso conto venivano addebitate le prime tre rate del mutuo per un totale di lire 56,209.974 e la 4° rata di euro 11.234,76; che data la modalità di erogazione del credito, anche in riferimento al piano di ammortamento alla francese, e la gestione anomala del rapporto, la situazione del P. subiva un peggioramento ed il debito aumentava in misura esponenziale; che il 27.12.2005 le parti rinegoziavano il debito, data la impossibilità per il P.A. di fare fronte alle rate pattuite; che nel 2007 il P. interrompeva l'attività imprenditoriale dati risultati negativi determinati anche dagli oneri finanziari suddetti; che pertanto previo accertamento della illegittimità degli addebiti e delle annotazioni indicate per interessi ulteralegali, anatocistici, usurari, CMS e spese non dovute, la Banca andava condannata a restituire tutto quanto indebitamente percepito.

Il B.S. Spa si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda perché infondata in fatto ed in diritto. Pregiudizialmente eccepiva in ordine al rapporto di conto corrente la prescrizione del diritto di ripetizione di indebito,

assumendo che, in considerazione della chiusura dello stesso in data 23.9.2003 e della lettera di messa in mora inviata dal P.A. solo il 28.3.2011, qualsiasi pretesa antecedente il marzo 2001 doveva ritenersi prescritta. Precisava poi che le condizioni tra le parti erano state regolarmente pattuite, come emergeva dalla comunicazione in atti del 9.7.2001 di concessione di una linea di credito di lire 50.000.000; che relativamente all'anatocismo il B.S. aveva provveduto a pubblicare in data 22.5.2000 sulla GU della Repubblica Italiana la comunicazione relativa all'applicazione del citato anatocismo con avviso a tutti i correntisti; che alcun tasso usurario era stato applicato al rapporto; che relativamente al contratto di mutuo, doveva innanzi tutto escludersi che il tasso di mora andasse computato ai fini del calcolo del TEGM e quindi, al fine di stabilire il superamento del tasso soglia; che non era ravvisabile alcuna ipotesi di usura soggettiva; che non vi era stato alcun comportamento contrario ai principi di buona fede da parte dell'istituto convenuto.

La causa istruita con produzioni documentali e CTU veniva posta in decisione sulle conclusioni delle parti.

Va preliminarmente rigettata la eccezione di prescrizione del diritto di ripetizione di indebito avanzata dall'istituto convenuto relativamente al conto corrente n. 11304. Come sancito dalla Suprema Corte (vedi Sez. Un. n. 24418/2010e da ultimo Cass. n. 10713/2016). "L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens*".

Pertanto, in difetto di specifica dimostrazione – di certo incombente sulla parte convenuta trattandosi di un fatto estintivo dell'altrui diritto – relativamente alla natura di ciascun addebito, da ritenersi in mancanza di prova contraria di natura meramente ripristinatoria (vedi sul punto Cass. n. 4518/2014: "*Deve osservarsi, al riguardo, che i versamenti eseguiti su conto corrente, in corso di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens. Tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto. Una diversa finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste relative agli interessi passivi anatocistici*"),

deve ritenersi che il relativo diritto di ripetizione di indebito, stante la chiusura del conto nel 2003, all'epoca della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio (2014), in forza della lettera di messa in mora inviata dal P. nel 2011, non si era prescritto.

Nel merito, pur concordandosi con parte convenuta in ordine al fatto che l'onere di dimostrare la fondatezza dei fatti costitutivi della pretesa azionata in giudizio incombe nel caso di specie, sull'attore in quanto, come sancito dalla Suprema Corte (vedi Cass. n. 9201/2015) *"l'onere probatorio gravante ex art. 2697 c.c. su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto 'fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo*", deve ritenersi che tale onere sia stato adeguatamente soddisfatto nei limiti di seguito specificati.

Relativamente al rapporto di conto corrente, è appena il caso di rilevare che a fronte della eccepita mancanza di un contratto scritto tra le parti o comunque di una specifica pattuizione in ordine alle singole condizioni contrattuali, parte convenuta ha ammesso l'applicazione al rapporto de quo di interessi anatocistici, ultralegali e di CMS facendo riferimento a condizioni contrattuali in realtà inesistenti (vedi pag. 9 comparsa di costituzione e risposta in cui parte convenuta deduce che "*gli interessi, la capitalizzazione trimestrale, le valute, le commissioni e le modifiche delle condizioni sono sempre stati applicati secondo le previsioni contrattuali*") ovvero facendo riferimento all'invio di comunicazioni contenenti un adeguamento alle norme sulla trasparenza bancaria di cui non vi è traccia in giudizio. Inoltre, l'Istituto convenuto ha ritenuto di legittimare l'applicazione di interessi anatocistici con il mero richiamo alla pubblicazione della prevista comunicazione sulla GU del 22.5.2000 e agli avvisi contenuti negli estratti conto inviati al cliente nonché l'applicazione di interessi ultralegali e CMS richiamando pattuizioni negoziali in realtà inesistenti.

Per tali motivi, seppur in via presuntiva, in considerazione di tali risultanze, si è ritenuto fondato il fatto costitutivo della pretesa attorea consistente nel fatto negativo dell'omessa pattuizione negoziale relativamente alla applicazione di interessi anatocistici (per violazione dell'art. 1283 c.c.), di interessi ultralegali (per violazione dell'art. 1284 c.c.) e di CMS (perché del tutto indeterminate per difetto di pattuizione pur se astrattamente legittime) ed è stata ammessa – avendo parte attrice depositato una serie continua di estratti conto (dal 1999 al 2003) –, una CTU limitata all'accertamento dell'applicazione ai rapporti suddetti di un indebito anatocismo per tutto il periodo per cui risulta depositata in causa una serie continua di estratti conto e partendo dal saldo anche negativo portato dal primo estratto conto, ricalcolando il saldo finale del conto e/o comunque le somme indebitamente versate a tale titolo, al tasso

convenzionate e di fatto applicato, al tasso legale nonché ex art. 117 TU Bancario, previa eliminazione di ogni forma di capitalizzazione e previa verifica del superamento dei tassi soglia per il periodo suddetto sia in considerazione delle CMS applicate sia senza considerarle, calcolando infine quanto versato dalla parte attrice per il periodo suddetto per CMS, spese e commissioni" (vedi ordinanza in data 15.4.2015).

Invero, per quanto riguarda l'anatocismo, deve preferirsi l'orientamento secondo cui la mera pubblicazione, in difetto di specifica pattuizione tra le parti, sulla Gazzetta Ufficiale dei criteri applicativi degli interessi ex circolare CICR 9.2.2000, non può ritenersi sufficiente a legittimare l'applicato anatocismo (vedi Tribunale di Treviso n. 110/2013; Tribunale di Novara 1.10.2012), poiché, essendo nulla la capitalizzazione degli interessi prima esistente, l'introduzione in forza della delibera CICR di una capitalizzazione trimestrale sia per gli interessi attivi che per quelli passivi deve intendersi come modifica peggiorativa rispetto alle condizioni preesistenti per la quale la delibera stessa prevede necessariamente la pattuizione scritta tra le parti ("Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela": art. 7 delibera).

Inoltre, tenuto conto del fatto suddetto, secondo cui parte convenuta ha ammesso di avere applicato interessi ultralegali e CMS facendo riferimento a previsioni negoziali e a contratti scritti pattuiti tra le parti (vedi pag. 9 comparsa), deve ritenersi, presuntivamente, che in realtà le parti non hanno pattuito alcun contratto scritto e che l'eventuale invio al correntista di "una comunicazione contenente l'indicazione specifica delle clausole economiche" regolanti il rapporto (vedi pag. 9 e 10 comparsa), peraltro solo dedotta, non sia sufficiente, come detto, a superare la presunzione di illegittimità degli interessi anatocistici (per violazione dell'art. 1283 c.c.), degli interessi ultralegali (per violazione dell'art. 1284 c.c.) e delle CMS (perché del tutto indeterminate per difetto di pattuizione pur se astrattamente legittime).

Alla luce di tali principi, all'esito della CTU, con argomentazioni immuni da vizi logici e ben motivate, è emerso che ex art. 117 TU Bancario (norma speciale applicabile in caso di mancata pattuizione per iscritto degli interessi ultralegali applicati al rapporto), il saldo del rapporto, al netto di ogni forma di capitalizzazione e con ricalcolo secondo i criteri di cui alla disposizione citata, è pari ad euro 11.835,98 a credito del P., all'esito della risposta alle osservazioni del CTP di parte convenuta (vedi penultima pagina relazione). Inoltre, risulta il versamento di euro 3.098,84 per CMS ed euro 1.428,91 per spese, per un totale di euro 4.527,75, indebitamente percepiti dall'Istituto bancario per difetto di titolo costitutivo e legittimante gli addebiti suddetti.

Tali ricalcoli rendono irrilevante ogni questione relativa al superamento del tasso soglia, peraltro, in base alle risultanze della CTU, inconferente ai fini del giudizio dati gli scostamenti minimi riscontrati.

Complessivamente quindi parte convenuta, relativamente al contratto di conto corrente n. 490 11304-3 va dichiarata tenuta a restituire in favore di P. A.,

a titolo di indebito, la somma complessiva di euro 16.363,73, oltre interessi al tasso legale dalla data della domanda al saldo.

Con riguardo invece al contratto di mutuo fondiario stipulato il 21.1.2000 da P. A., quale parte finanziata, e M.S., quale datrice di ipoteca, da un lato ed il B. S., dall'altro, rinegoziato il 27.12.2005, stante l'addebito di illegittima applicazione di tassi usurari sia per superamento del tasso soglia da parte degli interessi di mora sia per usura cd soggettiva relativamente a quelli corrispettivi, è stata ammessa una CTU finalizzata a "stabilire se il contratto di mutuo stipulato tra le parti preveda ab origine interessi corrispettivi o di mora superiori al tasso soglia e l'entità delle somme pagate a titolo di interessi da parte degli attori nonché se gli interessi corrispettivi pattuiti in contratto siano superiori alla media di quelli praticati per operazioni similari nel periodi di riferimento" (vedi sempre ordinanza in data 15.4.2015)..

