

# IL FORO PADANO

RIVISTA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

Già "La Giurisprudenza" anno 151

ISSN: 0015-7856

## DIREZIONE

MARIO FRANZOSI · MAURO RUBINO-SAMMARTANO  
EDOARDO GARBAGNATI · MANLIO SARGENTI · ENZIO CORTESE RIVA PALAZZI

## COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

BALLARINO prof. TITO · VON BAR prof. CHRISTIAN (Germania)  
KEGEL prof. GERHARDT (Germania) · LAGARDE prof. PAUL (Francia) · MANN prof. F. A. (Gran Bretagna)

## COMITATO SCIENTIFICO

ALPA prof. GUIDO · BESSONE prof. MARIO · BERNINI avv. prof. GIORGIO · BERRI pres. sez. corte cass. MARIO  
BISCOTTINI avv. prof. GIUSEPPE · CANSACCHI avv. prof. GIORGIO  
FRIGNANI avv. prof. ALDO · GIANNATTASIO pres. sez. cass. CARLO · LIBONATI prof. BERARDINO  
MONACO prof. RICCARDO · MOSCATI prof. ENRICO · PAJARDI prof. PIERO · PESCATORE prof. GABRIELE  
PESCATORE prof. PIERRE · PRATIS cons. corte cass. CARLO MARIA  
PURCARO pres. sez. Trib. Milano DARIO · RIBOLZI avv. prof. CESARE · STENDARDI avv. prof. GIAN GALEAZZO  
TESAURO prof. GIUSEPPE · UBERTAZZI avv. prof. GIOVANNI MARIA · ZICCARDI avv. prof. FABIO

## REDAZIONE DI BOLOGNA

ANDREA BUCCI · FEDERICO ALZONA · GIULIANO BERTI ARNOALDI VELI · SANDRO CORONA

## REDAZIONE DI GENOVA

MASSIMO CURTI · RENATO VIALE · LORENZO CASTELLANA · MARIO RICCOMAGNO · RODOLFO BALLINI  
MARCELLO DELUCCHI · LEOPOLDO GHIGLIOTTI · ANTONIO MAGLIONE

## REDAZIONE DI MILANO

FEDERICO BELLINI · GIOVANNI CASUCCI · GIUSTINO DE SANCTIS · REMO DANOVI · GIAN MARIA FERRARIO  
MARIO FRANZOSI · FLAVIO LAPERTOSA · UMBERTO LOI · ALESSANDRO MUNARI  
VINCENZO ANTONIO POSO · DARIO PURCARO · DINO RINOLDI  
MAURO RUBINO-SAMMARTANO · RUGGERO RUBINO-SAMMARTANO · FRANCESCO SANTI  
MARCO S. SPOLIDORO · LUISA ZANFRAMUNDO · MASSIMO ZANOLETTI

## REDAZIONE DI PADOVA

TITO BALLARINO · FRANCESCO ABATE · BRUNO BAREL · STEFANO DE' MICHELI  
FRANCESCO DI GIOVANNI · MASSIMO FABIANI

## REDAZIONE DI PERUGIA

LORENZO MEZZASOMA · UMBERTO RANA · GIOVANNI BERTI DE MARINIS · SIMONE MEZZACAPO  
MARGHERITA PALMA · CRISTIANA BOITI · LAURA COPPINI · ALESSIA REDI

## REDAZIONE DI ROMA

ENRICO MOSCATI · ROMOLO PERSIANI · STEFANO COEN · FABRIZIO COLONNA  
MAURIZIO DE GASPERIS · PAOLO D'OVIDIO · FABRIZIA GARRI · DANIELA GIACOBBE · MASSIMO NUZZO

## REDAZIONE DI TORINO

SILVANA BORELLI · ALDO FRIGNANI · GUIDO CANALE · MAURIZIO DE LA FOREST · PATRIZIA FRANCESCHINA  
PATRIZIA GROSSO · MAURIZIO IRRERA · CESARE MANFREDI · GIACOMO OBERTO · MAURIZIA PICOLLO · DARIO POTO  
MARGHERITA POTO · RICCARDO ROSSOTTO · UMBERTO SCOTTI · ALBERTO TEALDI

## REDAZIONE DI VENEZIA

PAOLA DALLA VALLE · EZIO GUERINONI · GIORGIO LORCET · MARIELLA MELANDRI  
GIANLUCA SICCHERO · ROBERTO SIMONE · ARTURO MANIACI

