

USURA E COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO, ASPETTI PENALI.

(La Corte d'Appello penale di Reggio Calabria riforma la sentenza del Tribunale di Palmi: un presidio di cartapesta alla norma penale)

ROBERTO MARCELLI

Sommario: 1. Introduzione; 1.1 Premessa: lo sconcerto sollevato dalle sentenze del Tribunale penale di Palmi e della Corte d'Appello di Reggio Calabria; 1.2 Il percorso motivazionale e la decisione della Corte d'Appello penale di Reggio Calabria; 2. Le CMS e le soglie d'usura: normativa di riferimento; 2.1 La CMS e le 'Istruzioni' della Banca d'Italia: distorsione evolutiva e criticità applicativa; 2.2 La media di Trilussa e quella della Banca d'Italia; 2.3 La legge 108/96, i Decreti ministeriali e la Circolare dell'Organo di Vigilanza 2 dicembre '05: riserva di legge, delega tecnica e stravolgimenti interpretativi; 2.4 La preordinata elusione del vincolo posto ai tassi di interesse: la crescita e l'estensione della CMS; 3. La sentenza della Corte d'Appello penale di Reggio Calabria; 3.1 L'elemento oggettivo nella sentenza della Corte d'Appello: incongruenze e contraddizioni; 3.2 L'elemento psicologico di consapevolezza e volontà nella sentenza della Corte d'Appello: preconcetti, omissioni e vizi motivazionali; 4. Conclusioni.

I. INTRODUZIONE ¹.

1.1. Premessa: lo sconcerto sollevato dalle sentenze del Tribunale penale di Palmi e della Corte d'Appello di Reggio Calabria.

Il Tribunale penale di Palmi si era occupato nel '07 dell'ipotesi accusatoria di concorso in usura, nei confronti dei Presidenti e di alcuni dirigenti della Banca Antonveneta, Banca di Roma e B.N.L., per i rapporti di conto intrattenuti con il 'Gruppo De Masi'. Con la sentenza n. 1732 del 27 novembre '07 veniva accertata l'esistenza dell'elemento oggettivo del reato d'usura, ma non si ravvisava alcuna responsabilità riconducibile ai Presidenti delle banche e ai dirigenti periferici, assolvendoli tutti "per non aver commesso il fatto".

Un particolare sconcerto aveva destato, fra giuristi e operatori economici, la circostanza che, accertata l'usura, nessuna posizione di garanzia del precetto penale (art. 644 c.p.) veniva ricondotta alla funzione apicale dei Presidenti, né venivano individuate responsabilità nelle altre funzioni inquisite.

La Sentenza di Palmi veniva appellata dalla Procura Generale, dal P.M. e dalle parti civili.

La Corte d'Appello di Reggio Calabria, con la pronuncia depositata lo scorso 9/9/10, riprende numerosi passi della recente sentenza della Cassazione penale n. 12028/10², per affermare che il chiaro tenore letterale

¹ Il lavoro presenta i limiti e i condizionamenti professionali di chi, occupandosi professionalmente di economia e finanza, si viene a confrontare con i complessi rapporti fra gli aspetti tecnici e la struttura normativa penale che presiede il settore del credito, nel particolare tema dell'usura. Di riflesso, talune considerazioni, giudizi e riflessioni possono soffrire di carenze e pregiudizi rivenienti dal prevalente retroterra culturale. Ciò non di meno, le valutazioni espresse trovano un sostanziale e palese riscontro in un'attenta ricostruzione dei passaggi evolutivi che hanno caratterizzato il mercato del credito e la relativa normativa.

² Nella Sentenza in parola, la Cassazione, ritenendo legittime le perplessità da più parti sollevate – anche dalla giurisprudenza di merito – in ordine alla conformità al dettato legislativo del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia (e fatto proprio dal Ministro competente) che escludeva la CMS dal calcolo del TEG, perviene alla conclusione che "il chiaro tenore letterale del comma IV dell'art. 644 c.p. (secondo il quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la Commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente legato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di

del comma 4 dell'art. 644 c.p. impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, anche le Commissioni di Massimo Scoperto. Nel contempo, discostandosi dal Tribunale di Palmi, perviene ad accertare una pregnante posizione di garanzia degli interessi protetti dall'art. 644 c.p. in capo ai Presidenti delle tre banche, tuttavia non ravvisa, in nessuno dei tre casi esaminati, sufficienti elementi di consapevolezza e volontà che possano configurare un comportamento doloso.

Nella decisione della Corte d'Appello, la sentenza di Palmi subisce pertanto una modesta riforma: anziché assolti “perché il fatto non sussiste”, i Presidenti vengono assolti dai reati a loro ascritti “perché il fatto non costituisce reato”.

E' questo l'epilogo di un impiego distorto delle Commissioni di Massimo Scoperto praticato, per lungo tempo, dal sistema bancario alla generalità dei rapporti di conto, che ha portato ad una pratica diffusa di usura bancaria senza che alcuna responsabilità sia stata ad oggi sanzionata.

Nonostante la chiara formulazione del precetto penale posto a presidio del limite d'usura, un uso distorto della delega rimessa all'organo amministrativo ha generato una confusione interpretativa, prontamente utilizzata dagli intermediari per ampliare oltre ogni ragionevole misura la CMS ed eludere, per tale via, le limitazioni poste dalle soglie d'usura agli interessi.

Per oltre tredici anni il disposto della legge n. 108/96 è risultato disatteso, nell'inerzia dell'Organo di Vigilanza e della Magistratura. La notevole dimensione e diffusione assunte dal drenaggio economico insito nell'aberrante sistema di calcolo della CMS e il dilagare di procedimenti di usura bancaria avviati sul territorio nazionale hanno indotto il legislatore a riformare la pratica della Commissione, riportandola al suo tradizionale riferimento. Nel contempo la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta, da ultimo, con la menzionata sentenza n. 12028/10, assumendo una chiara posizione sull'inclusione della CMS nel calcolo della soglia d'usura e sancendo il tal modo il comportamento illecito adottato da buona parte del sistema bancario negli ultimi tredici anni.

Il provvedimento legislativo adottato nel gennaio '09 (D.L. 185/08, convertito nella legge n. 2/09) e l'integrazione dell'agosto successivo (D.L. 78/09, convertito nella legge n. 102/09) hanno in breve tempo ricondotto ad

liquidità e tenerla a disposizione del cliente”. Per un commento, cfr. Roberto Marcelli, Le Commissioni di Massimo Scoperto e le soglie d'usura. La Cassazione penale ridimensiona la Banca d'Italia, in www.assoctu.it.

equità e legalità la Commissione, inducendo, di fatto, una remunerazione per lo più rapportata al fido accordato.

Non si può tuttavia omettere di sindacare e perseguire i comportamenti usurari perpetrati per così lungo tempo. Nell'ultimo decennio sono più volte emersi, nella delicata funzione finanziario-creditizia, casi eclatanti e diffusi di preordinati abusi del diritto, rimasti spesso scarsamente perseguiti.

Nelle vicende di usura bancaria, esaminate dal Tribunale di Palmi e dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria, risultano coinvolti tre importanti Istituti di credito nazionale; le pronunce alle quali si perviene segnano per l'ordinamento giuridico una debacle: l'elemento oggettivo dell'usura viene accertata, ma non si ravvisano gli elementi del reato.

All'evidenza di una pratica illecita, le sentenze del Tribunale di Palmi e della Corte di Reggio Calabria, informate entrambi a preconcetti e reticenze, si sono ritratte dietro generiche quanto sommarie istruttorie, mostrando un celato timore a scoprire un velo, divenuto ormai ai più trasparente, su forme di gestione e di indirizzo del credito distinte e contrapposte a quelle previste dall'ordinamento giuridico³.

1.2 Il percorso motivazionale e la decisione della Corte d'Appello penale di Reggio Calabria.

La Corte d'Appello, nel riprendere il più delle volte letteralmente⁴ intere pagine della recente Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10, include la CMS nella verifica dell'usura⁵, ma anziché inserirla nel TEG, impiega la singolare metodologia di calcolo indicata dalla Banca d'Italia nella Circolare

³ Il Governatore della Banca d'Italia, in un suo recente articolo pubblicato sull'Osservatore Romano, a commento dell'Enciclica Caritas in veritate, così si è espresso: "Un modello in cui gli operatori considerano lecita ogni mossa, in cui si crede ciecamente nella capacità del mercato di autoregolamentarsi, in cui divengono comuni gravi malversazioni, in cui i regolatori dei mercati sono deboli o prede dei regolati, in cui i compensi degli alti dirigenti d'impresa sono ai più eticamente intollerabili, non può essere un modello per la crescita del mondo".

⁴ Cfr. pagg. da 61 a 65, 67/68 della Sentenza della Corte d'Appello con le pagg. da 8 a 13 della citata Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10.

⁵ "La Corte, in punto di esistenza del reato d'usura, ritiene di condividere integralmente il percorso motivazionale che ha condotto i Primi giudici a ritenere accertata la sussistenza dell'elemento materiale del reato optando per l'unica soluzione offerta dal quarto comma dell'art. 644 c.p., ossia che la CMS rientri a pieno titolo tra gli oneri da essa menzionati e possa generare autonomamente una condizione usuraria nel rapporto tra creditore (banca) e debitore (cliente)".

del dicembre '05⁶ – ancorché i fatti oggetto di usura si riferiscano al periodo 99/02 – ritenendola la sola interpretazione conforme alla legge.⁷

Per l'elemento soggettivo del reato, la Sentenza della Corte d'Appello, nell'accertare la fondatezza dei motivi di gravame che potrebbero condurre la riferibilità della condotta usuraria ai Presidenti delle banche, ha ritenuto privi di rilevanza i poteri di rappresentanza⁸, soffermandosi invece sugli effettivi poteri decisionali e di gestione operativa, riconducibili alla loro funzione all'interno delle banche stesse. Discostandosi dalla sentenza di primo grado, la Corte, negli statuti delle tre banche, individua nella qualità dei Presidenti del Consiglio di Amministrazione, congiuntamente agli altri componenti, poteri decisori in materia di erogazione del credito, nell'ambito dei più generali poteri d'indirizzo dell'impresa.