In ordine alla prima questione (superamento del tasso soglia da parte degli interessi di mora), il CTU è pervenuto alla conclusione che il tasso di mora come previsto in contratto (11% annuale) e nella rinegoziazione (7,5%), considerate la maggiorazione del 2,1%, non supera il tasso soglia previsto dalla legge al momento di stipulazione della relazione (11,16%) e neppure durante il corso del rapporto (vedi punto n. 4 della relazione). Ciò posto, esclusa ogni ipotesi di sommatoria dei due tassi di mora e corrispettivo, trattandosi di una opzione da ritenersi del tutto priva di basi logiche e normative, assolvendo ciascuno di tali accessori del credito funzioni del tutto differenti (vedi per tutte Tribunale di Milano 12.2.2015 dott.ssa Cosentini in *ex parte creditoris*), preliminarmente, occorre sottolineare che questo giudice si è già pronunciato positivamente in ordine alla questione della possibilità di configurare l'illegittimità non solo del tasso corrispettivo ma anche del tasso di mora ogniqualvolta lo stesso superi la soglia di legge, come sancito da ultimo dalla Suprema Corte con la sentenza n. 350/2013, ma non, come detto sopra, nei termini di una sommatoria di tali accessori del credito bensì sulla base di una verifica relativa a ciascuna delle due categorie di interessi. Peraltro, è appena il caso di rilevare che in ipotesi di riscontrata usurarietà dei soli interessi di mora, si può sostenere unicamente l'illegittimità e quindi, non debenza degli stessi e non anche degli interessi corrispettivi legittimamente pattuiti tra le parti nei limiti del tasso soglia, in conformità a quanto di recente sostenuto da parte della giurisprudenza di merito (vedi Tribunale di Reggio Emilia 24.2.2015 in *ex parte creditoris* ed ivi ampio richiamo di giurisprudenza nel senso qui condiviso), con la conseguenza che "*se il superamento del tasso soglia in concreto riguarda solo gli interessi moratori la nullità ex art. 1815 comma 2 c.c. colpisce unicamente la clausola concernente i medesimi interessi moratori senza intaccare l'obbligo di corresponsione degli interessi corrispettivi convenzionalmente fissati al di sotto del tasso soglia*" (vedi sentenza citata e da ultimo anche Tribunale di Bologna 24.2.2016).

Ciò precisato, come è noto, in materia di superamento del tasso soglia da parte del tasso di mora non vi è uniformità di orientamento nella giurispru-

denza di merito, neppure in ordine all'applicazione o meno a tale fine della maggiorazione di 2,1% prevista per i tassi di mora dalla Banca d'Italia.

Sul punto, questo Tribunale si è già pronunciato in senso negativo. Emerge però che la più recente giurisprudenza di merito si stia attestando in prevalenza sull'opinione positiva, secondo cui l'applicazione di tale maggiorazione rilevata dalla Banca d'Italia anche in difetto di una specifica norma di fonte primaria o secondaria, va effettuata per sopperire alla mancata rilevazione trimestrale dei tassi medi di mora. In altre parole, in difetto di una previsione legislativa che determini una specifica soglia per i soli interessi moratori, aventi natura e finalità completamente diverse da quelli corrispettivi, al fine di evitare il confronto tra grandezze disomogenee (tasso soglia del solo interesse corrispettivo applicato al tasso di mora senza alcuna rilevazione dei tassi di mora), la prevalente giurisprudenza di merito sta optando, nella determinazione del tasso soglia utilizzabile per la valutazione del tasso di mora, per l'applicazione della maggiorazione del 2,1% prevista dalla Banca d'Italia (vedi tra le tante Tribunale di Bologna 6.9.2016; Tribunale di Lanciano 16.3.2016; Tribunale di Padova 13.1.2016; Tribunale di Milano 3.12.2013; Tribunale di Roma 16.9.2014; Tribunale di Treviso 9.12.2014; Tribunale di Cremona 30.10.2014, tutte in *ex parte creditoris*) ovvero per l'assoluta impossibilità allo stato di determinare un livello di tasso soglia valido per il tasso di mora (vedi Tribunale di Milano 29.1.2015 in *ex parte creditoris* ovvero Tribunale di Rimini 6.2.2015 in il caso).

Ciò premesso, questo giudice alla luce di una rivalutazione complessiva della questione, in forza di tutte le argomentazioni poste a sostegno di entrambe le tesi, ritiene allo stato preferibile la soluzione positiva, secondo cui la separata rilevazione di un tasso soglia usura per i tassi di mora, effettuata dalla Banca d'Italia con le istruzioni del 3.7.2013, in forza di accertamenti statistici rilevati già dal 2002, è da ritenersi assolutamente coerente sia con la specifica funzione degli interessi moratori rispetto a quelli corrispettivi, in quanto solo questi ultimi sono diretti a remunerare il creditore mentre i primi hanno solo la funzione di predeterminare il risarcimento del danno da ritardo nell'adempimento, sia con la circostanza che il tasso soglia si determina esclusivamente sulla base del rilevamento del tasso corrispettivo e non dei tassi di mora. Se invero gli interessi moratori sono rilevati separatamente rispetto a tutti gli oneri che concorrono a formare il tegm su cui poi andrà calcolato il tasso soglia, è evidente che gli stessi, se effettivamente da sottoporre ad una valutazione di usurarietà (come, peraltro apoditticamente, affermato dalla Suprema Corte con la pronuncia n 350/2013), non potranno essere esaminati sulla base di criteri assolutamente eterogenei perché identificati sulla base di interessi e oneri di diversa natura, con la conseguenza che in tali ipotesi dovrà applicarsi la maggiorazione del 2,1% prevista da ultimo nelle istruzioni della Banca d'Italia 3.7.2013 e fondata in questo caso su criteri omogenei che tengono conto appunto di una rilevazione degli stessi interessi moratori.

Per tali motivi, tenuto conto delle risultanze della CTU sopra esposte, sulla base delle quali, considerata la maggiorazione del 2,1%, va escluso ogni superamento del tasso soglia, la domanda di nullità del contratto di mutuo per usurarietà cd oggettiva del tasso di mora è risultata infondata.

Parte attrice ha poi agito al fine di sentire dichiarare la nullità del contratto di mutuo stipulato tra le parti per cd usurarietà soggettiva ai sensi dell'art. 644 comma 3° cp il quale dispone che "*La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*".

Per tale motivo, al CTU è stato chiesto altresì di accertare "se gli interessi corrispettivi pattuiti in contratto siano superiori alla media di quelli praticati per operazioni similari nel periodo di riferimento" (vedi ordinanza in data 15.4.2015).

L'ausiliare ha, quindi, accertato che "II primo contratto è stato stipulato in data 21 gennaio 2000 e indicava un tasso effettivo annuo del 7,1225%. Il tasso medio del primo trimestre del 2000 era il 5,34% quindi inferiore al tasso del mutuo in oggetto" (vedi punto 5 relazione).

Ora, ai sensi della norma invocata da parte attrice, nel contratto di mutuo, quando non risulti superato il cosiddetto tasso soglia oggettivo previsto dalla legge, come nel caso di specie, la nullità ex art. 1815, secondo comma, c.c. della clausola di previsione degli interessi, può essere affermata nei casi in cui si dimostri il carattere usurario degli interessi applicati ai sensi dell'art. 644, terzo comma, secondo periodo, c.p. Tale prova, in forza di quanto previsto nella norma citata, deve avere riguardo da un lato, alla dimostrazione della sproporzione degli interessi convenuti, consistente in uno squilibrio contrattuale derivante dai vantaggi conseguiti da una sola delle parti e tale da alterare il sinallagma negoziale e per il cui apprezzamento il parametro di riferimento è dato dal superamento del tasso medio praticato per operazioni similari in considerazione altresì delle specifiche modalità del fatto e dall'altro, alla condizione di difficoltà economica o finanziaria di colui che promette gli interessi.

Orbene, deve ritenersi che nel caso in esame, parte attrice ha adeguatamente dimostrato entrambi tali presupposti.

Relativamente al primo (sproporzione degli interessi convenuti), deve innanzi tutto, evidenziarsi che il CTU come sopra rilevato, ha accertato la pattuizione nel contratto originario di mutuo di interessi corrispettivi superiori di quasi due punti alla media di quelli praticati dal sistema bancario creditizio per operazioni similari nei periodo di riferimento, verificando che gli interessi calcolati con il teg medio delle operazioni similari del periodo di riferimento sarebbero stati pari ad euro 94.292,09 mentre gli interessi effettivamente pa-

gati, calcolati con i tassi contrattuali, sono risultati pari ad euro 115.108,44 con una differenza a svantaggio del correntista di euro 20.816,35.

Oltre a tale superamento oggettivo emerge, relativamente alle concrete modalità del fatto, che il contratto di mutuo fondiario stipulato tra il P. ed il B.S. in data 21.01.2000 – e quindi, immediatamente dopo il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte in tema di anatocismo nel 1999 –, è stato utilizzato sostanzialmente per ripianare lo scoperto del c/c di corrispondenza n. 490 11304-3 che presentava a tale data uno scoperto negativo di quasi lire 300.000.000, peraltro sulla base proprio di addebiti non più ritenuti legittimi. Tale circostanza viene specificatamente indicata anche dall'ausiliare (vedi punto n. 4 relazione "Il contratto di mutuo fondiario tra il signor P. e il B. S. stipulato in data 21 gennaio 2000 e successivamente modificato in data 27 dicembre 2005, in realtà viene utilizzato ripianare lo scoperto del conto corrente di corrispondenza n° 490 11304-3 come da documenti presenti negli atti ai numeri 8 e 13, rispettivamente erogazione mutuo pari a £ 397.800.00 il 21 gennaio 2000 e operazione di giro al conto n °490 11304-3 per £ 397.800.00 in data 14 febbraio 2000. In sintesi è stato stipulato un mutuo della durata di 15 anni, tipica operazione a lungo termine che ovviamente genera gli interessi previsti nel contratto, per sanare uno scoperto di conto corrente, tipica operazione a breve termine, il cui saldo contiene capitale, interessi commissioni e spese fino a quel momento").