Direzione: I 20121 MILANO · Via Brera, 5 · Tel. 02/867550  
Redazione: I 20145 MILANO · Via Cassiodoro, 3 · Tel. 02/4819041



FABRIZIO SERRA EDITORE®

PISA · ROMA

HTTPS://DOI.ORG/10.19272/201704701011

## BREVI RIFLESSIONI SULLA 'PENALE' PER ESTINZIONE ANTICIPATA DEL MUTUO

ANDREA CECCHETTO\*

Negli ultimi anni è stata più volte sottoposta all'attenzione delle Corti di merito la 'penale' per estinzione anticipata del contratto di mutuo (e del virgolettato si dirà in seguito): in particolare, l'istituto ha assunto una sua autonoma rilevanza nell'ambito della normativa vigente in materia di usura.

Alla luce di alcuni recenti casi giurisprudenziali, è nato un dibattito per chiarire se l'ammontare della penale per estinzione anticipata debba essere incluso nei costi che vanno computati al fine di verificare il superamento del tasso soglia usura.

In questo probabilmente va ravvisata una naturale evoluzione della materia, basti pensare che il mutuo è stato studiato negli ultimi anni proprio in merito al tema dell'usura e delle problematiche che possano rientrarvi (1): dalla commissione di massimo scoperto alle polizze assicurative collegate, dall'annosa questione dell'applicabilità dell'art. 1815 c.c. agli interessi moratori (2) fino alla possibilità di sommare questi ultimi e interessi corrispettivi.

Prima di comprendere quale sia lo stato dell'arte nel dibattito, occorre preliminarmente svolgere alcune brevi riflessioni sulla penale per estinzione anticipata.

### *Natura della penale per estinzione anticipata*

Va subito premesso che il termine 'penale' è improprio, se non addirittura foriero di equivoci (3).

(\*) Avv. Dottorando di ricerca in Diritto, Mercato e Persona presso l'Università Ca' Foscari Venezia

(1) In tema di mutuo si vedano TETI, *Il mutuo*, in *Trattato RESCIGNO*, vol. XII, Torino, 1985; FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. SCIALOJA, BRANCA*, seconda ed., Roma, 1966; MAZZAMUTO, *Mutuo – Il mutuo di scopo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, terza ed., II, Padova, 2015, 822 e ss.; FRATTAROLO, IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009; BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001; FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato Perlingieri di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2004.

(2) Su quest'ultimo dibattito punto, si veda, *ex multis*, ROBUSTELLA, *La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6.

(3) Cfr. VIGORITI, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione*, *Contratti* 2006, 6, 594 e ss. Il contributo trae spunto da Trib. Bergamo 10 maggio 2005, in cui era stata prospettata la manifesta eccessività della penale per estinzione anticipata versata da un correntista: mentre l'attore lamentava la natura manifestamente eccessiva della penale invocando l'art. 1384 c.c., il Tribunale correttamente provvedeva a qualificare la clausola *de quo* non come clausola penale bensì come multa penitenziale (in massima: «In un contratto di mutuo, l'accordo che prevede a carico del mutuatario il paga-

Infatti, la pattuizione di una somma che il mutuatario dovrà pagare al mutuante nell'eventualità dell'estinzione anticipata del rapporto contrattuale non può certo inquadrarsi nella fattispecie della clausola penale di cui all'art. 1382 c.c.

Quest'ultima opera in presenza dell'inadempimento di una delle parti, da un lato liquidando anticipatamente il danno risarcibile (nel quadro più ampio della sua funzione risarcitoria) e dall'altro fungendo da deterrente nei confronti del soggetto obbligato (4).

Nel caso dell'estinzione anticipata, è chiaro che manca il presupposto dell'inadempimento (5): la clausola, infatti, intende accordare al mutuatario la possibilità di sciogliersi anticipatamente dal vincolo contrattuale secondo la propria discrezione e a prescindere da qualsiasi inadempimento, imponendogli unicamente la corresponsione di una somma determinata qualora egli decida di avvalersene (6).

È il ben noto schema del patto di recesso con corrispettivo (art. 1373, co. 3 c.c.) (7).