La sentenza si sofferma poi sulle modalità con le quali viene esercitato il potere di delega, al fine di valutarne gli effetti sulla posizione del delegante e del delegato. Viene così a distinguere la delega di funzioni, nel caso in cui venga a costituirsi sul delegato una posizione di garanzia con il ritrarsi della sfera di competenza del delegante, dalla delega di esecuzione, che lascia integra la posizione di garanzia del delegante, per accertare sotto quali condizioni la delega possa avere per il delegante un'effettiva efficacia liberatoria.

⁶ Riporta la sentenza: “Tant'è che finalmente la Circolare della Banca d'Italia n. 12 del 2/12/05, mandata a tutti i capi delle filiali di tutte le banche, fa entrare in gioco la commissione di massimo scoperto, e che, nel Decreto del MEF del 15/03/06, spunta, per la prima volta, una “Nota Metodologica” sulla rilevazione dei tassi di interesse effettivi globali medi ai fini della legge sull'usura.”. L'affermazione non risulta corretta: la nota metodologica anche in precedenza accompagnava i decreti, mentre nessun riferimento alla Circolare della Banca d'Italia viene riportato nei decreti successivi.

⁷ Stabilisce di conseguenza: L'impatto della commissione di massimo scoperto dovrà essere determinato avendo riguardo: 1) alla differenza tra l'importo degli interessi massimi che la banca avrebbe potuto percepire nel caso avesse applicato il tasso soglia (rimanendo nei limiti di legge) e l'importo degli interessi che ha effettivamente percepito (margine interessi disponibile entro legge, se di segno positivo; margine di interessi usurario, se di segno negativo); 2) alla differenza tra l'importo massimo della commissione che avrebbe potuto percepire nel caso avesse applicato la relativa percentuale soglia (rimanendo nei limiti di legge) e l'importo della commissione effettivamente percepita (l'eventuale differenza negativa, pur dando contezza della percezione di un importo di CMS superiore a quanto previsto per legge, non consente di per sé di affermare che sono state applicate condizioni usurarie). Ove l'eccedente importo della CMS applicata supera il margine di interessi disponibile calcolato come al punto 1), si deve ritenere che gli interessi, le commissioni e gli oneri, considerati nella loro totalità (cfr. ancora una volta la lettera della Banca d'Italia del 2/12/2005) sopravanzano il limite di cui all'art. 2 comma 4 L. 7/3/1996, n. 108, e sono da ritenersi usurari”.

⁸ La rappresentanza legale è un istituto prettamente civilistico, di per sé non rilevante in materia penale, non potendosi assumere a base di una responsabilità di posizione che finirebbe per diventare una sorta di responsabilità oggettiva.

Accogliendo un orientamento giurisprudenziale maggioritario, che non ritiene necessaria una delega formalmente scritta – risultando sufficiente che la ripartizione delle funzioni fra delegante e delegato emerga chiaramente dalla situazione di fatto – la Corte si sofferma sui requisiti e contenuti di una delega di funzioni, sia pure implicita, che induca un effetto liberatorio per l'organo delegante, avendo presente i rischi di una deresponsabilizzazione del vertice nei casi di deleghe implicite fumose ed indeterminate.

Accanto ai principi generali, la Corte, nel richiamare le peculiari caratteristiche dell'intermediario creditizio ed i connessi assetti organizzativi previsti a presidio della sana e prudente gestione, richiama la rigorosa regolamentazione delle deleghe dettata dall'Organo di Vigilanza⁹, che delinea un sistema virtuoso di devoluzione decisionale ed operativa informato a trasparenti principi di: 1. chiarezza della manifestazione di volontà di ricorrere alla delega; 2. determinatezza dell'attività delegata, con potere di verifica sul corretto adempimento dell'attività delegata; 3. mantenimento dei poteri di direttiva e di avocazione.

In un'analogia direzione – per un assetto organizzativo coerente con gli obiettivi strategici delineati dall'organo di vertice – è orientata la disciplina introdotta dal D. Lgs. 8/6/01 n. 231, anche se fra i reati oggetto di specifica previsione non figura il reato di cui all'art. 644 c.p..

La Corte, pur non ritenendo strettamente necessaria una delega scritta rilasciata in termini formali, non ha ravvisato, nel sistema di competenze interne dei tre istituti di credito, elementi atti a soddisfare i sopra citati principi in tema di deleghe in materia di remunerazione del credito e, più in particolare, per quanto attiene al rispetto dei tassi soglia e delle relative componenti.

Dissociandosi dalla conclusione cui era giunto il Tribunale di Palmi, la Corte ha pertanto ritenuto che, accanto ai soggetti componenti gli organi semiapicali, cui era stata conferita un'indeterminata delega, la posizione apicale degli istituti di credito era “cotitolare del potere implicitamente delegato, cui poteva riconnettersi un effetto liberatorio solo ove fosse stato apprestato, contemporaneamente alla delega, un sistema informativo interno ai rispettivi istituti di credito che garantisse la possibilità di intervento rispetto al verificarsi di situazioni irregolari.”.

⁹ Regolamentazione posta nel più generale ambito delle Istruzioni in materia di organizzazione e governo societario delle banche che “riassumono una elaborazione ultraventennale dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia; si potrebbe dire, pertanto, regole scritte nel 2008 ma principi già immanenti nel sistema da almeno due decenni”.

Accertata la condotta materiale dell'usura e la riferibilità di tale condotta al Consiglio di Amministrazione, ivi compresi i Presidenti, la Corte d'Appello tuttavia ha ritenuto di assolvere gli imputati 'perché il fatto non costituisce reato', motivando che la modesta entità degli esuberi dal tasso soglia, la loro episodicità, nonché la presenza di una normativa secondaria di settore che ha suscitato grande confusione tra gli operatori finanziari, costituiscono indici fattuali pregnanti che depongono quanto meno per il dubbio circa la sussistenza dell'elemento psicologico, ossia la consapevolezza e volontà di porre in essere la condotta usuraria.

2 LE CMS E LE SOGLIE D'USURA: NORMATIVA DI RIFERIMENTO.

2.1 La CMS e le 'Istruzioni' della Banca d'Italia: distorsione evolutiva e criticità applicativa.

La CMS costituisce una pratica le cui origini risalgono nel tempo: le modalità di calcolo si sono venute tuttavia modificando, negli ultimi decenni, stravolgendone il senso e, di riflesso, la stessa liceità.

Scrivendo D'Angelo nel 1917, nel suo "Trattato di tecnica bancaria": "Per le aperture di credito allo scoperto per somme rilevanti e di durata limitata si suole conteggiare sull'intero fido concesso anche una provvigione 'Provision per Blancocredit', che va da $\frac{1}{8}$ % a $\frac{1}{2}$ % ma che, secondo i casi, può salire fino all'1%".

Originariamente pertanto la Commissione accompagnava talvolta il contratto di apertura di credito e costituiva la remunerazione per l'impegno assunto dalla banca di tenere a disposizione una rilevante somma di denaro per un dato periodo di tempo. Sino al 1954, sulle aperture di credito, la Commissione, chiamata 'provvigione di conto', quando veniva applicata, era commisurata all'importo del fido concesso o al fido inutilizzato, più sporadicamente al massimo scoperto ed era giustificata quale compenso per la messa a disposizione del credito, da utilizzare in qualsiasi momento. Solo con l'Accordo Interbancario divenuto operativo nel 1954 si viene a stabilire una commissione, non inferiore a $\frac{1}{8}$ %, commisurata allo scoperto massimo e calcolata trimestralmente.

All'epoca la Commissione trovava la sua motivazione nel fatto che la disponibilità di un rilevante ammontare a pronto utilizzo, costituiva un apprezzabile costo per l'intermediario che doveva effettivamente recuperare

tale importo e non si poteva avvalere dei mezzi telematici oggi disponibili. Poiché inoltre a finanziamenti di maggiore dimensione vengono di regola associati tassi di interesse più bassi, il costo del servizio aggiunto non poteva trovare adeguata copertura negli interessi percepiti sull'importo utilizzato, soprattutto se riferiti ad un periodo limitato.

Prevista inizialmente per le aperture di credito, solo per importi rilevanti, durata limitata e generalmente commisurata al fido, la Commissione di massimo scoperto è venuta così modificando la sua natura, capovolgendo il riferimento, dal credito accordato al credito utilizzato. Nonostante la causa ad essa attribuita, la CMS, per un analogo importo utilizzato, rimane la stessa sia per un fido di 10 che per un fido di 100: senza utilizzo poi nessuna Commissione viene addebitata, quale che sia il fido accordato.

Successivamente la CMS viene estesa ad ogni forma di credito in conto, dall'apertura di credito alle anticipazioni su carta commerciale e al factoring, per ogni importo, anche per occasionali sconfinamenti, effettivi o di valuta.

L'estensione di questa forma di solecismo a buona parte dei rapporti di conto è stata agevolata – prima della modifica introdotta dalla legge 248/06 – da un impiego improprio dello jus variandi, previsto dall'art. 118 del TUB (D. Lgs. 385/93): era prassi, oltre che modificare le condizioni contrattuali, introdurre nuove voci di costo, dandone comunicazione nel successivo estratto conto.

La CMS è venuta così a perdere il suo carattere 'eccezionale': applicata originariamente solo al ricorrere di circostanze particolari, è stata indiscriminatamente estesa ad ogni tipo di finanziamento in conto¹⁰. Solo nell'apertura di credito il servizio offre un cuscinetto di liquidità, potendo il cliente attingere e riversare denaro secondo le proprie necessità; per le altre

¹⁰ “Nel tempo questa commissione, forse proprio per la non immediata percezione da parte degli utenti, è stata resa via via più onerosa non solo aumentandone, in termini assoluti, l'incidenza ma, soprattutto, prevedendo che la stessa potesse incidere sui clienti anche in relazione ad un utilizzo per un solo giorno e anche se tale utilizzo fosse determinato da problemi di valuta. L'aumento dei ricavi connessi alla CMS, la sua scarsa percepibilità da parte dei clienti, hanno poi indotto le banche ad introdurre la CMS anche in altre linee di credito: anticipo su fatture, anticipo al salvo buon fine, ecc. Così dilatata la CMS veniva a perdere il suo originale fondamento economico e cioè di costituire una remunerazione per la messa a disposizione di una riserva di credito, che per ipotesi poteva essere utilizzata anche solo in modo marginale, remunerazione del tutto distinta da quella rappresentata dagli interessi che si traduce in un corrispettivo degli utilizzi delle somme.” (P. L. Oliva, Le commissioni di massimo scoperto, 23/6/09, www.filodiretto.com).

operazioni la CMS risulta poco giustificata risultando spesso prevalente l'aspetto di semplice finanziamento a scadenza.

