



## Commento

di *Andrea Cecchetto*

1. La sentenza in commento affronta, sia pure non esaustivamente né tanto meno esclusivamente, la computabilità ai fini del superamento del tasso soglia usura della **penale per estinzione anticipata nei contratti di mutuo**.

Va subito detto che sul punto si stanno infittendo le pronunce delle corti (specie di quelle di merito), e il dibattito che ne segue solleva questioni di interesse notevole.

Si cercherà di esaminare brevemente dapprima la natura dell'istituto, e quindi la rilevanza che questo riveste nell'ambito del calcolo dei costi del credito.

2. Anzitutto, giova inquadrare giuridicamente l'istituto della penale per estinzione anticipata del mutuo.

Sebbene si parli in questi casi – anche nel gergo degli addetti ai lavori – di “penale”, la pattuizione di una somma che il mutuatario dovrà corrispondere al mutuante in caso di estinzione anticipata del rapporto contrattuale non può certo qualificarsi come clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c.

Difettano infatti tanto il presupposto per l'operare della fattispecie, quanto le funzioni che essa è destinata a soddisfare: la penale disciplina il caso dell'inadempimento o del ritardo nell'inadempimento, coniugando esigenze e funzioni essenzialmente risarcitorie, coercitive e finanche punitive del debitore inadempiente.

Nel caso di specie, invece, il mutuatario che intenda estinguere anticipatamente il mutuo certo non è inadempiente, bensì esercita il diritto contrattualmente pattuito di sciogliere anticipatamente il rapporto obbligatorio.

Di conseguenza l'estinzione anticipata (e la relativa penale o *rectius* “commissione”) va inquadrata piuttosto come ipotesi di diritto di recesso, più precisamente come patto di recesso con corrispettivo (art. 1373 co. 3 c.c.): e la commissione è a tutti gli effetti un corrispettivo che il mutuatario versa al mutuante per recedere dal contratto.

Va da sé che il diritto di recesso – dai più qualificato come diritto soggettivo potestativo – garantisce al titolare una prerogativa che ben potrà anche non essere esercitata, rimanendo l'esercizio del diritto (e la corresponsione della somma: cd. multa penitenziale) ipotesi soltanto eventuale in pendenza del rapporto contrattuale.

3. È discusso se la commissione di estinzione anticipata possa rientrare nelle voci che il giudice deve considerare al fine di verificare il superamento del tasso soglia usurario.

# JUS CIVILE



Vediamo perché.

Come noto, l'art. 1815 c.c. statuisce che se nel mutuo sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi non sono dovuti: il mutuo, a seguito della sanzione imposta dall'ordinamento, diviene gratuito.

Il rapporto con la normativa penalistica sull'usura è stato ampiamente studiato: basti qui ripetere che, anche a seguito di successive precisazioni della Corte di Cassazione, la verifica dell'usurarietà del tasso di interesse non può più prescindere da un'analisi che tenga conto di tutti i costi collegati all'erogazione del finanziamento, che vengono rappresentati dal cd. TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale).

Gli interessi rappresentano quindi solo una delle componenti che concorrono a determinare il costo del finanziamento: costo che diventa in concreto usurario qualora tutta una serie di spese (ad esempio spese di istruttoria o intermediazione, assicurazioni accessorie etc.) abbiano l'effetto complessivo di far superare il tasso soglia.

Se pertanto occorre considerare tutti i costi connessi all'erogazione del credito, il corrispettivo per l'estinzione anticipata del finanziamento costituisce in concreto un costo per il mutuatario ed una remunerazione per la Banca, ai sensi dell'art. 1 L. 108/96 che ha modificato l'articolo 644 c.p. in materia di usura ("per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito").

Chi si oppone all'inclusione della commissione in questa lista dei costi connessi all'erogazione del finanziamento normalmente obietta – peraltro giustamente – che tale costo sarebbe in ogni caso sempre meramente eventuale, anzi dipendente in concreto da una scelta dello stesso mutuatario, e pertanto insuscettibile per queste ragioni di essere considerato ai fini del calcolo dell'usurarietà del mutuo.

Ma, come noto, l'art. 1 co. 1 DL 394/00 di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. statuisce che "ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

In altre parole, ciò che rileva è la promessa di pagare un costo usurario, ancorché eventuale: l'usurarietà è una patologia del mutuo che va verificata con riferimento al momento della stipulazione, con ciò diventando irrilevante la fase di esecuzione del contratto.

Vi è di più: per questa stessa ragione è corretto considerare anche il tasso degli interessi moratori, che pure – analogamente alla commissione per estinzione anticipata – rappresentano un costo eventuale del finanziamento che sarà in concreto dovuto dal mutuatario solo in caso di inadempimento (e, in questo, non mancano i riferimenti anche impropri alla ben nota e dibattuta Cass. Civ. 9 gennaio 2013 n. 350).

Alla luce di queste considerazioni, un primo orientamento interpretativo provvede in concre-



to a sommare il costo dell'estinzione anticipata agli interessi corrispettivi e a tutti gli altri costi che sono connessi all'erogazione del credito.

4. Tuttavia a parere di chi scrive quanto osservato dal giudice veneziano rimane l'interpretazione migliore della questione alla luce del quadro normativo vigente.