Il mutuatario che estingue anticipatamente il mutuo, pertanto, non versa una 'penale' in senso tecnico, bensì la multa penitenziale (art. 1373, co. 3 c.c.)

mento di una determinata somma per estinguere anticipatamente il debito, va ritenuta multa penitenziale e non clausola penale. La clausola che difetti in punto di chiarezza e comprensibilità deve essere dichiarata vessatoria». Si veda anche PADOVINI, *Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Gabrielli, II, Torino 2006, 1401 e ss.

(4) Si veda anche VIGORITI, *art. cit.*, 595: «Quest'ultimo [N.d.A.: la clausola penale] poggia sugli elementi indicati dall'art. 1382, primo comma, Codice civile: l'inadempimento, il ritardo o, ipotesi di matrice dottrinale e giurisprudenziale, l'adempimento inesatto».

(5) O, quantomeno, quando viene utilizzata la clausola di estinzione anticipata va tenuto distinto il problema del corretto adempimento da parte del mutuatario di tutte le rate del mutuo già scadute.

(6) Cfr. VIGORITI, *art. cit.*, 595: «La clausola [...] ha come presupposto la volontà [...] di estinguere in anticipo il proprio debito con la banca, pagando una determinata somma per svincolarsi, a prescindere da inadempimenti o ritardi di sorta». Si veda anche MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999, 40 e ss. Con chiarezza si è espressa anche la Cassazione, nella sentenza n. 6561 del 10 giugno 1991: «La clausola penale è un patto accessorio del contratto con funzione sia di coercizione all'adempimento sia di predeterminazione della misura del risarcimento in caso di inadempimento. Essa, pertanto, a norma dell'art. 1453 comma primo c.c. trova applicazione sia nell'ipotesi che il contraente chieda la risoluzione del contratto sia in quella che egli proponga domanda volta a conseguire l'esecuzione coatta del negozio e vale unicamente come liquidazione convenzionale del danno fissata antecedentemente dalle parti. Diversa funzione va invece riconosciuta alla caparra penitenziale o pena del recesso disciplinata dall'art. 1386 c.c. quale corrispettivo del diritto di recesso pattiziamente consentito».

(7) Cfr. anche l'interessante Cass. 18 marzo 2010 n. 6558.

contrattualmente pattuita come corrispettivo del diritto di recesso (8). Come è stato efficacemente affermato (9) la clausola penale tutela il creditore, mentre la multa penitenziale tutela il debitore.

Ne discende che, rientrando la fattispecie nell'ambito del recesso unilaterale (dai più qualificato come un diritto soggettivo potestativo) (10), l'esercizio del diritto resta nella piena volontà del mutuatario, che ben potrà non avvalersene.

Si capisce quindi che resta sostanzialmente eventuale il pagamento della penale (da ora, *rectius*, commissione) per estinzione anticipata.

Sul punto si tornerà in seguito.

*La commissione per estinzione anticipata  
e i costi connessi all'erogazione del credito:  
un'inclusione possibile?*

Come noto, l'art. 1815 c.c. sanziona la pattuizione di interessi usurari nel contratto di mutuo con la nullità, che comporta la trasformazione da mutuo oneroso a mutuo a titolo gratuito.

Qui preme sottolineare quanto più volte affermato dalla Corte di Cassazione, chiara nel ribadire che quando la norma parla di 'interessi' occorre soffermarsi non solo su questa parte (sia pure essenziale) del contratto, ma bisogna anche considerare tutti i costi collegati all'erogazione del finanziamento (rappresentati dal cd. T.A.E.G., Tasso Annuo Effettivo Globale) (11).

In altre parole, gli interessi costituiscono solo una delle voci che vanno prese in considerazione per determinare l'effettivo costo del finanziamento: di conseguenza, il superamento del tasso soglia potrebbe essere causato anche da spese di istruttoria o inter-

(8) Così anche FAUSTI, *art. cit.*, 247: «È da escludersi ogni assimilazione della multa penitenziale alla clausola penale (art. 1382 c.c.), essendo solo quest'ultima ineliminabilmente connessa alla fattispecie dell'inadempimento, ed inoltre caratterizzata da una natura sanzionatoria», con tutte le conseguenze che questo comporta in caso di commissione eccessivamente onerosa.

(9) Si veda TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, 736, nota 2: «La differenza concettuale di questa clausola di ritiro [...] dalla clausola penale ordinaria è che quest'ultima è concepita a garanzia del creditore per la sua soddisfazione nell'eventuale inadempimento della controparte, e la clausola di ritiro è invece posta a vantaggio del debitore, che si apre un'alternativa tra l'interesse al contratto e l'interesse alla libertà del vincolo».