Il servizio remunerato dalla CMS presenta le connotazioni di un'opzione, la cui remunerazione prescinde dalla circostanza che venga esercitata o meno. Concettualmente la CMS è connessa alla concessione del fido, che ha una sua valenza autonoma e distinta dall'erogazione del credito¹¹. Disporre di una linea di credito, anche se non utilizzata, presenta un proprio valore economico nella misura in cui consente all'operatore maggiori gradi di libertà nella gestione della propria liquidità. Sotto questo profilo, un'apertura di credito si differenzia da un finanziamento erogato in un'unica soluzione. Con l'apertura di credito l'operatore economico gode dell'opzione di utilizzare, in tutto, in parte o per nulla, il credito concesso, scegliendo i tempi di utilizzo, di rimborso e riutilizzo, secondo le proprie esigenze di liquidità, rimettendo in tal modo alla banca l'onere di gestire le necessità di pronta liquidità. Il valore dell'opzione costituisce un elemento di costo distinto e separato dal prezzo del credito che eventualmente si viene a sopportare nel caso di esercizio dell'opzione stessa.

Avendo commisurato la CMS all'importo opzionato, la stessa ha assunto le caratteristiche di un costo aggiunto agli interessi, mutuandone i caratteri, sin'anche la capitalizzazione trimestrale e talora anche l'applicazione oltre la chiusura del conto. Venendo meno la relazione dell'importo addebitato con la causa originante, si viene a perdere il logico e giustificato collegamento con il costo che l'intermediario sopporta per mantenere le risorse necessarie al servizio di pronta disponibilità. La CMS viene così ad assumere le fattezze di una condizione nulla in quanto priva di causa, risultando le somme utilizzate già remunerate dagli interessi, determinati in funzione dell'importo e del tempo.

La CMS, prima prevista per saldi a debito di almeno 10 gg., è stata poi applicata a saldi a debito di almeno 5 gg. e da ultimo a saldi a debito di 1 gg.: tali modifiche hanno accentuato gli effetti della 'perversa' formula di calcolo, che ha reso l'onere oltremodo gravoso, di un'iniquità che può oltrepassare ogni forma estrema di usura¹².

¹¹ Cfr. Ferro Luzzi, Ci risiamo a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto, in *Giur. Comm.*, I, 2006; Ferri, *Apertura di credito*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958.

¹² Anche in presenza di abituali scoperti, essendo la CMS calcolata sulla punta di utilizzo massimo, la sua incidenza sul costo del credito si amplifica significativamente – nella misura indicata nella Tavola – per la parte eccedente il credito medio, in funzione diretta con il divario fra utilizzo massimo e utilizzo medio e in funzione inversa con il numero di giorni per i quali permane tale divario: in tali circostanze, seppur limitatamente a tali giorni l'incidenza del costo del credito

Si è perso ogni riferimento economico al costo del servizio che, a meno di rilevanti finanziamenti, non comporta per la banca un onere di rilievo, visto che la provvista viene dall'intermediario ordinariamente curata sul saldo delle posizioni a credito e a debito. L'addebito, anche per un solo giorno di scoperto, talvolta solo virtuale (di valuta), dello 0,5% / 1,0% di CMS, diffuso su un'ampia schiera di clienti, assume le fattezze di un 'balzello': quand'anche si prendesse a riferimento il tasso over-night, al quale le banche si scambiano il denaro da un giorno all'altro, questo, anche nei periodi di maggiore tensione della liquidità, non ha mai toccato neanche la cinquantesima parte del costo scaricato sulla clientela bancaria.

La resistenza e 'arroccamento' del sistema bancario sull'anomalo sistema di calcolo della CMS ha trovato motivo principalmente nei cospicui ricavi a bilancio, a fronte di costi risibili. Un suo diretto collegamento all'entità del fido concesso, ne avrebbe comportato un'esplicita formalizzazione, un più significativo contenuto degli obblighi assunti dalla banca e conseguentemente un impegno del capitale di vigilanza; mentre, una distinta e impregiudicata revocabilità unilaterale ed immediata¹³ del fido,

può tecnicamente superare ampiamente la soglia d'usura, anche se nel tasso riferito all'intero trimestre, potrebbe risultare all'interno del limite.

Tasso, in ragione d'anno, per differenti aliquote di CMS e giorni di scoperto.

giorni aliquota CMS	1	10	30	60	90
0,25%	125,19%	9,31%	3,03%	1,51%	1,00%
0,50%	342,05%	19,25%	6,14%	3,03%	2,02%
1,00%	1.203,21%	41,16%	12,55%	6,14%	4,06%
1,25%	1.939,09%	53,18%	15,87%	7,71%	5,09%
1,50%	2.949,80%	65,95%	19,25%	9,31%	6,14%

La distorsione può arrivare all'addebito della CMS anche quando la banca finanzia momentanei scoperti di conto, impiegando le stesse disponibilità del cliente, in precedenza versate, già introitate, ma non ancora riconosciute come "valuta" nel conto del medesimo: in tali circostanze il credito è solo apparente.

¹³ Nel contratto di conto corrente si riporta: "La banca ha facoltà di chiudere il castelletto e di recedere in qualsiasi momento dall'apertura di credito, ancorché concessa a tempo determinato, nonché di ridurla o sospenderla: per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al correntista preavviso non inferiore a un giorno. La banca ha facoltà di recedere immediatamente senza preavviso, qualora il correntista si renda inadempiente a una qualsiasi delle obbligazioni di cui al presente contratto nonché nelle ipotesi previste dall'art. 1186 c.c. e ogni qualvolta possa derivare dal decorrere del termine un possibile pregiudizio alle sue ragioni creditorie. Qualora l'apertura di credito sia concessa a un consumatore la banca ha facoltà di recedere, anche in caso di apertura di credito a tempo determinato, senza preavviso in qualsiasi momento, qualora vi sia un giustificato motivo; per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al consumatore preavviso non inferiore a

congiuntamente allo jus variandi, ha tutelato maggiormente l'intermediario, sia dal rischio di inesigibilità del credito, sia dal rischio di ascesa dei tassi.

Se la Commissione fosse rimasta commisurata al fido, o alla parte non utilizzata del fido, avrebbe mantenuto una corretta causalità con l'impegno a tenere a disposizione, a pronta richiesta, la liquidità. Scollegata dalla causa giustificatrice, la patologica connotazione del calcolo impiegato per la CMS ben ne legittima la sua inclusione nella verifica dell'usura, "giacché – come recita la Cassazione n. 12028/10 – ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente".

La menzionata discrasia fra il servizio prestato e la metodologia di calcolo della Commissione non è passata inosservata alla Suprema Corte di Cassazione la quale già nel 2002 (sent. n. 11772/02) ha puntualmente precisato: "o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi (...), o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto.".

cinque giorni, da inoltrarsi a mezzo lettera raccomandata. In ogni caso la banca dà immediata comunicazione scritta al correntista del recesso, riduzione o sospensione dell'apertura di credito. Analoga facoltà di recesso ha il cliente con effetto di chiusura dell'operazione mediante pagamento del dovuto.".

L'art. 1845 c.c. prevede che il recesso sospenda immediatamente l'utilizzazione del credito, ma che la banca debba concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate. Di fatto, il "salvo patto contrario" previsto nel comma 1 dell'articolo ha consentito alle banche di inserire la previsione contrattuale di recesso in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, ancorché l'apertura di credito sia concessa a tempo indeterminato e con l'obbligo del correntista, mediante preavviso di un giorno, alla restituzione del credito. La previsione, in via pattizia, di una tale regola, più che rispondere all'esigenza di un istantaneo adempimento dell'obbligazione, palesa la finalità di una pronta disponibilità di un titolo per eseguire immediatamente atti esecutivi sul patrimonio del debitore, con il connesso rischio di abusività dei comportamenti, contrari alla buona fede nell'esercizio del diritto da parte dell'intermediario bancario.

E in una successiva sentenza del '06 la Cassazione ha chiaramente definito la CMS come “la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma.”¹⁴.

Dalle due sentenze emerge il chiaro disconoscimento, da parte della Cassazione, della metodologia impiegata per il calcolo della CMS: viene riconosciuto il diritto della banca a percepire una commissione per il servizio prestato con la disponibilità del fido, ma questa non può essere commisurata all’importo utilizzato e deve essere conteggiata sul fido alla chiusura del conto.

Nei contratti di conto, impiegati dalla generalità degli intermediari creditizi, la CMS non viene definita né tanto meno viene previsto il sistema di calcolo: si riporta semplicemente l’aliquota e la cadenza; in tali circostanze

¹⁴ Confuso appare invece il concetto di CMS espresso dalla Cassazione n. 12028/10: “Risulta evidente pertanto, che tale voce non costituisce un interesse in senso tecnico, bensì una commissione, vale a dire un onere posto in relazione allo “scoperto di conto corrente”, che trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività che la banca subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide, oltre l’affidamento concesso.”.

La Corte d’Appello riprende pressoché pedissequamente quanto riportato dalla Cassazione: “Pertanto la CMS non costituisce un interesse in senso tecnico, bensì una commissione, vale a dire un onere posto in relazione allo “scoperto di conto corrente”, che trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività subita dalla banca per dover tenere a disposizione risorse liquide aggiuntive rispetto all’affidamento concesso.”