È ben noto che il mutuante ha tutto l'interesse a che il contratto giunga alla sua naturale scadenza: questo perché il denaro prestato al soggetto mutuatario continua a rappresentare una fonte di guadagno soltanto finché su di esso mano a mano maturano gli interessi, rata per rata.

Non a caso, se il mutuo è oneroso non è ammessa – salvo patto contrario – la restituzione anticipata delle cose date a mutuo<sup>1</sup>.

Le clausole dei contratti di mutuo bancario scoraggiano sempre apertamente il recesso anticipato del mutuatario, anche per ragioni di un corretto andamento della pianificata programmazione economico-finanziaria.

Ecco perché, a fronte dell'estinzione anticipata del contratto che ridimensiona la natura fruttifera della somma mutuata, è più che naturale che venga previsto un corrispettivo che tenga conto della remunerazione del capitale: questo appunto perché, con la restituzione in un'unica soluzione, viene meno in buona misura il guadagno del mutuante costituito dagli interessi.

Ed è questo il motivo per cui, trovando la commissione di estinzione anticipata la sua *ratio* nella funzione di ripagare il mutuante dei costi del mutuo col venir meno degli interessi (anche se normalmente il *quantum* della 'penale' è inferiore rispetto agli interessi residui), non è corretto sommarla con il tasso nominale di questi: la 'penale' ha infatti carattere sostitutivo.

Anche gli interessi moratori rispondono ad una funzione diversa da quella degli interessi corrispettivi, tanto che si sostituiscono e non si sommano nel calcolo della singola rata impagata: analogamente, sommare interessi corrispettivi e commissione d'estinzione anticipata si tradurrebbe in una duplicazione scorretta.

Il carattere eventuale della commissione di estinzione anticipata, quindi, trova pieno completamento nelle considerazioni di cui *supra*, che giustificano e anzi rafforzano il cosiddetto principio di "effettività degli oneri eventuali".

Sembra peraltro significativa l'osservazione svolta da altro tribunale di merito (*infra*, bibliografia giurisprudenziale): all'impossibilità giuridica (già esaminata) di sommare interessi corrispettivi e commissione si aggiunge l'impossibilità economica di sommare due voci (tasso degli interessi corrispettivi e commissione) che il più delle volte sono convenute in modo disomogeneo nel contratto, il primo in forma percentuale e la seconda in valore assoluto.

---

<sup>1</sup> Va tuttavia ricordato che l'art. 7 della L. 40/2007 (vd. art. 120-ter del T.U.B.) ha disposto la nullità delle commissioni per estinzione anticipata dei mutui immobiliari, pur con le limitazioni ivi previste (data di sottoscrizione del mutuo, qualificazione giuridica soggettiva del mutuatario).



## **Giurisprudenza**

Sulla natura di multa penitenziale della commissione, si veda Tribunale Bergamo, 10 maggio 2005, sulla sua eventuale natura vessatoria Tribunale Genova, 23 agosto 2005 e Collegio Arbitrale Roma, 20 marzo 2014, in *Contratti*, 2016, 2, 159.

In senso favorevole alla sommatoria, si vedano: Tribunale collegiale Pescara, 28 novembre 2014 (pres. Fortieri), Tribunale collegiale Bari, 1 dicembre 2014 (Pres. Magaletti), Tribunale Bari 19 ottobre 2015 e 27 novembre 2015 (est. D'Aprile), Tribunale Ascoli Piceno, 13 ottobre 2015

In senso contrario, si faccia riferimento a Tribunale Torino, 20 giugno 2015 (est. Astuni) e 28 marzo 2016 (est. Conca), Tribunale Pordenone, 23 maggio 2016 (est. Toffolo). Specificamente sull'argomento della disomogeneità anche Tribunale Ferrara, 16 dicembre 2015 (est. Arcani).

## **Dottrina**

Sul contratto di mutuo, si vedano ex multis TETI, Il mutuo, in Trattato Rescigno, volume XII, 1985; FRAGALI, Mutuo, in Commentario Scialoja Branca, seconda edizione 1966; MAZZAMUTO, Mutuo – Il mutuo di scopo, in Enciclopedia giuridica Treccani, volume XX, 1990; FAUSTI, Il mutuo, Napoli, 2004; FRATTAROLO-IORIO, Il mutuo nella giurisprudenza, Milano, 2009.

Sull'impatto della L. 40/2007, si veda DOLMETTA-ALIBRANDI, La facoltà di 'estinzione anticipata' nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 L. 40/2007, in *Rivista di Diritto Civile*, 2008, II, in cui si ricostruisce l'istituto dell'estinzione anticipata come possibilità facoltativa di adempimento.

Sulla differenza tra penale e multa penitenziale, si vedano PADOVINI, Il recesso, in Trattato dei contratti a cura di Gabrielli, II, Torino 2006, p. 1401 e VIGORITI, L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione, in *I Contratti*, 2006, 6, p. 592.

Per riflessioni più e meno recenti sul punto, si vedano RONDINELLI, Appunti e spunti in tema di usura contrattualizzata nei contratti di mutuo (e non solo) a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano del 28.01.2014", 2014; PISTILLI, Usura: facoltà di estinzione anticipata e costo complessivo del credito, gennaio 2015 e DOLMETTA, Regole nuove per le rilevazioni usurarie, giugno 2015, tutti reperibili in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), e NARDONE, Usura: il Taeg comprende anche il costo di estinzione anticipata del finanziamento, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).