(10) Così anche FAUSTI, *art. cit.*, 246.

(11) Cfr. art. 1 L. 108/1996 che ha modificato l'art. 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». Cfr. anche Trib. Padova 12 agosto 2014: «Stabilendo che per determinare il 'tasso di interesse usurario, si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito', l'art. 1 comma 4 legge n. 108/1996 intende chiaramente ricomprendere nel calcolo del teg qualsiasi onere effettivamente sopportato dal cliente quale costo economico».

mediazione bancaria, dal costo per le assicurazioni imposte al mutuatario in relazione al contratto e così via.

Tutto ciò premesso, la commissione per estinzione anticipata è a tutti gli effetti un costo per il mutuatario ed una remunerazione per la banca ai sensi di legge? E, quindi, può considerarsi una delle voci da computare nel conteggio per la verifica dell'usurarietà del mutuo?

Le prime pronunce di merito in senso affermativo risalgono al 2014 (12).

L'argomento principale a sostegno di tale posizione è sostanzialmente questo (13): il momento a cui bisogna fare riferimento per valutare l'usurarietà del mutuo è quello della stipulazione (14), con la conseguenza che l'eventuale patologia genetica del contratto rende irrilevante la fase di esecuzione.

Ciò significa che è sanzionata la mera promessa di pagare un costo usurario, ancorché eventuale (15).

Un simile ragionamento appare di per sé idoneo a confutare l'intuitiva considerazione, già anticipata precedentemente, per cui il costo dell'estinzione anticipata è essenzialmente eventuale e non ricompreso nella fisiologia del mutuo.

Ma è davvero superata questa obiezione?

Non sono mancate pronunce che hanno sostenuto la tesi opposta, negando quindi l'inclusione della

(12) In ordine, Trib. collegiale Pescara 28 novembre 2014 (*Pres. Fortieri*), Trib. collegiale Bari 1° dicembre 2014 (*Pres. Magaletti*), Trib. Bari 19 ottobre 2015 – con massima «Ai fini della verifica della usurarietà del tasso convenuto nel contratto di mutuo deve tenersi conto non solo del tasso di interessi pattuito ma anche di tutti gli altri costi previsti in contratto, sia quelli certi che quelli eventuali (interessi moratori e penale di anticipata estinzione)» – *Quotidiano Giuridico* 2015, nota di FIORUCCI e ancora 27 novembre 2015 (*Est. D'Aprile*), Trib. Ascoli Piceno 13 ottobre 2015.

(13) Si vedano NARDONE, *Usura: il Taeg comprende anche il costo di estinzione anticipata del finanziamento*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it); 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*, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it); PISTILLI, *Usura: facoltà di estinzione anticipata e costo complessivo del credito*, 2015, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it); ASTUNI, *Nuove Istruzioni dell'Autorità Amministrativa sull'usura? Intervista da Aldo Angelo Dolmetta a Enrico Astuni*, sempre in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it).

(14) Cfr. art. 1, co. 1 D.L. 394/2000 di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p.: «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».

(15) L'ovvio caso di riferimento è quello degli interessi moratori, tipico caso di costo promesso ma eventuale poiché dovuto solo nell'eventualità di inadempimento del mutuatario. Sul punto si tornerà *infra*. Così in Trib. Pescara, cit.: «In termini elastici la mora e la penale per estinzione anticipata possono essere tra loro accomunate in quanto entrambe rappresentano un costo del mutuo erogato, seppure solo incerto e potenziale circa il verificarsi in concreto, atteso che entrambe dipendono da un fatto del mutuatario». Si veda anche BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., 161 e ss.

commissione per estinzione anticipata nel novero dei costi da computare per la verifica dell'usurarietà del mutuo (16).

Occorre fare a questo punto un passo indietro e considerare la funzione e la dinamica tipiche del mutuo.

È pur vero che la commissione per estinzione anticipata tutela il debitore, consentendogli di potersi svincolare dal contratto restituendo il capitale residuo e corrispondendo (oltre alle rate di interessi già scadute) l'ammontare della commissione.