Le due definizioni destano per il vero un certo stupore. Con queste definizioni la Cassazione – e a ruota la Corte d’Appello – sembrano voler circoscrivere il concetto di CMS alla quota parte di credito utilizzato oltre il fido concesso. E’ da presumere un travisamento indotto da un’analogia definizione riportata nel sito della Banca d’Italia (http://www.bancaditalia.it/servizi_pubbl/conoscere/vocabolario/C/comm_scoperto.txt) che, al vocabolario, riporta: “E’ il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l’intermediario dell’onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare l’utilizzo oltre il fido accordato (vedi) sul conto corrente. Il compenso è calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi in un certo periodo. Essendo di norma più onerosa del costo del finanziamento ordinario è importante, quando si apre un conto, sapere bene qual è la percentuale che determina tale commissione e pianificare bene i flussi di cassa”.

Lo stupore si accresce quando poi, nel passaggio successivo, la Cassazione, e all’unisono la Corte d’Appello, affermano: “Non può escludersi, però, che tale onere sia collegato all’erogazione del credito, anche se riflette una patologia dei rapporti bancari che si esprime nello scoperto di conto corrente o nello sconfinamento del fido”. L’affermazione palesa una confusione dei concetti e un travisamento delle circostanze che caratterizzano l’impiego della CMS. Appare improprio parlare di scoperto di conto per conti affidati, né si può far riferimento ad una patologia dei rapporti per un’usuale modalità di finanziamento: a fine '09 i conti delle imprese con un saldo a debito erano il 45% del totale, quelli delle Famiglie il 12%. La forma di finanziamento in conto, tipica del sistema italiano e tra le più onerose per le imprese, costituisce il 30% dei finanziamenti erogati dal sistema bancario, contro il 10% degli altri paesi europei.

la CMS risulta priva di causa e indeterminata nel calcolo¹⁵. La giurisprudenza, seppur in ritardo, non ha mancato di sancirne reiteratamente la nullità, per assenza di causa, per indeterminatezza di calcolo, per assimilazione agli interessi, stante le ambiguità e le lacune contrattuali: all'originaria sentenza del tribunale di Lecce del 1997 e a quella del Tribunale di Milano del 2002¹⁶, hanno fatto seguito, negli anni successivi, copiose altre sentenze¹⁷.

¹⁵ “Quanto invece ai dubbi intorno alla sussistenza di una valida ragione giustificatrice del patto istitutivo della commissione di massimo scoperto (nella forma del secondo dei tre tipi descritti, ossia applicata all'importo più alto utilizzato), ebbene, essi ci appaiono assolutamente fondati. Così determinata, invero, essa non remunera alcun specifico impegno della banca: non quello di tenere a disposizione una somma di denaro, posto che la commissione di massimo scoperto non è posta in funzione di ciò che caratterizza quell'impegno, ossia quantum e durata; non quello di concreta messa a disposizione del denaro, posto che quell'impegno è già remunerato dagli interessi, la cui misura è determinata in funzione dell'importo utilizzato e del tempo di utilizzo e posto che il meccanismo di calcolo della commissione di massimo scoperto ci fa chiaramente intendere che l'importo che verrà addebitato al cliente sarà lo stesso qualunque sia la durata dell'utilizzo della somma massima. Optiamo pertanto per la nullità della clausola per mancanza di causa, aderendo alle conclusioni di parte della giurisprudenza di merito, e contro l'opinione recente – seppur resa in modo puramente incidentale – della S.C.” (M. De Poli, Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura, in Nuova giur. Civ. 2008, II. p. 351).

“Se si esamina la più recente giurisprudenza di legittimità, sono moltissimi i casi in cui l'indicazione della voce ‘commissione di massimo scoperto’, non risulta, talvolta, nemmeno prevista, con la conseguenza che, non essendo stata oggetto né di contrattazione, né di sottoscrizione, i giudici di merito hanno opportunamente ritenuto la non debenza delle somme dovute a tale titolo (Cfr. Trib. Lecce 6/2/06 n. 422; Trib. Trani – Sez. promiscua, 9/12/04; App. Lecce – Sez. Dist. Taranto, 16/6/04; Trib. Milano 4/7/02).” (P. Dagna, Profili civilistici dell'usura, Cedam, 2008).

¹⁶ “Anche la contestazione attorea dell'obbligo di pagamento della “commissione di massimo scoperto”, trattenuta dalla convenuta ma non espressamente prevista in contratto, va accolta. Nella comparsa di risposta (fol. 22 retro fascicolo di ufficio) la banca ha giustificato la commissione alla stregua degli usi bancari, aggiungendo nella conclusionale che essa non entra nel calcolo del TEG (tasso effettivo globale). Delle due l'una: o la c. m. s. è una voce degli interessi passivi, ed allora la sua previsione nell'an e la sua determinazione nel quantum attraverso il rinvio agli usi non si sottraggono alla critica di Cass. 10657/96, atteso che ogni banca pratica la c.m.s. che vuole; oppure la c.m.s. è estranea agli interessi, ed allora la sua previsione per facta concludentia non è giustificata ex art. 1346 cc., in quanto il suo oggetto non è determinabile attraverso il rinvio ad indici prefissati, dei quali non vi è traccia”. (Tribunale di Lecce, G.U. Gaeta, 25 settembre 1997, in www.studiotanza.it).

“il supposto rapporto obbligatorio o patto contrattuale deve ritenersi nullo per totale mancanza di una causa giustificatrice poiché la remunerazione della utilizzazione della somma messa a disposizione dalla banca consiste negli interessi corrispettivi e tali interessi dovranno essere calcolati, nella misura a titolo convenuto, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata” (Trib. Milano 4 settembre 2002, in Banca borsa titoli di credito, 2003, con nota di B. Inzitari).

¹⁷ Cfr. Tribunale di Vibo Valentia, Dott. Pasquin 16/01/06, in www.studiotanza.it; Trib. Lecce 6/3/06 n. 422, dott. Tommasi; Trib. Lucera, Sez. Apicena 28/2/06, n.30 dott. Celentano; Trib. Pescara, 5/1/06, n. 298, dott. Falco; Trib. Livorno, 6/3/06, n. 259, dott. Urgese; cfr. in

Nella sentenza del 2002 la Cassazione civile si era anche espressa in merito al rapporto fra la CMS e il TEG impiegato nella verifica dell'usura, successivamente ripreso e più diffusamente esaminato nella più recente sentenza della Cassazione penale del 2010, citata in precedenza. Riferendo il calcolo alla definizione della CMS, come remunerazione per la messa a disposizione del fido, si poteva giustificare una sua esclusione dal TEG impiegato nella verifica dell'usura, risultando tale servizio distinto, separato e precedente l'erogazione del credito. Riferendo, invece, il calcolo all'utilizzo del credito, quale che sia il fido concesso a monte, non se ne poteva escludere l'inclusione.

Alla chiare enunciazioni della Cassazione del 2002 e 2006 non ha fatto seguito alcuna rettifica nei comportamenti degli intermediari, né l'Organo di Vigilanza ha prestato la debita attenzione all'indicazione fornita, spronando gli intermediari bancari ad una modifica della prassi di calcolo divenuta ormai illecita, oltre che patologica.

Al contrario, nell'edizione delle 'Istruzioni' del dicembre '02, ad oltre un quinquennio dall'introduzione della rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura, prendendo presumibilmente atto del completo abbandono del riferimento della CMS al credito affidato, la Banca d'Italia avverte l'esigenza di introdurre una definizione della CMS, che, nel tentativo di accostarsi alla metodologia uniformemente applicata dalla generalità degli intermediari bancari, si discosta apprezzabilmente dalla tradizionale formulazione. Questo mutamento viene per altro agevolato dalla circostanza che la CMS non è mai definita nei contratti bancari. Dalla tradizionale remunerazione per la messa a disposizione del fido accordato, si passa nelle nuove 'Istruzioni' a definire un diverso servizio: "Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto."

La Commissione non remunererebbe più la concessione del fido, bensì la rapidità con la quale viene utilizzato: la definizione appare invero un po' criptica, assai equivoca e altresì poco aderente alla stessa operatività degli intermediari bancari che, a prescindere se un determinato ammontare del fido

www.ilcaso.it: Trib. Mondovì, 17/209; Trib. Mantova 21/4/07; Trib. Monza, n. 3393/05; Trib. Milano 4 settembre 2002 in Banca borsa titoli di credito, 2003, 452; Trib. Lecce, 11/2/05; Trib. Monza, dott.ssa F. Saioni, 11/6/07 n. 1967; Trib. Mantova, dott.ssa A. Venturini, 21/4/07; Trib. Tortona, dott. Mariani, 19/5/08.

viene utilizzato in un giorno o gradualmente nell'arco del trimestre, commisurano la CMS al massimo utilizzo.

Non risulta che la definizione fornita dalla Banca d'Italia ricorra usualmente nei manuali di tecnica bancaria¹⁸, né è dato riscontrarla nei contratti bancari posti in essere prima e dopo il T.U.B. (D. Lgs. 385/93) e le successive disposizioni sulla trasparenza del CICR; nei contratti, sino all'introduzione della legge n. 2/09, continua a non essere riportata alcuna definizione della CMS.

La forzatura operata con tale definizione disattende quanto autorevolmente espresso, pochi mesi prima dalla Cassazione (6/8/02 n. 11772), e reiteratamente ribadito in dottrina e nei manuali di tecnica bancaria. Sembra, al contrario, svelare lo spirito con il quale sono state predisposte le 'Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura'. "L'atteggiamento manifestato appare conforme alla tradizionale propensione della Banca d'Italia a trovare elementi di giustificazione ed eventualmente di razionalizzazione delle prassi – troppo spesso unilateralmente applicate dagli istituti di credito – piuttosto che a contrastare pratiche contrattuali talora dissonanti con la disciplina dei contratti bancari. E per la verità è singolare che la Banca d'Italia nell'affrontare in modo diretto la questione della CMS, non prenda posizione, nemmeno di sfuggita, sul primo problema che la legge n. 108/96 (alla quale costantemente si richiama alla lettera) pone quale profilo prioritario, e cioè che questa commissione di massimo scoperto costituisce, in realtà, una remunerazione del credito concesso al cliente della banca." (P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, pag. 403, CEDAM, 2008).