Tale ovvia conclusione non può essere messa in discussione, anche se nel caso di specie, l'entità del mutuo è risultata superiore a quella del saldo negativo estinto. Rimane il fatto che gran parte della somma mutuata (lire 300.000.000 circa rispetto a quanto erogato pari a lire 400.000.000) non è mai uscita dalla sfera di disponibilità della Banca perché destinata a soddisfare un debito, peraltro parzialmente inesistente per illegittimità dei relativi addebiti, del mutuatario verso la Banca stessa.

Il contratto di mutuo in oggetto ha, poi, comportato per la Banca convenuta molteplici benefici in quanto il finanziamento, a differenza del debito derivante dal saldo negativo del conto corrente, è risultato garantito da ipoteca e fideiussione prestata da un terzo, la Banca ha percepito ulteriori interessi ed accessori rispetto a quelli già applicati e capitalizzati nel saldo negativo del conto estinto con le somme finanziate ed ha ottenuto altresì l'estinzione di debiti poi riconosciuti parzialmente illegittimi mentre al contrario, tale nuova operazione bancaria non ha determinato in favore del cliente alcun vantaggio, data l'esosità degli interessi applicati rispetto a quelli medi praticati per operazioni similari, l'estinzione di un debito in parte non dovuto ed il riconoscimento di ulteriori costi e spese rispetto a quelli già pattuiti e pagati nel conto, con conseguente evidente sproporzione degli interessi convenuti, consistente in un chiaro squilibrio contrattuale derivante dai vantaggi conseguiti da una sola delle parti e tale da alterare il sinallagma negoziale. In buona sostanza, il primo dei presupposti previsti dall'art. 644 c.p.

Sussiste poi, anche il secondo dei presupposti previsti da tale norma (condizione di difficoltà economica o finanziaria di colui che promette gli interessi), emergente dalle risultanze documentali ed in particolare dalla sussistenza all'epoca del finanziamento di un saldo negativo di quasi lire 300.000.000 sul conto corrente in essere presso il B.S. n. 11304, sul quale sarebbe confluito il finanziamento, e di un ulteriore saldo negativo di oltre lire 100.000.000 sul conto corrente in essere presso la B.Ss n. 001 3025382-5 (doc. 10) nonostante l'esercizio da parte del P.A. di una piccola attività di vendita al dettaglio di parti e accessori di autoveicoli con un solo addetto (vedi visura in atti: doc. 1); dalla necessità, al fine di ottenere il finanziamento bancario, di iscrivere una ipoteca di lire 800.000.000 sulla casa di civile abitazione della famiglia posta in O. e di garantire lo stesso ulteriormente con una fideiussione prestata contestualmente dalla moglie del P.A., insegnate, fino alla concorrenza di lire 800.000.000; dal fatto che le rate del mutuo risultano pagate mediante addebito diretto sullo stesso conto corrente n. 1134 e quindi, con lo stesso denaro residuo messo a disposizione della banca (vedi doc. 14 e ss.) ed, infine dalle risultanze nelle dichiarazioni dei redditi in atti da cui risulta un reddito di impresa negativo per il 2000-2002 ed un reddito di impresa esiguo per il 2001 (doc. 12).

Per tali motivi, deve ritenersi che effettivamente il contratto di mutuo stipulato tra le parti in data 21.1.2000, solo integrato e modificato in data 27.12.2005, sia nullo per usurarietà ex art. 644 3° comma cp e quindi, da considerare gratuito ai sensi dell'art. 1815 secondo comma c.c., con conseguente obbligo della Banca convenuta di restituire le somme percepite a titolo di interessi, pari ad euro 115.108,44, secondo i conteggi del CTU, oltre interessi al tasso legale dalla data della domanda al saldo.

Non merita invece accoglimento la domanda di risarcimento dei danni destituita di prova in ordine agli elementi costituitivi sia dell'an sia del quantum.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo ex dm 55/2014 secondo il valore della causa.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

condanna il B.S. SPA a pagare in favore della parte attrice, per i titoli di cui è causa, la somma complessiva di euro 131.472,17, oltre gli interessi al tasso legale dalla data della domanda al saldo.

Condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in euro 660,00 per spese ed euro 13.430,00 per compenso, oltre i.v.a., c.p.a., spese di CTU e 15,00% per spese generali.

Sassari, 27 gennaio 2017

Il Giudice dott. Cinzia Caleffi

Usura soggettiva: il paradosso del ritorno alle origini

Roberta Guainella

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Usura soggettiva: una fattispecie residuale. – 2.1. Usura soggettiva e rescissione per lesione. – 2.2. Accertamento della fattispecie di usura soggettiva e discrezionalità del giudice. – 3. L'usura soggettiva in concreto… una giurisprudenza altalenante. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le sentenze in commento definiscono i due gradi del giudizio di merito in ordine alla medesima fattispecie e pervengono a conclusioni diametralmente opposte e contrastanti, offrendo così l'occasione di affrontare da due diverse prospettive la figura dell'usura c.d. soggettiva, prevista dal terzo comma dell'art.644 c.p.

Nel caso di specie, un imprenditore concludeva con la Banca un contratto di mutuo fondiario, al fine di «consolidare» un'esposizione debitoria su conto corrente non assistita da garanzie speciali. In detto contratto era contenuta la previsione di interessi di mora eccedenti il tasso soglia (ma non applicati), e di interessi corrispettivi che, sebbene non eccedenti il tasso soglia[1], risultavano superiori al TEGM del periodo.

[1] Il Tasso Soglia si ricava dal TEGM (*Tasso effettivo globale medio*). Le modalità di calcolo di tale tasso sono contenute all'art. 2 della normativa antiusura. Esso, a sua volta, si desume dal TEG (*Tasso effettivo globale*), relativo al singolo finanziamento e periodicamente segnalato dagli intermediari finanziari alla Banca d'Italia. Sulla base di tali segnalazioni, il MEF rileva trimestralmente il TEGM per categorie omogenee di operazioni, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi, e lo pubblica sulla Gazzetta Ufficiale. Detto tasso è *"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"* (art. 2 comma 1 l.108/96). Il quarto comma del citato art. 2 stabilisce che il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p. ("*la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*"), vale a dire il Tasso Soglia per ciascuna categoria di operazioni creditizie, si ricava aumentando di un quarto il valore del TEGM dell'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ed aggiungendo ad esso un ulteriore 4%. Perché ricorra il reato di usura oggettiva è necessario che lo *spread* tra il tasso soglia e TEGM superi gli otto punti percentuali. Pertanto, il TEGM rappresenta un parametro di necessario riferimento allo scopo di determinare il limite dell'usurarietà del costo

Il cliente citava in giudizio la Banca assumendo la violazione dell'art. 644 c.p. e chiedendo la conseguente applicazione della sanzione civilistica di cui all'art. 1815 comma 2 c.c.

L'attore, più precisamente, chiedeva la declaratoria di nullità parziale[2] del contratto di mutuo fondiario per essersi concretizzata, tramite questo, una

complessivo del credito erogato da banche e intermediari finanziari. (B. Inzitari, *Commissioni e spese nei contratti bancari: validità, usura e tasso soglia*, Padova 2010, pp.10 e ss., sul punto si veda anche M. Semerano, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. credito*, II, 2017; R. Marcelli, *L'usura "fotografata" dalla Cassazione e l'usura gestita dalla Banca D'Italia*, eBook Altalex, 2015; C. Robustella, *Usura bancaria e determinazione del tasso-soglia*, Bari 2017). Quanto alle modalità di calcolo del Tasso Soglia, l'art. 2 co. 1 della L. 108/1996 ha suscitato non poche problematiche in ordine alle voci da ricomprendere ai fini della sua determinazione. A lungo dottrina e giurisprudenza si sono chieste se la commissione di massimo scoperto (CMS) e gli interessi di mora dovessero essere o meno rilevati ai fini del calcolo del tasso in questione. Tali dubbi sorgono dal confronto tra la lettera dell'art. 2 co. 1 della L. 108/1996, che ai fini del calcolo del tasso soglia afferma la rilevanza di qualsiasi costo ed onere sostenuto dal soggetto finanziato, e la differente natura e funzione svolata dalla CMS e dagli interessi di mora rispetto agli interessi corrispettivi, pacificamente ricompresi tra le voci di detto calcolo. Le soluzioni proposte da dottrina e giurisprudenza sono state numerose e contrastanti. Riguardo alla CMS (per un approfondimento sulla commissione *de qua* si veda C. Colombo, *Gli interessi nei contratti bancari,* in E. Capobianco, *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino 2016, p. 535 e ss.) le Sezioni Unite della Cassazione si sono espresse in maniera dirimente con la sent. 20 giugno 2018, n. 16303, affermando – in virtù del principio di simmetria tra la formula elaborata dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM e quella utilizzata per calcolare il TEG del singolo contratto – la rilevanza della commissione in questione ai fini del calcolo del tasso soglia, stante «la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca». (C. Colombo, *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le Sezioni Unite avvallano il principio di simmetria e impongono la comparazione separata*, in *Corr. Giur.*, 11, 2018, p. 1343 e ss.; C. Colombo, *Considerazioni sparse su anatocismo, usura e commissioni bancarie, tra esigenze di riequilibrio e certezza dei rapporti*, in A. Barenghi (a cura di), *La trasparenza bancaria, venticinque anni dopo, Atti dei seminari molisani del 27 settembre 2017 e 13 aprile 2018*, Napoli 2018; M. Cian, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis L. 2/2009 e della L. 102/2009 commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca borsa tit. credito*, 2010; M. Cian, *Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo ius variandi e sullo azzeramento del tasso oltre soglia*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012; M. Passaretta, *Il costo del credito tra clausole di salvaguardia antiusura e commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. credito*, 2018; A.A. Dolmetta, *Alcuni temi recenti sulla "commissione di massimo scoperto"*, in *Banca Borsa tit. credito*, 2, 2010). Quanto agli interessi di mora, sebbene sia ormai pacifica la rilevanza di tali interessi ai fini della normativa antiusura, risulta ancora incerta la disciplina applicabile. La questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite con l'ordinanza interlocutoria Cass. Civile, sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946, al fine di dirimere ogni incertezza sulla questione. (Sull'ordinanza *de qua* si veda il commento di C. Colombo, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, I, 2020, p. 37 e ss.; sul punto si veda anche C. Colombo, *Riflessioni sulla c.d. usura bancaria, tra Shakespeare e le Istruzioni della Banca d'Italia*, in *Corr. Giur.*, 2014, 12, p. 1461 e ss.; G. Carriero, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in Banca Borsa tit. credito, 2016, p. 115 e ss.; F. Cappai, *Il rilievo degli oneri economici eventuali nel vaglio dell'usura dei contratti di mutuo,* in Banca Borsa tit. credito, 2016; F. Volpe, *Interessi moratori e usura*, in *Contratti*, I, 2015; N. Rizzo, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca Borsa tit. credito*, III, 2018).