Ciò non toglie che il contratto di mutuo tipicamente nasca con la funzione di far guadagnare al mutuante gli interessi sul capitale: ecco perché questi ha interesse a che il mutuo non venga estinto anticipatamente, che si traduce nel diritto di non subire la restituzione *ante tempus* visto che il denaro prestato continua a rappresentare una fonte di guadagno fintantoché via via maturano le varie rate comprensive di interessi (fermo restando che anche gli oneri accessori, spese comprese, possono essere rateizzati e quindi risultare rifusi solo parzialmente in caso di estinzione anticipata).

A questo si aggiunga il fatto che gli istituti di credito, normalmente, basano buona parte della programmazione economico-finanziaria sugli interessi che si aspettano di guadagnare dai mutui (17).

Da ciò discende che se il mutuo è oneroso non è ammessa la restituzione anticipata, salvo appunto patto contrario (18): non sorprende così che al diritto

di recesso si affianchi la relativa commissione (19), proprio perché la banca ha tutto l'interesse a scoraggiare l'estinzione anticipata del contratto.

Con la restituzione in un'unica e anticipata soluzione, quella commissione ha proprio la funzione di remunerare per altra via il capitale dato a mutuo dal creditore (20); e, ad ogni modo, il *quantum* della commissione è di norma sensibilmente inferiore rispetto agli interessi residui non ancora maturati.

Quindi, si potrebbe dire che il diritto di recesso tutela il debitore, mentre il suo costo tutela l'interesse del creditore a vedersi riconosciuta – sia pure in misura inferiore – una parte del guadagno atteso.

Ciò non toglie – ed è questo il punto – che alla luce di queste riflessioni la commissione ha carattere sostitutivo degli interessi sul capitale: ragione per cui sommarne l'ammontare al tasso di interessi si tradurrebbe in un'indebita duplicazione di voci, analogamente a quanto accade con gli interessi di mora. In quella fattispecie, infatti, la sommatoria tra tasso di interessi corrispettivi e tasso di interessi moratori è concettualmente scorretta proprio perché – in caso di inadempimento del debitore – gli interessi moratori assolvono alla loro funzione sostituendosi a quelli corrispettivi, in modo che per valutarne l'usurarietà andrà considerato unicamente il tasso di mora.

Va peraltro segnalata la difficoltà, segnalata in una finora isolata pronuncia di merito (21), di sommare

pata come possibilità facoltativa di adempimento: «Sotto l'aspetto strutturale, la facoltà così regolata rimanda a una possibilità facoltativa di adempimento: sulla falsariga concettuale, a noi pare proprio, dell'obbligazione con facoltà alternativa».

(19) Precisa sul punto sempre GALGANO, *op. cit.*, 556: «La dichiarazione di recesso è sottratta alla regola dell'art. 1337: la sua comunicazione alla controparte non produce effetto estintivo del contratto se non è accompagnata dalla dazione del corrispettivo pattuito: il vincolo contrattuale non si scioglie se non a seguito della dazione, analogamente a quanto accade nei contratti, detti reali, che non si perfezionano per il solo consenso, ma richiedono la consegna della cosa». In senso analogo anche DOLMETTA, ALIBRANDI, *art. cit.*, 525: «Per produrre il correlato effetto estintivo occorrerà, per contro, il compiuto versamento della somma dovuta per l'intera linea capitale e per gli interessi a quella data maturati (in sostanziale applicazione del principio di cui all'art. 1197, comma 1° ultimo periodo, c.c.)». Gli autori proseguono qualificando la commissione per estinzione anticipata anche come corrispettivo «a fronte della riduzione del termine dell'obbligazione consentita dal creditore» (527), specialmente nei mutui immobiliari oggetto della novella legislativa del 2007 (cd. Decreti Bersani).

(20) Cfr. FAUSTI, *art. cit.*, 246: «Quanto alla funzione del compenso, secondo l'interpretazione tradizionale si tratterebbe di una sorta di risarcimento per rivalere gli enti degli oneri a fronte della perdita connessa alla remunerazione delle obbligazioni emesse per la provvista».

(21) Trib. Ferrara 16 dicembre 2015 (*Est. Arcani*), in [www.diritto-bancario.it](http://www.diritto-bancario.it), da cui l'estratto: «In materia di usura, la penale contrattuale per la risoluzione anticipata del mutuo non può essere considerata ai fini del calcolo del Tasso Effettivo Globale, vista la disomogeneità tra la penale e gli interessi e spese che concorrono all'individuazione del tasso soglia».