Se con la definizione tradizionale potevano sorgere dubbi sull'inclusione della CMS nella verifica dell'usura, con l'esplicita qualificazione della stessa come componente aggiuntiva del costo del credito erogato, viene meno ogni residua perplessità al riguardo.

Nell'edizione del '09 delle 'Istruzioni', con il nuovo corso avviato dal Governatore Draghi, nella premonizione di un rapido abbandono della Commissione commisurata al massimo utilizzo, la Banca d'Italia ha creduto bene di ritirare la 'bislacca' definizione creata nel '02: la CMS viene semplicemente menzionata tra gli oneri ricompresi nel calcolo del TEG¹⁹.

¹⁸ La dottrina ha sempre ritenuto che la commissione ha carattere di corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma, per un determinato tempo. Cfr., per tutti, Molle, *I contratti bancari in Tratt. Dir. Civ. Com.*, Milano 1981.

¹⁹ Non può non cogliersi l'emblematico segnale del nuovo corso impresso dal Governatore Draghi che, nel predisporre le nuove 'Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione

Nel '96, all'atto della prima stesura delle 'Istruzioni' la CMS non risultava estesa a tutti i rapporti di credito rientranti nelle tre Categorie interessate (Aperture di credito, Anticipazioni e Factoring) e la casistica delle modalità di calcolo della CMS era ancora variegata. Solo successivamente le banche, strette nei limiti del TEGM, hanno esteso ad ogni forma di credito, affidato o meno, garantito o meno, la CMS, privilegiando il calcolo sull'utilizzo massimo, anche di un solo giorno, per i rimarchevoli benefici economici di tale modalità di computo.

Occorre osservare che la legge n. 108/96 si limita a demandare al MEF (Ministero dell'Economia e delle Finanze) la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio (TEGM) riferito ad anno, comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari, cioè un indicatore fisiologico medio del mercato. Alla determinazione di tale valore sintetico di riferimento (TEGM) non possono pertanto concorrere tipologie di crediti e elementi di costo che, discostandosi dalla norma per motivi particolari o di patologia, altererebbero il "normale prezzo" del credito applicato alla clientela.

La Banca d'Italia, sin dall'inizio, ha escluso ad esempio dalla rilevazione le posizioni classificate in sofferenza, i crediti ristrutturati, le operazioni a tasso agevolato, i finanziamenti revocati, come anche ha escluso

delle soglie d'usura', ha introdotto nell'algoritmo di calcolo, oltre ad altre spese prima escluse, sia la CMS commisurata al massimo utilizzo, che la remunerazione per la messa a disposizione dei fondi. In questo senso le Istruzioni della Banca d'Italia sono andate oltre il disposto legislativo n. 2/09 che prevede solo per la CMS l'inclusione nel TEG: "Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.

L'esclusione della CMS dal computo del tasso d'usura non era il solo aspetto a destare perplessità: anche la distinzione fra credito erogato da intermediari bancari e da intermediari non bancari non sembrava rispondere alle prescrizioni della legge 108/96, che informa i principi di omogeneità delle Categorie alla natura, all'oggetto, all'importo, alla durata, ai rischi e alle garanzie. Ancor più sembrava stridere con il dettato dell'art. 3 della Carta costituzionale. Un determinato tasso, se applicato dalla banca costituisce reato, se applicato da un altro intermediario non costituisce reato: non è certo questo lo spirito della legge, che vuole proteggere l'utente del credito dall'usura, indipendentemente dal soggetto che la pratica.

Nelle nuove 'Istruzioni' anche questa discriminazione è stata rimossa, unificando la rilevazione del credito erogato da intermediari bancari e non bancari: si è così eliminata l'assurda – e presumibilmente illecita – distinzione di soglia fra le due Categorie, che ha consentito forme di elusione attraverso lo sviluppo di finanziarie di estrazione bancaria, verso le quali è stata indirizzata la clientela più marginale.

dal calcolo del TEG, oltre alle imposte e tasse, le spese legali, le spese di assicurazione, gli interessi di mora, oltre alla stessa CMS.

La peculiare funzione svolta dal TEGM spiega l'apparente distonia fra quanto indicato nelle Istruzioni, con riferimento agli oneri e spese da includere nella determinazione dell'indicatore, e quanto disposto dal comma 4 dell'art. 644 c.p..

Avendo la Banca d'Italia approntato una metodologia di rilevazione volta a cogliere il valore fisiologico medio di mercato, l'aggregato dei costi ricompresi nella formula del TEG, impiegata per la determinazione del TEGM, non può esaurire tutti i possibili costi che rispondono al principio dettato dall'art. 644 c.p., avendo appunto finalità diverse. Il TEG, impiegato per la verifica dell'usura, può conservarne la formula, ma l'aggregato dei costi da inserire nella stessa deve esaustivamente ricomprendere ogni onere sopportato per l'erogazione del credito, fisiologico e non, patologico e non, salvo le imposte e tasse²⁰.

Per il TEG impiegato per la verifica dell'usura e il TEG impiegato nella determinazione del TEGM è opportuno, per omogeneità di raffronto, impiegare il medesimo algoritmo di calcolo, ma non necessariamente coincide l'aggregato di voci di costo. Esempio classico è la mora, che rientra nella verifica d'usura ma non è ricompresa nella rilevazione del valore medio di mercato. Sulla sua inclusione nella verifica si sono chiaramente espresse al riguardo Cassazione n. 5286/00 e Corte costituzionale n. 29/02.²¹

²⁰ Non è stata sempre colta la diversa funzione del TEGM e quella del TEG impiegato per la verifica d'usura: questo ha ingenerato un'apprezzabile confusione. "La disposizione impartita dalla Banca d'Italia suscita qualche perplessità. Pur riconoscendo la diversa natura e funzione della commissione in parola rispetto all'interesse, non può negarsi che la stessa contribuisca ad integrare il costo in generale del credito di cui il TEG costituisce l'espressione. In questi termini, stante la onnicomprensiva previsione di cui all'art. 644 c.p., comma quarto, per come sostituito dall'art. 1 legge n. 108/1996 secondo cui 'per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluso quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito', non pare che un organo amministrativo, nell'esercizio di un'attività delegata, possa espungere, dalla rilevazione del TEG una componente effettiva del costo del credito quale è sicuramente la commissione di massimo scoperto. Tale onnicomprensività del TEG di tutte le commissioni in genere, nessuna esclusa, è peraltro testualmente affermata dall'art. 2 della legge 108/1996, che disciplina appunto le modalità di rilevazione." V. FARINA, *Il contenzioso delle banche*, Incontro di studio del CSM, Roma 222/24 gennaio 2001.

²¹ "Non v'è ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge 108 del 1996 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, 3° comma, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di

D'altra parte la Banca d'Italia, in più edizioni successive, ha rivisitato le 'Istruzioni', aggiustando le poste rientranti nel TEG impiegato nella determinazione del TEGM²², accompagnando nel tempo i mutamenti nella fisiologia del mercato. E' evidente che tali aggiustamenti non possono comportare analoghe modifiche nell'aggregato dei costi inclusi nel calcolo del TEG impiegato per la verifica dell'usura: quest'ultimo, determinato dai principi posti dall'art. 644 c.p., rimane immutato nel tempo. Diversamente verrebbe compromessa la riserva di legge, prerogativa della norma penale presidiata dal TEGM.

Non si ritiene che sia stata una difficoltà tecnica di inserimento ad aver originariamente impedito l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG: poteva essere inserita in un ulteriore rapporto all'utilizzato, o inclusa nel rapporto all'affidato, come si è fatto per le spese e, più recentemente, con la stessa CMS e con la Remunerazione per il fido²³.

trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall'art. 1224, 1° comma, del codice civile, nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale "gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Il ritardo colpevole, poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge" (Cassazione n. 5286/00)

Anche la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi nei giudizi di legittimità costituzionale, sollevati dalla legge n. 24/01 (Interpretazione autentica della legge 108/96), ha precisato, seppur in un obiter dictum, che: "Va in ogni caso osservato – ed il rilievo appare in sé decisivo – che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori."

Anche l'art. 1, comma 1, D.L. 394/00, di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., riconduce alla nozione di interessi usurari quelli convenuti 'a qualsiasi titolo', e la relazione governativa che accompagna il decreto fa più esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, 'sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio'.

²² Dal '96 ad oggi si sono succedute 9 versioni delle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi di interesse ai fini della determinazione delle soglie d'usura", dal '98 pubblicate anche nella Gazzetta Ufficiale: 30 settembre 1996, 1 luglio 1997, 21 aprile 1998, 1 ottobre 1998 (G.U. n. 228 del 30/9/98), 2 agosto 1999 (G.U. n. 196 del 21/8/99), 30 luglio 2001 (G.U. n. 195 del 23/8/01), 23 dicembre 2002 (G.U. n. 5 dell'8/1/03), 17 marzo 2006 (G.U. n. 74 del 29/3/06), 12 agosto 2009 (G.U. n. 200 del 29/8/09). A parte l'ultima, che ha recepito le indicazioni della legge n. 2/09, nelle altre 8 versioni l'algoritmo di calcolo è rimasto invariato, mentre sono state apportate lievi modifiche e precisazioni agli oneri da considerare nel calcolo del TEG.

²³ La circostanza che la Commissione venga commisurata all'importo massimo di scoperto ma non al tempo, non preclude tecnicamente la possibilità di comprenderla nello stesso tasso effettivo del credito erogato: nella rilevazione statistica dei tassi attivi, la Banca d'Italia rileva l'intero aggregato delle competenze addebitate al cliente rapportandole all'esposizione. In detta rilevazione si comprende la mora, la CMS e le altre spese connesse al finanziamento, escludendo quelle relative a servizi diversi e si impiega la classica formula: $t(\%) = (\text{competenze} \times 365) / \text{Numeri computistici}$. Tali aspetti rispondono compiutamente al dettato del 4° comma dell'art. 644 c.p. (Cfr. Bollettino Statistico della Banca d'Italia, 2010).