[2] L'art. 1815 co. 2 c.c., così come modificato dall'art. 4 della l. 108/1996, prevede che se un contratto di mutuo contenga una clausola determinativa di interessi usurari, «la clausola

ipotesi di usura soggettiva, proprio sull'assunto che gli interessi corrispettivi, nonostante non eccedessero il tasso soglia, risultavano superiori al TEGM del periodo per la medesima operazione di categoria.

Il Tribunale accoglieva *in toto* la pretesa attorea, ritenendo provati gli estremi dell'usura soggettiva, vale a dire la sproporzione degli interessi convenuti e le condizioni di difficoltà economica e finanziaria del cliente, alla luce delle concrete modalità del fatto. Il contratto veniva dichiarato nullo e convertito da oneroso a gratuito.

La Banca proponeva appello assumendo l'errata applicazione dell'art. 644 comma 3 c.p., a causa dell'inidoneità del TEGM in sé considerato a rappresentare il limite delle condizioni più (legittimamente) remunerative, praticabili nei confronti di soggetti in difficoltà economica e finanziaria. Il gravame veniva accolto integralmente.

La Corte d'Appello affermava che per ritenere sussistente un'ipotesi di usura soggettiva non fosse sufficiente operare un mero raffronto tra il tasso convenzionalmente pattuito tra le parti e il TEGM, essendo invece necessario verificare se il tasso concretamente applicato trovasse giustificazione nel rischio assunto dalla banca a seguito del finanziamento di un soggetto in precarie condizioni economico-finanziarie. Inoltre, secondo la Corte, l'attore non avrebbe assolto correttamente al proprio onere della prova, essendosi limitato a provare una mera situazione di difficoltà economica e finanziaria, ma non sufficiente a provare né l'approfittamento da parte della banca, né lo squilibrio del sinallagma contrattuale.

Un simile contrasto tra le due sentenze è rivelatore delle difficoltà definitorie e applicative che accompagnano la figura dell'usura soggettiva. Prima di esaminare i due provvedimenti, conviene quindi soffermare l'analisi su tale figura, intesa in senso astratto, evidenziandone i presupposti, gli elementi costitutivi della fattispecie e la *ratio* del divieto.

è nulla e non sono dovuti interessi». Il carattere parziale della nullità di cui all'art.1815 co. 2 c.c. implica che alla nullità della clausola determinativa degli interessi, in deroga all'art. 1419 c.c., non consegua la nullità dell'intero contratto di mutuo, che i comporterebbe la contestuale restituzione del capitale ad ulteriore vantaggio per il mutuatario-usurato; la sola conseguenza connessa alla nullità di tale clausola è quindi la non debenza deli interessi con azzeramento del costo del credito. La *ratio* di tale soluzione, secondo E. Quadri, andrebbe ravvisata nell'ottica di moralizzazione e razionalizzazione del mercato creditizio, assolvendo alla funzione di deterrente, in quanto strumento volto a scoraggiare in toto il ricorso all'usura. Cfr. E. Quadri, *Profili civilistici generali sull'usura*, in F. Macario - A. Manna (a cura di), in *Mercato del credito e usura*, Milano 2002; E. Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. commentata*, II, 1997; G. Alpa, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. commentata*, II, 1996; G. Bonilini, *La sanzione civile sull'usura*, in *Contratti*, III, 1996; D. Colavincenzo, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usurario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008.

2. *Usura soggettiva: una fattispecie residuale*

La legge 7 marzo 1996 n. 108 ha modificato radicalmente la struttura del reato di usura previsto dall'art. 644 c.p., introducendo un parametro di oggettivizzazione della fattispecie di reato attraverso il c.d. tasso soglia, il quale costituisce per l'appunto un parametro sufficiente per l'accertamento della fattispecie criminosa[3].

L'art. 644 c.p., più precisamente, non si limita a questa fondamentale innovazione, ma contiene una bipartizione delle fattispecie penalmente rilevanti: la prima, ricostruita in base al combinato disposto di cui ai commi primo e terzo *primo periodo*, è quella dell'*usura oggettiva*, che dipende dal predetto parametro oggettivo e ricorre a fronte del superamento anche minimo del tasso soglia[4], senza nessun riguardo alla condizione soggettiva dei contraenti[5].

La seconda fattispecie è quella dell'*usura soggettiva*, che a sua volta si articola in due sottocategorie, la prima delle quali è l'*usura monetaria soggettiva*, desumibile dal combinato disposto di cui ai commi primo e terzo *secondo periodo* dell'art. 644 c.p., che si perfeziona con la percezione da parte del mutuante (o finanziatore) di interessi che, seppur non eccedenti il tasso soglia, siano sproporzionati rispetto alla controprestazione, laddove il mutuante (o finanziato) versi in situazione di difficoltà economica o finanziaria[6].

La seconda forma di usura soggettiva è quella che si evince ugualmente dai commi primo e terzo secondo periodo della norma incriminatrice ed è denominata *usura reale soggettiva*[7]. Tale fattispecie è costituita dalla *promissio* e dalla *datio* di vantaggi usurari diversi dagli interessi monetari, comunque sproporzionati rispetto alla controprestazione e sempre a fronte della situazione di difficoltà economica e finanziaria dell'obbligato. Il riferimento testuale al "*denaro o altra utilità*" implica che l'ambito di tutela non si arresta al solo contratto di mutuo, ma si estende a qualunque altra figura di contratto sinallagmatico[8]. Perché possa parlarsi di usura soggettiva, è comunque necessaria una significativa sproporzione tra le controprestazioni, tenendo conto delle concrete modalità del fatto[9]

[3] Come si dirà nel testo, il tasso soglia è un parametro sufficiente e necessario ai fini dell'accertamento dell'usura oggettiva; non lo è invece relativamente all'usura soggettiva.

[4] Per la nozione di tasso soglia *Supra*, nota 1. Sul punto si veda P. Ferro- Luzzi, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 678 e ss.

[5] A. Pisu, *La sorte dei negozi usurari a seguito della riforma del reato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 887.

[6] *Ibidem*.

[7] Sul punto si veda G.E. Napoli, *Usura reale e rescissione per lesione,* in *Riv. dir. civ.,* 2004.

[8] A. Pisu, *La sorte dei negozi usurari*, cit., p. 887.

[9] Le concrete modalità del fatto sono scarsamente analizzate dalla giurisprudenza di merito. Dal punto di vista teorico la situazione tipica da ricondursi a detta fattispecie è quella che vede un soggetto in posizione di sfavore il quale, versando in situazione di difficoltà economica

e della situazione di difficoltà economica e finanziaria in cui versa l'usurato[10].

In sintesi, elementi costituitivi della figura di usura soggettiva sono l'*elemento soggettivo* della condizione personale dell'usurato[11] e l'*elemento oggettivo* della sproporzione[12]. I criteri normativi per comprendere se sussista o meno

e finanziaria, accetta clausole determinative degli interessi superiori a quelli di mercato, sebbene contenuti entro il tasso soglia. Le concrete modalità del fatto si pongono come regola di chiusura, nella misura in cui individuano un ulteriore elemento sul quale fondare il giudizio di usurarietà dell'intera operazione creditizia. È complicato comprendere su quali parametri si fondi la valutazione di tale elemento. Parte della dottrina sostiene che il "fatto" nelle operazioni di finanziamento sia individuabile nelle dinamiche precontrattuali, nel corso delle quali il soggetto economicamente avvantaggiano può incidere sulla volontà del contraete più debole, forzandola. Nel contratto di mutuo, ad esempio, la valutazione delle concrete modalità del fatto si sostanzia in un'analisi delle clausole contrattuali, nello specifico delle condizioni generali di contratto, che potrebbero definirsi abusive e vessatorie a danno del contraente debole. Emblematica a tale riguardo è una pronuncia del Trib. Frosinone (provvedimento del 5 febbraio13 Sez. del giudice per le indagini preliminari) la quale ha giudicato "artifizio integrante «modalità concreta» *ex* art. 644 c.p. terzo comma secondo periodo, la previsione di un meccanismo contrattuale capace di condurre i saggi a sfiorare sempre le soglie usurarie senza mai oltrepassarle". C. Sangermani Ritella, *Usura soggettiva e mutuo: concrete modalità del fatto,* 2 novembre 2015, www.personaedanno.it.

[10] D. Colavincenzo, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usurario*, cit.