(16) Si vedano Trib. Torino 20 giugno 2015 (*Est. Astuni*) e 28 marzo 2016 (*Est. Conca*), nonché Trib. Venezia 25 novembre 2015 (*Est. Zanon*) e Trib. Pordenone 23 maggio 2016 (*Est. Toffolo*). In specie, la prima sentenza afferma: «Confinano nell'irrelevante giuridico i debiti per remunerazioni, commissioni e spese, bensì collegati all'erogazione del credito, ma: [...] meramente potenziali, perché non dovuti per effetto della mera conclusione del contratto, ma subordinati al verificarsi di eventi futuri (ancora possibili ma concretamente) non verificatisi (così il caso dell'interesse di mora, potenzialmente usurario ma mai applicato, perché il debitore non ha mai ritardato nei pagamenti)». Così invece il foro veneziano «La penale di estinzione anticipata non può essere compresa nei costi collegati all'erogazione del credito, in quanto correlata al mero esercizio di una facoltà (l'estinzione anticipata, appunto) del mutuatario».

(17) Così anche VIGORITI, *art. cit.*, 596.

(18) Cfr. TETI, *art. cit.*, 643. Si veda anche GALGANO, *op. cit.*, 825: «Il termine per la restituzione si presume, nel mutuo oneroso, a favore di entrambe le parti (art. 1816). Il contratto ha la funzione di far guadagnare al mutuante gli interessi sul capitale dato a prestito: perciò il mutuatario non può, se il contratto non lo consente, restituire in anticipo la somma ricevuta». Si ricorda che vige una normativa speciale in materia di mutui immobiliari (cfr. art. 7 L. 40/2007), laddove sono nulle le commissioni per estinzione anticipata sia pure con alcune limitazioni previste dalla legge (data di sottoscrizione del mutuo, qualificazione giuridica soggettiva del mutuatario). Sul punto cfr. FUSARO, *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario*, *Contr. Impr.* 2011, 6, 1422 e ss., e DOLMETTA, ALIBRANDI, *La facoltà di 'estinzione anticipata' nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 L. 40/2007*, *Riv. dir. civ.* 2008, II, in cui gli autori qualificano l'istituto dell'estinzione anti-



due voci (tasso degli interessi corrispettivi e commissione) che nella pratica vengono pattuite in modo disomogeneo nel contratto: il primo in percentuale, la seconda in valore assoluto.

Né, va aggiunto a quanto appena osservato, la natura di costo eventuale della commissione per estinzione anticipata appare questione superata facendo riferimento al Decreto Legge di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p.

Anzitutto, l'art. 1 fa riferimento ai soli «interessi», e la dinamica pattuizione-dazione è tipica proprio di quella obbligazione restando discutibile l'estensione anche ad altre pattuizioni quale la commissione per estinzione anticipata (22). Peraltro, è ben noto come quel decreto di interpretazione autentica fosse stato emanato per dare una prima risposta al problema dell'usura sopravvenuta, in un contesto nel quale un tasso poteva effettivamente essere usurario nel momento della dazione ma non in quello della pattuizione, alla luce della variazione dei tassi operata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Ciò detto, la commissione per estinzione anticipata non è solo un costo 'eventuale': a differenza degli interessi moratori, anch'essi eventuali ma indipendenti dalla volontà del debitore, la commissione è un costo che il mutuatario sceglie in piena libertà se sostenere o meno. All'eventualità si affianca quindi la discrezionalità del debitore sul verificarsi o meno del presupposto in base a cui quel costo sarà dovuto.

In altri termini, se deve pur tenersi conto dell'effettività degli oneri eventuali, a maggior ragione questo va fatto quando l'effettività dipenda da una libera decisione proprio di quel soggetto che la normativa antiusura mira a tutelare.

Queste considerazioni spiegano perché vi siano ancora buone ragioni per non includere la commissione per estinzione anticipata tra le voci che vanno considerate nel vaglio di usurarietà del mutuo: lo sforzo – pur lodevole – di voler tutelare al massimo livello il soggetto debole del contratto (il mutuatario) pare in questo specifico caso raggiungere l'effetto di sostenere una posizione che non si accorda né con la dinamica tipica di questo contratto, né tantomeno con la normativa vigente.

---

(22) Per tacere del fatto che il decreto fornisce interpretazione autentica di una norma penale, restando aperto il dubbio che una simile impostazione possa in concreto risultare frutto di un'interpretazione estensiva o analogica *in malam partem*.