Se si considera – nella forma e modalità impiegate dalla pressoché totalità del sistema bancario, prima che la legge 2/09 ne riformasse l'utilizzo – la CMS una patologia dei rapporti bancari, appare conseguente che, nella rilevazione operata dalla Banca d'Italia la stessa non venga ricompresa nel calcolo del TEGM, valore preposto a 'fotografare' un 'prezzo normale' del credito²⁴. Al contrario la CMS applicata deve essere ricompresa nello specifico calcolo del TEG da porre a confronto con la soglia d'usura.

La stessa Cassazione del '02, solo in funzione di una corretta applicazione del costo ragguagliato al servizio di disponibilità del fido, ne giustifica la sua esclusione, sia dal calcolo del TEGM che dal calcolo del TEG per la verifica dell'usura. Ma non è questa la modalità impiegata dalla quasi totalità del sistema bancario.

Una volta accertato che la CMS è stata conteggiata sull'esposizione massima utilizzata, con capitalizzazione trimestrale, quale che sia il fido concesso, non si vede motivo perché non debba rientrare nell'ordinaria formula del TEG impiegata nella verifica dell'usura. Se si considera l'aspetto patologico, richiamato anche dalla recente Cassazione penale n. 12028/10 e reiteratamente censurato dalla giurisprudenza, non appare affatto incoerente far discendere, dalla mancata rispondenza dell'algoritmo di calcolo della CMS alla definizione delineata dalla Cassazione del '06, una sua assimilazione agli interessi nella formula del TEG impiegata nella verifica.

L'ammontare della CMS, non trovando spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali, unico riferimento della legge 108/96, deve necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla Banca d'Italia. Rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, per ciascuna delle venti Categorie individuate nei decreti ministeriali, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, dovrà essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge.

All'atto della prima stesura delle "Istruzioni" – ancorché la giurisprudenza non avesse ancora diffusamente sanzionato l'uso illegittimo della CMS - non poteva sfuggire all'Organo di Vigilanza la discrasia fra il

²⁴ "per quanto attiene alla 'commissione di massimo scoperto', il fatto che di essa non si debba tener conto, in base alle Istruzioni impartite dalla Banca d'Italia, nella rilevazione del Tasso Effettivo Globale Medio, non significa che di essa non si debba tener conto nell'accertamento del superamento o meno del tasso soglia, posto che il quarto comma dell'art. 644 c.p. dispone che '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' (Trib. Bergamo, uff. G.i.p., 27/1/04).

portato causale della CMS e il meccanismo di calcolo diametralmente opposto, né potevano sfuggire le connotazioni di illiceità, rivenienti dal dettato dell'art. 117 del T.U.B. e dell'art. 1346 c.c., considerato che nel contratto uniforme del sottostante rapporto nulla era previsto in tema di causale e modalità di calcolo.

La CMS, pur costituendo una patologia con pregnanti connotazioni di illiceità, risultava tuttavia, già nel '96, frequentemente applicata. Una sua inclusione nel calcolo del TEG avrebbero comportato una distorsione in una rilevazione volta a cogliere un legale, ancor prima che fisiologico, valore medio di mercato.

La Banca d'Italia non ha ritenuto opportuno né promuovere una correzione, né trascurare la fenomenologia della CMS, non ancora estesa alla generalità dei conti, ma già fisiologicamente rilevante: cogliendo l'analogia francese²⁵, ha preferito adottare la scelta - più pilatesca che salomonica per il vero - di curarne la rilevazione a latere, rimettendo implicitamente alla Magistratura, la valutazione, nelle fattispecie specifiche, della nullità e/o dell'assimilazione agli interessi e dell'inclusione nella verifica d'usura. La scelta della Banca d'Italia ha così dispiegato un velo di opacità sui contenuti della norma penale, ponendo una 'zeppa' all'ineludibile presupposto della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla 'chiarezza e riconoscibilità' dell'effettivo contenuto precettivo della norma penale²⁶.

Si è immediatamente sostenuto, in ambito bancario, che la CMS, come anche la mora e talune altre spese, non dovessero essere incluse nel calcolo del TEG per la verifica dell'usura, adducendo, sul piano logico-tecnico,

²⁵ Anche in Francia viene praticata – con problematiche non dissimili da quelle italiane - una 'commissions sur le plus fort découvert du mois' rilevata a parte che però si è mantenuta nell'intorno dello 0,05% mensile, equivalente a poco più dello 0,6% annuale, ben inferiore a quanto applicato dagli intermediari italiani.

²⁶ "Accade così che, nei processi per usura bancaria, là dove siano in discussione questioni tecnico-civilistiche (...) i consulenti ed i periti formulino ognuno, in un ideale contraddittorio con se stesso, più di un'ipotesi ricostruttiva, con esiti differenti quanto al superamento della soglia individuata; e capita di leggere, in tali casi, che il giudice dia atto della scientificità di tutti i pareri espressi dai consulenti di parte e d'ufficio, nonché dell'esistenza di una reale incertezza e lacunosità tecnica del settore, prima di giungere ciò nonostante alla pronuncia della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, reputando corretto riferirsi all'una piuttosto che all'altra delle letture.

La normale, quasi scontata assoluzione dell'imputato sul piano dell'elemento soggettivo, nei casi in esame, non fa che convincere ulteriormente del fatto che nella tassatività della norma si aprono talune falle, alla luce delle quali la condotta del singolo, pur ritenuta oggettivamente illecita, viene tuttavia, ritenuta non integrante il reato per mancanza dell'elemento soggettivo." (A. Boido, *Usura e diritto penale*, 2010 CEDAM).

ragioni di omogeneità di confronto con il calcolo del TEGM, tanto seducenti quanto inconsistenti.

Per la mora sono intervenute per tempo le menzionate pronunce della Cassazione n. 5286/00 e della Corte costituzionale n. 29/02, che hanno precluso un'interpretazione distorta: all'infelice e tendenzioso riferimento all'indagine campionaria del '01 – che aveva rilevato per i tassi di mora una maggiorazione di 2,1 punti sul tasso ordinario, tuttora riportato nei decreti ministeriali²⁷ - non hanno fatto seguito, da parte degli intermediari, comportamenti analoghi a quelli invece adottati per la CMS. Per quest'ultima si è dovuto purtroppo attendere la recente Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10, quando ormai la pratica della CMS risultava estesa alla generalità dei conti e l'iniquità della formula di calcolo era stata dalla legge ridimensionata, regolata, in definitiva, sostanzialmente abbandonata nella pratica operativa.

²⁷ A partire dal marzo '03, una fonte di polemiche e confusione veniva sollevata dall'ambigua indicazione introdotta nei decreti del MEF. Questi, mentre individuano all'art. 1 la Tabella dei tassi medi determinati ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/96, in separato articolo (art. 3, 4° comma) – oltre che nella premessa del decreto – menzionano un'indagine campionaria effettuata dalla Banca d'Italia nel III trimestre '01, dalla quale è emerso che la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è risultata pari a 2,1 punti percentuali.

Nei mesi successivi l'ABI, prendendo spunto dalla menzionata indicazione, indirizzava alle proprie associate una nota nella quale sottolineava che: "In merito a tale importante chiarimento normativo, prime autorevoli interpretazioni della dottrina hanno espresso un orientamento positivo, evidenziando come il tasso soglia degli interessi moratori vada quindi oggi determinato nella percentuale prevista per gli interessi corrispettivi, maggiorata di 2,1 punti percentuali, aumentata della metà."

Nel parere della prof.ssa Severino di Benedetto, unito alla nota, a supporto dell'interpretazione suggerita, si sostiene l'avviso che la citata indagine, condotta ai fini conoscitivi su un campione di intermediari, non assume un valore meramente statistico, ma riveste una valenza di più ampia portata sottolineata dall'espresso richiamo del decreto ministeriale. Da detto richiamo, in mancanza di altra indicazione, si fa discendere l'individuazione di uno specifico tasso soglia per gli interessi moratori, dato dalla somma del tasso medio, individuato dalla Banca d'Italia per gli interessi corrispettivi, e della maggiorazione di 2,1 punti percentuali, il tutto aumentato del 50%.

Nel parere si affronta anche l'eventualità che la maggiorazione della mora superi il valore di 2,1 punti maggiorato del 50%, cioè 3,15 punti, e si sostiene che la circostanza non è sufficiente a configurare l'usura se l'interesse corrispettivo, incrementato del maggior margine di mora, rimane comunque inferiore alla soglia d'usura.

Dopo le puntuali precisazioni della Cassazione e della Corte costituzionale, gli intermediari bancari non hanno dato seguito all'indicazione fornita dall'ABI. Tale costrutto verrà invece ripreso e proposto dalla Banca d'Italia per le Commissioni di Massimo Scoperto nella nota Circolare del 2/12/05.

2.2 La media di Trilussa e quella della Banca d'Italia.

Occorre osservare che inizialmente l'effettiva incidenza dei costi indotti dalla CMS, sulle Categorie di credito interessate, era ancora apprezzabilmente modesta. Il dato censito dalla Banca d'Italia, nella rilevazione dei tassi ai fini della determinazione del TEGM, non fornisce una misura completa della crescita, rilevando solo la lievitazione intervenuta nell'aliquota, non il livello di estensione della sua applicazione, prima all'interno della Categoria delle Aperture di credito, allargata poi alle Categorie delle Anticipazioni e del Factoring.

Dal '96, anno per il quale non è noto il dato statistico, la CMS si è estesa sino all'84% dei rapporti di conto corrente nel dicembre '08²⁸ prima della legge n. 2/09, attraverso una dinamica che sembra aver subito una notevole accelerazione²⁹.

Le Istruzioni della Banca d'Italia prevedevano, sino al '09, che fosse “calcolata la media aritmetica semplice della percentuale della commissione di massimo scoperto, da calcolare, con le modalità indicate al punto C5 (sul massimo scoperto), nei casi in cui essa è stata effettivamente applicata”³⁰. In altri termini il valore della CMS – rilevato in un unico valore per le Categorie Apertura di credito, Anticipazione e Factoring – si riferisce ad un aggregato di operazioni diverso da quello impiegato per i rispettivi interessi, in quanto dal calcolo della media dell'aliquota delle Commissioni sono escluse le operazioni della Categoria alle quali non è applicata la CMS.