[11] La condizione personale dell'usurato fa riferimento alla condizione di difficoltà economica e finanziaria dello stesso. Perché ricorra l'usura c.d. soggettiva è sufficiente una condizione di difficoltà economica e finanziaria del soggetto, non essendo più necessario, a differenza della normativa previgente, la sussistenza dello stato di bisogno, rappresentato dalla "mancanza di mezzi idonei a sopperire ad esigenze definibili come primarie, cioè relative a beni comunemente considerati come essenziali per chiunque" (Cass. Penale, 8 marzo 2000, n. 4627). Anche difficoltà economiche che non raggiungano tale intensità possono portare all'applicazione dell'usura soggettiva (in concreto). La condizione di difficoltà economica è "desumibile non dai soliti debiti pregressi, ma dall'impossibilità di ottenere pur fuori dallo stato di bisogno condizioni migliori per la prestazione di denaro che richiede" (Cass. civ. sez. III, 12 settembre 2014, n. 19282). Di recente la Corte ha indicato che "per l'accertamento della «condizione di difficoltà economica» della vittima deve aversi riguardo alla carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana, laddove, invece, la «condizione di difficoltà finanziaria» investe più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni" (Cass. Penale, 29 marzo 2017, n. 26214). M. Ticozzi, *Usura soggettiva*, in diritto bancario e finanziario, 28 maggio 2019, www.avvocatoticozzi.it

[12] L'elemento oggettivo della sproporzione assume un carattere centrale nella fattispecie di usura soggettiva. Tale requisito non ha natura quantitativa, ma qualitativa: un tasso di interessi contenuto entro il tasso soglia – e pertanto legittimo – potrà dirsi illegittimo e usurario soltanto in base ad un'attenta e precisa valutazione delle concrete e soggettive modalità del fatto. Non è dunque tanto una questione di differenza tra il TEGM e il TEG, quanto piuttosto di sproporzione tra le prestazioni delle parti, tale da alterare in modo significativo il rapporto di corrispettività. Vista la scarsità della giurisprudenza in tema di sproporzione, risulta complicato indicare quali siano gli elementi di fatto necessari per la sussistenza dell'usura soggettiva. La Cassazione con la sent. n.19282/2014 ha affermato che vi sarebbe sproporzione "con uno squilibrio contrattuale, per i vantaggi conseguiti da una sola delle parti, che alteri il sinallagma negoziale e per il cui apprezzamento il parametro di riferimento è dato dal superamento del tasso medio praticato per operazioni similari". M. Ticozzi, *Usura soggettiva*, cit.

una sproporzione del sinallagma si riferiscono alle "concrete modalità del fatto" e al "tasso medio praticato per operazioni similari"; il giudizio di sproporzione si basa sulla discrezionalità del giudice[13].

La portata innovativa dell'art. 644 c.p., nella sua attuale stesura, è apprezzabile proprio nella netta distinzione tra l'*usura oggettiva* e l'*usura soggettiva*[14], ove quest'ultima si mostra piuttosto vicina alla disciplina previgente[15], tanto da potersi ritenere come una sorta di "ritorno alle origini" in controtendenza rispetto all'ottica oggettivistica che domina l'intera normativa.

2.1. *Usura soggettiva e rescissione per lesione*

Il legislatore del '96 ha previsto (art. 644 comma terzo secondo periodo c.p.) che "*sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite* [i.e. tasso soglia], *e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*". La previsione di tale fattispecie, trascendendo dal parametro del tasso soglia, accorda rilevanza a concetti generali, allo scopo di colpire qualunque manifestazione di usurarietà[16].

La previsione della norma penale ora indicata, unitamente all'espresso richiamo operato dall'art. 1815 comma 2 c.c., fa sì che la fattispecie penalmente rilevante configuri un atto antigiuridico anche sotto il profilo civilistico, poiché contrario alle norme imperative[17], con conseguenze di natura contrattuale ravvisabili nella nullità parziale del contratto[18].

Al contempo, dalla sussistenza degli elementi costitutivi dell'usura soggettiva sembrerebbe derivare la violazione di un'altra norma civilistica, contenente la disciplina della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

Se da una prima e marginale analisi potrebbe ritenersi che le norme in questione si escludano a vicenda, tuttavia la dottrina maggioritaria scorge numerose analogie strutturali tra il reato di usura soggettiva di cui all'art. 644 comma 3 c.p. con le relative conseguenze sul piano civilistico previste dall'art. 1815 c.c. e l'istituto della rescissione per lesione di cui all'art. 1448

[13] D. Colavincenzo, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usurario*, cit.

[14] L'usura soggettiva può essere definita «usura concreta», poiché l'usurarietà della prestazione si apprezza, non in base a elementi fisionomici della fattispecie astratta, così come normativamente descritti; bensì discrezionalmente, in relazione alla fattispecie concreta.

[15] A. Pisu, *La sorte dei negozi usurari*, cit., p. 887.

[16] P.L. Fausti, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli 2004, p. 148.

[17] Lo stesso art.1815 c.c. costituisce una norma imperativa.

[18] Coerentemente il Tribunale di Sassari nella sentenza in commento ha dichiarato la nullità parziale del contratto, in applicazione della sanzione di cui all'art. 1815 co. 2 c.c.

c.c.[19], fermo restando il fatto che l'ambito applicativo di quest'ultima figura, al contrario della prima, è ristretto alle sole lesioni *ultra dimidium*[20].

In termini più precisi, relativamente a entrambe le fattispecie si fa luogo, per previsione di legge, a un accertamento concreto – caso per caso – della sproporzione tra le prestazioni. Altresì, all'indomani della riforma del '96, un'autorevole dottrina[21], che peraltro pare ormai superata, ha postulato che lo "stato di bisogno" contemplato dalla norma civilistica possa corrispondere alla "situazione di difficoltà economica e finanziaria" dell'art. 644 c.p.; così come, la *consapevolezza* dell'altrui stato di bisogno, di cui all'art. 644 c.p., può trovare corrispondenza nell'*approfittamento* previsto dall'art. 1448 c.c., per il quale è sufficiente una mera conoscenza dell'altrui difficoltà, nel senso che: "*agire sapendo equivale a volere*"[22]. Volere la sproporzione, nonostante la consapevolezza della difficoltà economica o finanziaria (o dello stato di bisogno) della controparte, manifesta l'intenzione di ottenere un vantaggio ulteriore, unilaterale e illegittimo a danno dell'altra parte, configurando uno stato soggettivo di dolo.

Pertanto, sotto il profilo dell'elemento soggettivo del fatto antigiuridico è richiesto il dolo generico, ovverosia "la coscienza e la volontà della portata illegale della prestazione usuraria e dell'illiceità degli interessi o degli altri vantaggi ricevuti, in concomitanza con la conoscenza della precarietà dell'usurato"[23]. Non è necessario che il soggetto agente incida sulla volontà del danneggiato, essendo sufficiente una condotta che induca il terzo a dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari e al chiederli e riceverli; non rileva neppure lo scopo effettivamente perseguito dal danneggiato nell'accettare l'operazione economica usuraria: ciò che rileva è che il soggetto finanziato versi oggettivamente in una situazione di difficoltà economica e finanziaria o in stato di bisogno[24] e di ciò l'agente abbia consapevolezza. Il dolo del soggetto avvantaggiato potrebbe essere escluso, allora, solo laddove l'azione di quest'ultimo non sia stata animata dall'intento di arricchimento a danno dell'altra parte, ma da quello di soccorrere la stessa, ignorando di aver esatto una controprestazione eccessiva[25].

Se l'elemento soggettivo dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1448 c.c. può apparire il medesimo, delle precisazioni devono essere fatte circa l'identità o la contiguità delle figure dello *stato di bisogno* e della *difficoltà economica e finanziaria* di

[19] Infatti, entrambe le figure sono costituite dall'elemento oggettivo della sproporzione tra le prestazioni e dall'elemento soggettivo della condizione di difficoltà economica e finanziaria della vittima per l'usura soggettiva e stato di bisogno del soggetto per la rescissione per lesione.

[20] In questo caso si avrà la consapevolezza dello stato di difficoltà economica, ma non della sproporzione dell'altrui prestazione, il che esclude, per l'appunto, l'approfittamento.

[21] G. Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, p. 540.

[22] *Ibidem*.

[23] Cass. Penale, 1° aprile 2003, n. 20176, in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2003.

[24] G. Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 540.

[25] Un approfondito studio della questione è stato svolto sempre da G. Oppo, *ibidem*.

cui all'art. 644 c.p. A tale proposito può ipotizzarsi una netta distinzione tra le due figure in considerazione dell'oggettivizzazione della figura di usura, in relazione alla quale – ci si riferisce, cioè, all'usura oggettiva – lo stato di bisogno (e il suo approfittamento) non è elemento costitutivo della fattispecie[26], ma circostanza aggravante del reato (art. 644 comma 5, n. 3 c.p.). Tuttavia, è stato autorevolmente sostenuto che[27], il rapporto tra le due situazioni non andrebbe interpretato nel senso di una reciproca contrapposizione, dal momento che la circostanza aggravante è indicativa di una particolare gravità della situazione di difficoltà economica o finanziaria, ma non si identifica di per sé stessa con lo stato di bisogno di cui all'art. 1448 c.c. Per tale ragione, "difficoltà economica e finanziaria può corrispondere a più stati di bisogno: bisogno di moneta, la difficoltà finanziaria; bisogno di soddisfare una (diversa e più specifica) esigenza di ordine economico, la difficoltà economica"[28].

Secondo un'altra tesi[29], nell'opera riformatrice del 1996, animata da un'ottica panpenalistica, sarebbe mancato un adeguato coordinamento tra la nuova disciplina penalistica dell'usura di cui alla L.108/1996 e l'istituto della rescissione per lesione previsto dall'art. 1448 c.c.[30]. Quest'ultima, non essendo stata oggetto di adeguata modifica da parte della nuova normativa antiusura, si riferisce a presupposti ormai estranei alla fattispecie di reato attualmente prevista dall'art. 644 c.p.[31]; inoltre, in considerazione del fatto che l'azione in questione dovrebbe costituire il solo rimedio civilistico per quelle ipotesi usurarie che esulino dall'ambito di applicazione dell'art. 1815 co. 2 c.c., emergono numerose difficoltà sul piano interpretativo che lascerebbero propendere per la tesi della sostanziale abrogazione dell'art. 1448 c.c. a seguito della Novella del '96, in quanto tale rimedio sarebbe stato privato di un autonomo ambito di operatività[32].

Altri autori[33], inoltre, comparando la disciplina penalistica dell'usura e quella civilistica della rescissione per lesione, negano l'identità tra le due figure. Infatti, sebbene l'usura reale soggettiva[34] per certi aspetti – in relazione, cioè, alle evidenziate analogie sul piano strutturale e alla natura degli interessi coinvolti[35]– si ponga in un rapporto di continuità con l'istituto della rescissione per

[26] Come lo era prima della novella del 1996.

[27] G. Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 541.

[28] *Ibidem.*

[29] E. Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, cit.

[30] Nella Relazione al Codice civile, n.658, si legge come tale articolo, nell'intenzione del legislatore del 1942, fosse finalizzato a «provvedere ai contratti usurari» e fosse strettamente connesso all'operatività della norma penale, stante l'evidenziata rarità dei casi in cui l'azione della rescissione per lesione «potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale».

[31] Si fa riferimento al requisito civilistico dell'approfittamento dello stato di bisogno altrui per trarne iniquo vantaggio.

[32] E. Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, cit.

[33] L. Ferroni, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli 1997.

[34] Sul punto *supra*, nota 7.

[35] Si fa riferimento alla previsione contenuta dal comma terzo dell'art. 644 c.p. relativa al «corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità» in luogo della precedente dizione

lesione, tuttavia è stato evidenziato[36] che la Novella del '96 ha definitivamente allontanato le due figure, attraverso l'eliminazione del requisito dello stato di bisogno e del suo approfittamento e la sua sostituzione con l'elemento della situazione di difficoltà economica e finanziaria.

Quest'ultimo assunto trova il proprio fondamento nel confronto tra le nozioni di stato di bisogno e di situazione di difficoltà economica e finanziaria. Lo stato di bisogno non si configurerebbe solamente nei casi di assoluta indigenza, ma anche in situazioni di mera difficoltà economica, quali una momentanea deficienza di denaro. Tra le due nozioni vi sarebbe quindi un rapporto di *genus ad speciem*, dal momento che «la difficoltà economica e finanziaria altro non sarebbe che uno stato di bisogno consistente nella scarsità del bene economico denaro od altre risorse finanziarie»[37]. Quanto, poi, all'elemento dell'approfittamento, da qualificarsi quale conoscenza dell'altrui situazione soggettiva di difficoltà in connessione alla consapevolezza di un effettivo procacciamento di un vantaggio patrimoniale[38], è possibile ravvisare un avvicinamento tra la rescissione per lesione e l'usura reale soggettiva. Tuttavia, dal confronto tra l'elemento oggettivo della sproporzione tra le controprestazioni di cui all'art. 644 co. 3 c.p.[39] e quello della lesione *ultra dimidium* prevista dall'art. 1448 c.c., si evince la più ampia portata della prima rispetto alla seconda, nella misura in cui essa coinvolge anche ipotesi di lesione *infra dimidium* che altrimenti, applicando rigidamente la normativa della rescissione per lesione, rimarrebbero prive di tutela sul piano civilistico. Pertanto, secondo parte della dottrina[40], nelle ipotesi di usura reale soggettiva, ovverosia di un contratto concluso in violazione dell'art. 644 co. 1 e 3 c.p., il rimedio della nullità parziale del contratto previsto dall'art. 1815 co. 2 c.c.[41] offrirebbe spazi di tutela più ampi rispetto alla norma sulla rescissione per lesione, essendo applicabile anche a fronte di una lesione *infra dimidium*[42].

«corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile». Sul punto si veda G. Meruzzi, *Usura*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 474.

[36] L. Ferroni, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, cit.; D. Colavincenzo, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usurario*, cit., p. 10 e ss.

[37] Sul punto si veda: D. Colavincenzo, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usurario*, cit., p. 12; F. Carresi, *Rescissione: diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma 1991; C. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, 2ª ed., Napoli 1962; E. Minervini, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997; G. Meruzzi, *Usura*, cit.; G. Meruzzi, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contratto e impresa*, 1999; Grassi, *Il nuovo reato di usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. privato*, 1998.

[38] G. Meruzzi, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit.

[39] Sul punto *supra*, nota 12.

[40] E. Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, cit.

[41] Sul punto *supra*, nota 2.

[42] G. Passagnoli, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione "autentica"*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova 2002; B.G. Carpino, *La rescissione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2000; G. Collura,

Vale a dire, in estrema sintesi, che nonostante le evidenziate analogie sul piano strutturale tra il reato di usura e il rimedio civilistico della rescissione per lesione, non è possibile affermare una perfetta identità tra le due figure, stante una netta distinzione sia sul piano dei presupposti che su quello applicativo. Infatti, mentre per la ricorrenza di un'ipotesi di *usura oggettiva* non è necessario l'accertamento dello stato di bisogno, essendo – come si è visto in precedenza – una mera circostanza aggravante del reato; al contrario, relativamente alla *rescissione per lesione* tale accertamento è sempre necessario, in quanto, insieme alla sproporzione *ultra dimidium* tra le prestazioni, è elemento costitutivo della fattispecie. Pertanto, il reato di usura mostra un ambito di applicazione più ampio rispetto alla rescissione per lesione, ancorata a presupposti stringenti e tassativi. Infine, pare a ben vedere che, sotto il profilo dei rimedi civilistici, nelle ipotesi di usura soggettiva possa farsi luogo esclusivamente alla nullità parziale del contratto di cui all'art. 1815 co. 2 c.c., in quanto, anche in base all'evidente dato letterale, la norma in questione non distingue, ai fini della propria operatività, tra *usura oggettiva* e *usura soggettiva*.

2.2. *Accertamento della fattispecie di usura soggettiva e discrezionalità del giudice.*

Come si è visto, l'accertamento della fattispecie di usura soggettiva passa attraverso una valutazione di usurarietà della prestazione rimessa alla discrezionalità del giudice, e antitetica rispetto al parametro oggettivo rappresentato dal tasso soglia trimestralmente rilevato ai sensi dell'art. 2 della l. 108/96.

Il giudice, nell'usura soggettiva, valuta caso per caso la ricorrenza degli estremi della fattispecie descritti dalla norma incriminatrice, ossia la sproporzione tra le prestazioni[43] e la situazione di difficoltà economica e finanziaria[44]. Il carattere usurario della prestazione "è dunque da accertarsi in concreto, come sotto il vigore dell'originario art. 644 c.p. e, come allora, non vi è una indicazione quantitativa della sproporzione, se non quella secondo cui l'interesse usurario può essere inferiore alla soglia (ma «avuto riguardo al tasso medio praticato»)"[45].

Non sono poche le difficoltà di ordine ricostruttivo e definitorio del fenomeno.

Infatti, mentre la prova del reato di usura oggettiva si risolve in un mero calcolo matematico, con riferimento all'usura soggettiva, invece, la prova della fattispecie usuraria si presenta più complessa in quanto i presupposti della stessa "non sono di facile e/o pronta risoluzione"[46]. Peraltro, a dispetto del *nomen iuris*, l'accertamento dell'usura soggettiva richiede una valutazione circa

La nuova legge sull'usura, in *Contratto e impresa*, 1998; D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli 2001.

[43] Sul punto *supra*, nota 12.

[44] Sul punto *supra*, nota 11.

[45] G. Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 538.

[46] Tribunale di Monza, 7 giugno 2018, in Banca dati *Pluris,* Repertorio, 2018.

la difficoltà economica e finanziaria della vittima che non può ancorarsi a parametri puramente soggettivi o a mere valutazioni personali della vittima, ma deve necessariamente basarsi su parametri oggettivi che tengano conto delle tendenze del mercato creditizio. In particolare, il requisito della sproporzione della prestazione di denaro o altra utilità sarà soddisfatto avendo come criterio di riferimento il T.E.G.M. praticato per operazioni similari, tenuto conto delle concrete modalità del fatto[47].

La *ratio* del divieto di usura soggettiva passa attraverso la valorizzazione della situazione soggettiva del debitore, con la duplice finalità di garantire il buono ed ordinato andamento del mercato creditizio e, soprattutto, di tutelare il patrimonio di imprese e famiglie, il quale "non può essere depauperato, approfittando delle difficoltà economiche (di tipo patrimoniale) o finanziarie (di liquidità) in cui questi soggetti possono temporaneamente trovarsi, mediante contratti di finanziamento che prevedano il pagamento di interessi sproporzionati"[48].

Pertanto, tale particolare forma di usura è definita "soggettiva" non tanto per l'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'autore del reato[49], quanto per la rilevanza di altri due fattori. Il primo concerne la centralità della situazione personale (e quindi *soggettiva*) dell'usurato, rappresentata dalla situazione di difficoltà economica e finanziaria dello stesso, elemento costitutivo della fattispecie. Il secondo risiede nelle peculiari modalità di accertamento del reato, subordinate a una valutazione discrezionale del giudice.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità[50] sembra aver seguito l'orientamento già emerso in dottrina[51]. Infatti, dopo aver ribadito come la situazione di difficoltà economica e finanziaria e la sproporzione tra le prestazioni – tenuto conto delle concrete modalità del fatto – costituiscano gli estremi della fattispecie di reato, questo orientamento ha accolto la distinzione tra la *situazione di difficoltà economica* e quella di *difficoltà finanziaria*; in base alla quale distinzione, mentre la prima figura «consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana», la seconda ha portata più ampia, investendo «l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni».