Se si ritenesse la CMS un costo non propriamente fisiologico alla Categoria – non ricorrendo nella generalità delle operazioni di credito delle Categorie interessate – la media calcolata sulle sole operazioni in cui ricorre tale costo fornirebbe un dato informativo circoscritto alla sua applicazione. Ma in tali circostanze, non avrebbe ragione una sua separata rilevazione per le finalità del TEGM, non costituendo alcuna significativa indicazione dell'incidenza di tale voce sul costo del credito, né delle tre Categorie interessate, né tanto meno di quello complessivo.

Se la CMS avesse assunto già nel '96 una veste fisiologica – ricorrente più diffusamente nelle operazioni di credito delle Categorie interessate – si

²⁸ Cfr. Banca d'Italia. “Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto”. 13 febbraio 2010.

²⁹ Al di fuori dei valori del TEGM, non è disponibile alcun dato statistico sulle rilevazioni dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura.

³⁰ Le sottolineature, qui e nel prosieguo, non fanno parte del testo originario.

sarebbe dovuto più correttamente ricomprendere nella media delle CMS tutte le operazioni, comprese quelle con CMS nulla, per non distorcere la finalità di rilevare il costo medio del credito.

La media impiegata, invece, non indica il costo mediamente applicato alle Categorie interessate, bensì rileva un aspetto più particolare, cioè la CMS mediamente applicata alla sotto-Categoria delle operazioni alle quali è stata applicata la CMS, un indicatore di scarsa utilità pratica ed informativa³¹ nell'ambito della rilevazione del TEGM. Così rilevata, l'aliquota media della CMS può risultare apprezzabilmente più alta dell'effettiva incidenza media sul credito compreso nelle Categorie interessate, soprattutto se l'applicazione della CMS non è estesa ad un'ampia compagine di operazioni.

Escludere dal calcolo della media le operazioni nelle quali la Commissione non viene addebitata risulta matematicamente del tutto equivalente a comprenderle con CMS pari alla media stessa. Di conseguenza, rispetto all'intera Categoria, la media così rilevata viene a sovrastimare l'incidenza della CMS.

Un esempio può risultare illustrativo. Se un intermediario, in un particolare trimestre, intrattiene n. 10 aperture di credito di cui n. 8 con applicazione di CMS, n. 10 anticipazioni di cui n. 4 con CMS e n. 10 factoring con solo n. 2 applicazioni di CMS, mentre il TEG medio viene calcolato su tutte le operazioni, distintamente per ciascuna delle tre Categorie, la CMS media viene invece calcolata, non sui dieci rapporti di ciascuna Categoria, bensì curando un'unica media delle sole operazioni che riportano tale onere (8 + 4 + 2) nelle tre Categorie considerate.

La CMS media, effettuata sui 14 rapporti nei quali viene applicata, conduce ad un valore di 0,53%, apprezzabilmente più elevato delle tre medie riconducibili alla totalità delle operazioni di ciascuna categoria.

CMS: Media riferita alla totalità delle operazioni della Categoria e media condizionata (riferita alle solo operazioni con CMS positiva).																				
	1° rapporto		2° rapporto		3° rapporto		4° rapporto		5° rapporto		6° rapporto		7° rapporto		8° rapporto		9° rapporto		10° rapporto	
	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS	inter.	CMS
Apertura di credito	9,30	0,60	9,20	0,70	8,90	0,65	9,80	0,60	9,70	0,55	10,30	0,75	9,40	0,70	9,30	0,00	10,50	0,00	8,20	0,00
Anticipazione	7,20	0,40	7,10	0,40	6,70	0,30	7,80	0,40	7,20	0,00	8,10	0,00	8,20	0,00	7,40	0,00	9,10	0,00	6,80	0,00
Factoring	6,80	0,40	7,00	0,40	5,80	0,00	7,10	0,00	5,90	0,00	6,80	0,00	6,70	0,00	6,70	0,00	6,90	0,00	5,40	0,00
									Media inter.	Media pond. CMS	Calcolo CMS Istruz. B.I.									
Apertura di credito									9,46	0,46										
Anticipazione									7,56	0,15										
Factoring									6,51	0,08										

³¹ Tecnicamente costituisce una media condizionata, impiegata nell'analisi discriminante, per misurare le influenze di variabili indipendenti, su fattori oggetto di esame.

Appare evidente il divario fra i due sistemi di computo, che risulta tanto più marcato quanto più ampio è il numero dei rapporti ai quali non è praticato alcun addebito di CMS.

Per dirla con Trilussa: se su dieci soggetti, cinque mangiano un pollo e cinque non ne mangiano, per la statistica i soggetti censiti hanno mangiato mediamente mezzo pollo, per la Banca d'Italia hanno mangiato un pollo intero.

La rilevazione del valore del TEGM sull'intero aggregato delle operazioni delle Categorie e la rilevazione, a parte, della CMS media, limitatamente al sotto-aggregato delle operazioni che presentano un valore positivo della CMS stessa, rende del tutto incoerente, dal punto di vista logico e tecnico, l'algoritmo di calcolo che verrà proposto successivamente con la nota Circolare del 2/12/05. Se la CMS e gli interessi non hanno la stessa base di riferimento, risultano prive di senso le forme di compensazione fra debordi della prima e margini dei secondi previste nella Circolare: avendo escluso le operazioni per le quali il costo della CMS è nullo, l'algoritmo proposto conduce ad un'impropria sopravvalutazione della soglia.

Nel '96, all'inizio della rilevazione, la Commissione non era sistematicamente applicata, soprattutto nelle Categorie Anticipazioni e Factoring. Il sistema di computo impiegato ha contribuito apprezzabilmente a sovrastimare i valori iniziali della serie storica, con effetti distorsivi sulla dinamica evolutiva del fenomeno, indicata dall'aliquota riportata in calce alla tabella dei TEGM: se si fosse calcolata la media sull'intero aggregato delle operazioni delle Categorie interessate, si sarebbe partiti da valori più modesti per poi segnare incrementi più marcati, via via che la CMS veniva estesa alle altre operazioni delle Categorie interessate.

Conseguentemente, se la CMS fosse stata inizialmente inserita nel calcolo del TEG, l'incremento di tasso conseguente sarebbe risultato apprezzabilmente inferiore all'aliquota dello 0,48%, risultante dalla media della prima rilevazione, calcolata con il criterio adottato dalla Banca d'Italia.

Per contro, la lievitazione dell'aliquota media che si riscontra nella serie storica delle rilevazioni della Banca d'Italia, non dando conto della diffusione della sua applicazione, sottostima significativamente la crescita della sua effettiva incidenza sul costo del credito.

Si rammenta che la Banca d'Italia aveva manifestato, in più sedi, la propria contrarietà alla legge n. 108/96: serie e circostanziate preoccupazioni erano state sollevate sui riflessi che la legge avrebbe sortito sull'assetto del

credito. Il Governatore, ma anche autorevoli esperti del settore, avevano paventato effetti distorsivi che sarebbero potuti derivare dal provvedimento, per i rischi che una limitazione dei tassi bancari, precludendo l'accesso al credito da parte della clientela a maggior rischio, potesse indirettamente alimentare l'usura criminale.

La singolare media impiegata per la CMS sembra accompagnare il pensiero espresso dal Governatore Fazio, con scelte tecniche di determinazione dei parametri di riferimento volte a sovrastimare il valore medio di mercato, così da consentire margini di manovra più ampi a tassi e condizioni³².

Si riscontra una significativa quanto ingiustificata correlazione inversa fra i valori del TEGM e quelli della CMS media, nella serie storica, dall'aprile '97 al gennaio '06, quando la Banca d'Italia è intervenuta con la nota Circolare del dicembre '05: mentre, ad esempio, per le anticipazioni (oltre Lit. 10 mil.ni) i tassi scendono, passando dall'11,25% al 5,6%, il valore medio della CMS – pur nella singolare media calcolata – quasi raddoppia, passando da 0,48% allo 0,82%. Si è così venuta determinando una marcata incidenza della CMS sul costo complessivo del credito: nei valori medi rilevati, il rapporto CMS/Interessi è passato da valori inferiori al 5% dell'inizio degli anni '90, al 17% nel '97 e, per le anticipazioni, al 50% nel '09.

Il marcato incremento osservato nella CMS non trova ragione alcuna nel costo del servizio, che invece accompagna dappresso il flettere dei tassi

³² Analogamente, anche per il tasso di interesse, con la scelta della media aritmetica semplice in luogo di quella ponderata, si perviene a valori medi più alti. La maggiore incidenza delle spese fisse, oltre al minor potere contrattuale, conduce a tassi più elevati per le classi di importo più modesto. Queste classi, entrando più numerose nella determinazione della media semplice, inducono una sovra stima del valore di mercato. In altri termini, con l'impiego della media aritmetica semplice in luogo di quella ponderata, il tasso su uno scoperto di 100 assume lo stesso peso di un tasso su uno scoperto di 10, ma il valore medio si accosta a questi ultimi essendo largamente prevalenti. La scelta della media semplice risulta congruente con le finalità di individuare il tasso medio di mercato applicato a ciascun rapporto di credito della categoria considerata; la media ponderata invece esprimerebbe meglio il tasso medio di mercato praticato alla tipologia di credito distinto dalla categoria. "Posto che l'obiettivo di tale rilevazione è quello di fornire un indicatore utile ai fini del contrasto al fenomeno dell'usura, la nuova segnalazione ha adottato il criterio della media aritmetica semplice in luogo di quella ponderata. Tale criterio, infatti, consente una migliore rappresentazione del prezzo effettivamente praticato dagli intermediari nei confronti del singolo cliente.". (C. Pisanti, La legge dell'usura: implicazioni e prospettive per il sistema finanziario, Università degli Studi de L'Aquila, 25 ottobre 2007). La legge 108/96 fa riferimento al tasso effettivo globale medio praticato dalle banche, senza alcun riferimento ai rapporti di credito: la scelta metodologica adottata dalla Banca d'Italia, come anche la suddivisione in classi di importo, innalza apprezzabilmente il TEGM rilevato.

d'interesse. Viceversa tale marcato incremento è riconducibile ad una chiara e consapevole scelta di politica dei tassi e condizioni, volta a sopperire al contingentamento dei tassi d'interesse con un innalzamento dell'aliquota (rilevato nella media della Banca d'Italia) ed estensione dell'applicazione della CMS (non rilevata nella media della Banca d'Italia), oltre che delle altre spese che incidono sul rapporto di conto. La circostanza trova riscontro nei bilanci degli intermediari bancari che, a partire dalla fine degli anni '90, vedono crescere, per importi ragguardevoli, i ricavi diversi dagli interessi, fra i quali la CMS, che pervengono rapidamente a valori aggregati prossimi a quelli conseguiti con gli stessi interessi.