Il medesimo orientamento giurisprudenziale[52] ha poi affrontato l'ulteriore problema dell'identità (o meno) tra la nozione di «*condizioni di difficoltà economica*» e quella di «*stato di bisogno*». Discostandosi, questa volta, dai ri-

[47] Tribunale di Trento, 9 febbraio 2016, in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2016.

[48] Tribunale di Firenze, 9 febbraio 2017, in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2017.

[49] Ossia del fatto illecito (e antigiuridico) inteso nella sua dimensione civilistica.

[50] Ci si riferisce in particolare a Cass. Pen., 5 settembre 2014, n. 18778, in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2014. Il medesimo orientamento è ribadito in Cass. Pen., 29 marzo 2017, n. 26214, *cit.*

[51] G. Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit.; *supra*, par. 2.1.

[52] Spec. Cass. Pen., 5 settembre 2014, n. 18778, *cit.*

sultati cui era pervenuta la dottrina[53] che aveva optato per una identificazione tra le due situazioni, la Suprema Corte ha negato un rapporto di identità tra le stesse, elencandone le differenze. Secondo questa giurisprudenza, le *condizioni di difficoltà economica* sono astrattamente reversibili, derivando da una situazione di minore gravità in grado di privare il soggetto di una piena capacità contrattuale. Al contrario, lo *stato di bisogno* costituisce una condizione irreversibile, che compromette la libertà contrattuale del soggetto, tanto da spingerlo a ricorrere a operazioni creditizie a sé sfavorevoli ed inique.

È stato così ribadito l'orientamento secondo cui il giudice, nel valutare le condizioni di difficoltà economica e finanziaria del soggetto, dovrà adottare un metro oggettivo che valorizzi i parametri di mercato, tenuto conto della difficoltà di un accertamento *ex post* delle valutazioni personali della vittima. Mentre ai fini dell'elemento soggettivo della fattispecie è sufficiente la mera consapevolezza da parte dell'intermediario finanziario della difficoltà economica del cliente e del carattere sproporzionato dei compensi richiesti, desumibile da un elevato squilibrio tra TEG e TEGM.

L'onere di provare la sproporzione degli interessi convenuti e la condizione di difficoltà economica e finanziaria grava su colui il quale affermi la natura usuraria degli interessi, in quanto, una volta che si sia accertato lo stato di difficoltà economica, non è possibile affermare la ricorrenza della sproporzione in *re ipsa*, essendo comunque necessario dimostrare, caso per caso, il vantaggio unilaterale conseguito dalla banca[54] a danno del contraente debole.

3. *L'usura soggettiva in concreto… una giurisprudenza altalenante*

Sulla scorta delle evidenziate difficoltà definitorie e di accertamento della fattispecie di usura soggettiva, si può procedere all'esame delle pronunce in commento, dal confronto tra le quali emergono nettamente le difficoltà di ordine ricostruttivo e applicativo alle quali si è accennato.

Come si è anticipato, la questione affrontata dalle corti di merito nei due gradi di giudizio concerne un contratto di mutuo fondiario, volto al consolidamento dell'esposizione debitoria non garantita sul conto corrente in debito del cliente; contratto nel quale erano previsti interessi moratori superiori al tasso soglia[55]

[53] G. Oppo, Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 541; *supra*, par. 2.1

[54] Cass. Civile, 12 settembre 2014, n. 19282, in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2014

[55] Sull'usurarietà degli interessi di mora si segnalano: Cass. Civile, sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946, ord. interloc. (*cit.*), Cass. Civile, sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, Cass. Civile sez. III, 13 settembre 2019, n. 22890, Cass. Civile, 28 giugno 2019, n. 17447 (in Banca dati *Pluris*, Repertorio 2019), Cass. Civile, ord., 30 ottobre 2018, n. 274428 (in Banca dati *Pluris*, Repertorio, 2018), Cass. Civile, ord., 6 marzo 2017, n. 5598 (G. D'Amico, *Interessi usurari: quattro voci su in tema controverso*, Torino 2017), Cass. Civile, 9 gennaio 2013, n. 350 (G. Carriero, *Credito, interessi, usura*, cit.). In dottrina *supra*, nota 1.

(mai applicati) e interessi corrispettivi non eccedenti il tasso soglia, ma comunque superiori al TEGM del periodo[56].

Il cliente, assumendo, relativamente agli interessi corrispettivi, la sussistenza degli elementi propri dell'usura soggettiva, così come previsti dall'art. 644 c. 3 c.p., ha citato in giudizio la Banca per la ripetizione delle somme dalla stessa percepite a titolo di interessi, spese e competenze connessi al contratto di mutuo fondiario, chiedendo altresì la declaratoria di nullità parziale del contratto di mutuo *ex* art. 1815 c. 2 c.c., nonché la condanna della Banca al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della condotta illecita.

I giudici di primo grado, ritenendo provati i due elementi costitutivi del reato di usura soggettiva[57], hanno accolto la pretesa attorea, affermando l'usurarietà soggettiva del contratto di mutuo ai sensi dell'art. 644 c. 3 c.p., dichiarandone la nullità parziale in applicazione della sanzione civilistica di cui all'art. 1815 c. 2 c.c.

In particolare, secondo il Tribunale, il requisito della sproporzione degli interessi si desumeva da uno *spread* pari a quasi due punti percentuali tra il tasso convenzionale e il TEGM del periodo[58], espressione dell'esclusivo vantaggio goduto dalla banca a scapito del cliente.

In base alla sentenza di primo grado, la Banca avrebbe tratto un eccessivo vantaggio sia dalla percezione di una remunerazione superiore alla media[59], conseguente al contratto di mutuo fondiario stipulato con la finalità di ripianare lo scoperto sul conto corrente[60], sia dalla costituzione di una garanzia fideiussoria e di una ipotecaria connesse al finanziamento, che avevano comportato, in favore della Banca, in termini di responsabilità patrimoniale del debitore l'estensione della garanzia generale sul patrimonio dei fideiussori e la sostanziale "conversione" del credito chirografario in credito privilegiato. Così il cliente, piuttosto che vedere alleviata la sua già precaria condizione economica e finanziaria, si è visto onerato di costi ulteriori e di una responsabilità patrimoniale più gravosa[61], ad esclusivo vantaggio dell'istituto bancario.

Da ciò l'accertamento, nel caso concreto, della usura soggettiva, con le conseguenti statuizioni in ordine alla nullità parziale del contratto, alla «non

[56] Il tasso di interessi di mora pattuito (11,1225%) superava il tasso soglia del periodo (8,01%); gli interessi corrispettivi, fissati in misura del 7,70% erano superiori a quelli medi praticati per operazioni della medesima categoria (5,34%).

[57] Si fa riferimento all'elemento soggettivo delle condizioni di difficoltà economica e finanziaria alla luce delle concrete modalità e del fatto e all'elemento oggettivo della sproporzione tra le prestazioni corrispettive.

[58] Il tasso di interessi corrispettivi pattuiti alla data della stipulazione del contratto di mutuo fondiario (Gennaio 2000) era pari al 7,1225% e risultava, in base alle affermazioni riportate dal CTU, superiore al tasso medio del periodo (5,34%).

[59] Cioè interessi, commissioni, spese e accessori derivanti dal contratto di mutuo fondiario.

[60] Il cliente infatti versava già in precedenza in condizioni di difficoltà economica e finanziaria, per altro provate da un saldo negativo sul suo conto corrente, nonostante lo svolgimento di una piccola attività di impresa da parte dello stesso.

[61] Si tenga anche conto dell'obbligo di regresso ex art. 1950 c.c.

debenza» degli interessi e alla relativa restituzione delle somme in linea capitale.

Tale orientamento è stato totalmente smentito dalla Corte d'Appello.

Secondo i giudici del gravame, il TEGM non sarebbe un criterio sufficiente per l'accertamento dell'usura soggettiva: esso avrebbe carattere astratto e costituirebbe un parametro di riferimento inadeguato ai fini della valutazione concreta e dell'usurarietà del tasso degli interessi corrispettivi convenuto tra le parti. Per comprendere se sussista o meno l'usura soggettiva, dunque, occorrerebbe guardare non tanto al TEGM, quanto al rischio assunto dalla banca al momento della concessione del finanziamento ad un soggetto in precarie condizioni economico-finanziarie, proporzionando il tasso di interessi a tale rischio.

Secondo la Corte, l'attore, onerato di provare gli elementi costitutivi dell'usura soggettiva, non avrebbe fornito adeguata prova in tal senso, essendosi limitato a provare una generica situazione di difficoltà economica e finanziaria, non sufficiente ad accertare l'approfittamento da parte della banca e lo squilibrio del sinallagma contrattuale. Inoltre, il riferimento al TEGM risulterebbe scarsamente esaustivo ai fini della prova dell'usurarietà del tasso, in quanto tale carattere "va verificato in rapporto al rischio in concreto di non ripetere la somma mutuata e che dunque va analizzato con riguardo alle precise condizioni dell'obbligato, in modo da poter verificare se in effetti vi sia stato un approfittamento da parte del mutuante della posizione di debolezza della controparte"[62].

Come si è detto nell'esordio, un simile ribaltamento di vedute da parte di giudici di merito mette in luce le criticità che accompagnano l'usura c.d. soggettiva. La sentenza di primo grado si mostra fortemente aderente alla normativa e ai principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità[63] e, in particolare, manifesta una maggior propensione nell'accordare tutela al cliente in situazione di difficoltà e economica e finanziaria. Sembrerebbe pertanto che i giudici di primo grado si siano orientati in direzione di una preminente *ratio* di tutela del contraente debole. *Ratio*, quest'ultima, ispiratrice dell'istituto dell'usura soggettiva.

Al contrario, l'orientamento dei giudici di gravame mostra un maggior *favor* nei confronti delle pretese dell'istituto bancario e, al contempo, onera il cliente della prova di tutti gli elementi costitutivi del reato.

L'attribuzione dell'onere della prova al cliente appare di per sé esatto, essendo il reato di usura il fatto costitutivo dei diritti su cui si fondano le pretese attrici. Nondimeno, una valutazione rigida delle risultanze probatorie, ove si richiedesse la *prova diretta* dell'approfittamento della Banca, senza conferire valenza presuntiva allo stato di difficoltà economica del cliente e al superamento del TEGM, renderebbe la prova particolarmente difficile, tanto da rendere

[62] App. Cagliari sez. di Sassari, 15 marzo 2019, in epigrafe.
[63] Cass. Pen., 5 settembre 2014, n. 18778, cit.

remoto il riconoscimento di una qualche forma di tutela a vantaggio del cliente, anche laddove versi in una effettiva condizione di difficoltà economica e finanziaria. Inoltre, il riferimento al rischio assunto dalla Banca di non ottenere la restituzione della somma mutuata, a fronte di un cliente in difficoltà economico-finanziaria, sembrerebbe aggravare ancor più la posizione di tale soggetto, obbligato a sostenere costi ed oneri ulteriori connessi a un finanziamento che, sebbene in linea teorica sia finalizzato al risanamento della propria situazione patrimoniale, di fatto contribuisce a deteriorarla ancora di più[64].

Accogliendo le argomentazioni addotte dai giudici di secondo grado pare ridursi il margine di tutela patrimoniale di soggetti in temporanea difficoltà economica e finanziaria, oppressi dal pagamento di interessi esorbitanti – o quantomeno eccessivi in proporzione alla consistenza del loro patrimonio – allo scopo esclusivo di ripianare la precarietà della loro situazione economica. L'effetto parrebbe una massima valorizzazione delle ragioni dell'istituto creditore, a scapito di una clientela in difficoltà economica e finanziaria, nella misura in cui il fattore effettivamente rilevante risulterebbe essere il rischio assunto dalla banca di non percepire la restituzione delle somme erogate nell'ambito di operazioni creditizie con tali clienti; al contempo rimarrebbero in ombra le modalità cui l'ente mutuante persegua tale fine remunerativo, nonché l'entità del vantaggio conseguito dal creditore[65]. Sembrerebbe dunque che gli elementi costitutivi della fattispecie di reato (art. 644 c. 3 c.p.) retrocedano a un ruolo marginale e sussidiario rispetto all'interesse creditorio di realizzare i propri intenti remunerativi.

La dottrina[66] ha cercato di spiegare il motivo di queste difficoltà e incertezze, evidenziando l'estraneità dell'usura soggettiva dall'ambito del contenzioso bancario: la giurisprudenza si è mostrata piuttosto restia nell'applicare l'usura concreta in tale forma di contenzioso, nonostante le numerose richieste da parte della clientela.

4. *Conclusioni*

Dall'analisi delle sentenze in oggetto si può affermare come da un lato l'oggettivizzazione della figura di usura attraverso il tasso soglia abbia prodotto l'esito positivo di rendere l'accertamento dell'usura (c.d. oggettiva) più semplice ed agevole, ma dall'altro lato lo scenario normativo è stato complicato dall'introduzione dell'usura c.d. soggettiva o residuale.

[64] Il triste epilogo connesso all'innescarsi di simili meccanismi, nella peggiore delle ipotesi, potrebbe essere il ricorso al credito usurario e alla criminalità organizzata, fenomeni ampiamente repressi e colpiti dal Legislatore del '96.

[65] Tenendo anche conto, come nel caso di specie, del mutato quadro delle garanzie.

[66] C. Colombo, *Gli interessi nei contratti bancari*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, UTET, Vicenza 2016, p. 513.

L'obiettivo di semplificazione perseguito ed raggiunto dal legislatore del '96 tramite la figura dell'*usura oggettiva*, ancorata al solo parametro oggettivo del tasso soglia e del tutto svincolata dal riferimento ad elementi soggettivi quali lo stato di bisogno della vittima e il suo approfittamento ad opera dell'usuraio, è stato parzialmente disatteso dall'introduzione dell'*usura soggettiva*, la quale, come si è visto, ha mantenuto in vita degli spazi di soggettività che generano dubbi dal punto di vista definitorio e ricostruttivo della fattispecie, all'interno di un contesto normativo ispirato a una *ratio* di oggettivizzazione e di razionalizzazione del mercato creditizio.

Si è creato un ponte tra vecchia e nuova disciplina, nell'ambito del quale l'usura soggettiva assume un ruolo centrale.

Animata dall'obiettivo di tutelare i soggetti in temporanea difficoltà economica e finanziaria, anche nei casi in cui il tasso di interessi pattuito sia contenuto entro il tasso soglia, l'usura soggettiva ha determinato il paradosso di un ritorno alle origini. Rimettendosi alla discrezionalità del giudice l'accertamento del reato, di fatto si è creato uno spazio di estrema soggettività che stride con l'oggettivizzazione operata dalla riforma del '96.

Il risultato è stato, come si vede chiaramente dalle opposte decisioni in commento, un forte contrasto nella giurisprudenza di merito. Un disaccordo sintomatico di una normativa che genera incertezza e che accorda ampia discrezionalità al giudice.

Infatti, l'accertamento della fattispecie di usura oggettiva si sostanzia in un mero confronto tra il tasso di interessi pattuito tra le parti e il tasso soglia del medesimo periodo in cui è avvenuta la pattuizione; al contrario, l'accertamento della fattispecie di usura soggettiva risulta più complicato e dall'esito aleatorio. Rimettendosi alla piena discrezionalità del giudice la valutazione in merito alla ricorrenza o meno degli elementi costitutivi della fattispecie[67], e pertanto in merito alla sussistenza o meno del reato/fatto illecito, si è creata una zona d'ombra che fa vacillare la certezza conseguita per altri versi in sede di riforma e la tutela degli utenti del mercato creditizio.

La tutela di soggetti in condizioni di difficoltà economica e finanziaria ai quali è pure contrattualmente richiesto un sacrificio economico superiore alla media per accedere al credito, passa attraverso un apprezzamento del giudice ampiamente discrezionale dei dati probatori riguardanti gli elementi costitutivi della fattispecie di usura. L'irrigidimento dei criteri di valutazione della prova può sfociare persino in una totale negazione di qualsiasi forma di tutela nei confronti dei contraenti deboli.

Sarebbe auspicabile, sotto questo profilo, se non anche un intervento del legislatore tale da definire con maggior nettezza e chiarezza i confini di tale fattispecie di reato, quantomeno l'assunzione, ad opera della giurisprudenza,

[67] Si fa riferimento all'elemento soggettivo della condizione personale dell'usurato e a quello oggettivo della sproporzione tra le prestazioni, tenuto conto delle concrete modalità del fatto. *Supra*, nota 9, 11,12.

di modelli di valutazione della prova di tipo presuntivo, che in base a un oggettivo stato di difficoltà economico-finanziaria del cliente e a un altrettanto oggettivo superamento del TEGM, faccia presumere – ex art. 2729 c.c. – l'approfittamento dell'istituto finanziatore, fatta salva una prova che nel caso concreto conduca ad escluderlo. In tal modo sembra potersi recuperare un bilanciamento, anche operativo, tra l'esigenza di tutela del cliente in difficoltà economica e le ragioni della Banca connesse al maggior rischio di inadempimento ed insolvenza assunto nel caso concreto.

Abstract [Ita]

L'usura c.d. soggettiva di cui all'art. 644 comma 3 c.p. costituisce un'ipotesi residuale di usura, antitetica rispetto all'usura c.d. oggettiva di cui all'art. 644 comma 1 c.p. La soggettività della fattispecie si rinviene nella centralità accordata alla situazione personale dell'usurato, con particolare attenzione alla condizione di difficoltà economica e finanziaria dello stesso, passando attraverso un accertamento discrezionale del giudice. Tali peculiarità della fattispecie stridono con l'oggettivizzazione del reato d'usura perseguita dalla Novella del '96, mostrandosi tanto vicine alla disciplina previgente da potersi ritenere come una sorta di ritorno alle origini. L'usura soggettiva, infatti, mostra non poche difficoltà sul piano definitorio e su quello applicativo, dovute sia al confronto con altri istituti strutturalmente simili, sia a un forte contrasto giurisprudenziale sulla materia, conseguente all'ampia discrezionalità accordata al giudice nella fase di accertamento del reato, che determina incertezza ed aleatorietà in sede di tutela degli utenti del mercato creditizio.

La finalità del presente contributo è lo studio della figura di reato di usura soggettiva, attraverso la disamina delle peculiarità della fattispecie e degli aspetti più critici ed oscuri ad essa sottesi.

Parole chiave: usura soggettiva; discrezionalità del giudice; difficoltà economica e finanziaria; sproporzione nel sinallagma; nullità parziale del contratto.

Abstract [Eng]

The subjective usury (art. 644, 3rd para. of the Penal Code) is a residual hypothesis of usury, antithetical to the objective usury (art. 644, 1st para. of the Penal Code). The subjectivity of the case refers to the centrality granted to the victim's personal condition of economic and financial difficulty, passing through a discretionary assessment of the judge. These peculiarities, clashing with the objectification of the crime of usury pursued by the reform of 1996, show such a strong closeness to the previous discipline that can be considered as a sort of return to the origins. About subjective usury, there are lots of defining and applicative difficulties, due both to structural comparison with other institutes, and to a strong jurispuredential contrast, caused by the wide judicial discretion during the investigantion of the crime, wich makes uncertain the protection of users of the credit market.

The purpose of this contribution is to study the crime of subjective usury, by examining its peculiarities and its most critical and obscure aspects.

Keywords: subjective usury; discretion of the judge; economic and financial difficulty; disproportionate bilaterality; partial nullity of agreement.