2.3 La legge 108/96, i Decreti ministeriali e la Circolare dell'Organo di Vigilanza 2 dicembre '05: riserva di legge, delega tecnica e stravolgimenti interpretativi.

L'art. 3, comma 2, dei decreti ministeriali che riportano le soglie d'usura prescrive: "Le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle 'Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia'".

Il disposto legislativo attribuisce al Ministro dell'Economia e delle Finanze il compito di rilevare il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) praticato dagli intermediari finanziari, configurando in tal modo per l'art. 644 c.p. una norma penale parzialmente in bianco.

La circostanza che i decreti del MEF, nel demandare alla Banca d'Italia la rilevazione del TEGM, prevedano all'art. 3 che le banche impieghino i criteri di determinazione del TEG, oltre che per la segnalazione ai fini del TEGM, anche per la propria verifica di rispetto della soglia d'usura – se esteso dall'algoritmo di calcolo ai costi da ricomprendere nello stesso – violerebbe quel principio della riserva di legge in materia penale, che dalla legge 108/96 viene invece rispettato – come rilevato dalla Cassazione 18/3/03 n. 20148 – proprio perché non affida al Ministro dell'Economia e delle Finanze, né direttamente, né con il rinvio alle Istruzioni della Banca d'Italia, alcunché dei termini e modalità di verifica del rispetto delle soglie d'usura.

Il disposto del decreto ministeriale può al più, ad altro titolo, riferirsi al solo algoritmo di calcolo impiegato nelle ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia, stante la chiara formulazione dell’art. 644 c.p. comma 4, sulle poste da includere nello stesso.

Costituisce una forzatura il passaggio logico, diffusamente sostenuto, di ritenere che, non essendo la CMS compresa nella determinazione del TEGM, non debba neanche essere compresa nel calcolo del TEG per la verifica dell’usura, né si può richiamare un’imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto. Lo stesso principio condurrebbe paradossalmente ad escludere dal calcolo del TEG per la verifica dell’usura, ogni qualsivoglia onere, contrattualmente nullo o non previsto, sulla base della considerazione che non è contenuto nel TEG impiegato per la determinazione del TEGM.

Certamente motivi di equità e congruità suggeriscono un accostamento del TEG impiegato per l’applicazione dell’art. 644 c.p. al TEG impiegato per la rilevazione del tasso medio di sistema (TEGM)³³. Tuttavia l’omogeneità non può essere estesa dall’algoritmo di calcolo alla tipologia dei costi inclusi, né l’accostamento può essere conseguito, in via integrativa, con il diverso e assai specioso algoritmo di calcolo suggerito dalla Banca d’Italia nella Circolare del 2/12/05, otto anni dopo il varo della legge, che travisa sostanzialmente il portato dell’art. 644 c.p., oltre che la stessa prescrizione dell’art. 3 comma 2, dei decreti ministeriali.

La Circolare esprime soltanto una ‘opinione’, seppur autorevole, per il vero poco felice. L’algoritmo indicato replica pedissequamente un analogo meccanismo di calcolo proposto dall’ABI per gli interessi di mora³⁴, poi abbandonato. Per altro tale Circolare, alla quale sia la Corte d’Appello di Reggio Calabria che il Tribunale di Palmi si sono ampiamente riferiti, non è menzionata nelle successive ‘Istruzioni’ disposte nei primi mesi del ’06 e non viene in alcun modo legittimata dai decreti ministeriali, ai quali la legge 108/96 delega la parte in bianco della norma.

In un precedente lavoro sono illustrate le incongruenze logico-giuridiche a cui conduce l’algoritmo di calcolo indicato dalla Banca

³³ “Le Istruzioni potranno tutt’al più costituire un punto di riferimento, il quale sarà tanto più autorevole e avrà tante più possibilità di essere adottato dal giudice, quanto più conterrà indicazioni e metodologie di calcolo credibili e fedeli dello spirito della legge” (Cerase, L’usura riformata: primi approcci a una fattispecie nuova nella struttura e nell’oggetto della tutela, in Cass. pen., 1997 n. 2604).

³⁴ Si fa riferimento al già menzionato parere, fornito dall’ABI ai propri associati nel 2003 (Cfr. nota n. 27).

d'Italia³⁵. Di fatto con tale algoritmo vengono edulcorati i vincoli di rispetto delle soglie d'usura, introducendo una soglia per la CMS, distinta da quella degli interessi, non prevista nel precetto penale³⁶.

Non ha alcun logico senso tecnico, né alcuna legittimità giuridica, prevedere per la CMS una specifica soglia distinta da quella prevista per gli interessi, con indebiti travasi di margini di flessibilità che conducono a soluzioni paradossali, dove la presenza o meno dell'usura non verrebbe a dipendere esclusivamente dall'entità di quanto richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo – interessi o CMS – dell'addebito operato³⁷: uno stesso importo riconosciuto per il credito erogato, potrebbe

³⁵ Nella menzionata Circolare, con lo schema complesso e farraginoso richiamato dalla Corte d'Appello (Cfr. nota n. 7), si propone di confrontare l'aliquota della CMS applicata con il valore soglia riveniente dall'aliquota media della CMS riportata in calce alla Tavola dei tassi pubblicata nei D.M. del MEF, maggiorata del 50%, aggiungendo l'eventuale esubero da tale soglia agli interessi da porre in confronto con la soglia d'usura, dedotta dai predetti decreti.

Lo schema suggerito, a parte la surrettizia introduzione di una soglia per la CSM, non prevista dalla legge, presenta vistose incongruenze sotto l'aspetto sia tecnico che giuridico. Tra l'altro, lo schema conduce, a parità di costo del credito, definito nei termini dell'art. 644, 4° comma, a differenti conclusioni in merito alla usurarietà o meno a seconda delle componenti che determinano il costo stesso. Un esempio può essere di ausilio: se per la categoria "apertura di credito in c/c" la soglia d'usura del tasso di interesse è pari al 10%, l'applicazione di un tasso di interesse all'11%, senza alcuna CMS, risulta usurario, mentre l'applicazione di un tasso di interesse del 10% e di una CMS trimestrale dell'1% non risulterebbe usuraria – secondo le indicazioni fornite nella nota della Banca d'Italia – se la C.M.S. media rilevata nel trimestre fosse dello 0,75% (soglia $0,75\% * 1,5 = 1,125\%$). Si osserva che, in questa seconda circostanza, il costo del credito, definito nei termini dell'art. 644, 4° comma, in ragione d'anno, risulterebbe marcatamente più elevato. E' evidente il discrimine: l'usurarietà verrebbe a dipendere dalla composizione e natura degli oneri posti a carico del debitore, anziché dall'ammontare rapportato al credito.

Cfr.: Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni. R. Marcelli in www.assoctu.it.

³⁶ La legge 108/96 dispone una soglia d'usura, distinta per ciascuna delle specifiche Categorie omogenee individuate annualmente dal Ministro dell'Economia, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie, riferite alle operazioni di credito. Secondo lo schema suggerito dalla Banca d'Italia, si introdurrebbe surrettiziamente, per una medesima operazione, oltre ad un tasso soglia, calcolato in ragione d'anno e distinto per importo, una Commissione soglia, calcolata in ragione trimestrale e senza distinzione d'importo, di durata, di rischio e di garanzia. Sul piano giuridico le perplessità che tale circostanza solleva non sono affatto trascurabili.

³⁷ “ (...) è evidente la difficoltà che comporta l'individuazione della commissione di massimo scoperto in rapporto al tasso soglia ai sensi della normativa sull'usura: non essendo possibile comprendere la CMS all'interno della formula ordinaria del calcolo del TEG, dal momento che la CMS va rilevata a parte e non entra, per espressa disposizione della Banca d'Italia, nel calcolo del TEG, per chiarire il metodo di calcolo di questa voce di costo, si introducono due nuovi criteri: la c.d. "CMS soglia" e il c.d. "Margine di interesse" che, peraltro, non hanno precedenti in alcuna norma di legge e che appaiono, pertanto, del tutto arbitrari. Si tratta di due concetti, in qualche

risultare usurario, se riconosciuto interamente a titolo di interesse e, al contrario, regolare, entro la soglia, se riconosciuto in parte come interessi e in parte come CMS³⁸.

E' singolare che, per mantenere un iniquo sistema di calcolo, si arrivi a definire un singolare rapporto fra CMS ed usura, ponendo in essere un complesso e farraginoso sistema di verifica, con l'introduzione di una distinta soglia per la CMS, senza prestare alcuna attenzione e considerazione all'indicazione della Cassazione, semplice e coerente con la natura stessa del servizio prestato: con la CMS ragguagliata al fido, anche volendola ricomprendere nel calcolo dell'usura, non vi sarebbero stati problemi per il suo inserimento, alla stregua degli altri oneri e spese, nell'algoritmo del TEG³⁹.

La recente Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10 – la prima che si è occupata diffusamente del rapporto fra CMS e usura – pur

modo connessi, almeno nelle intenzioni, al tasso-soglia previsto di cui alla normativa anti usura, ma non per questo a loro volta vevoli come il primo, che è espressamente fissato dalla legge.

Per quanto riguarda la 'CMS-soglia', si tratterebbe di una sorta di CMS-media praticabile dagli istituti bancari, la quale se aumentata della metà, ad una prima lettura dovrebbe, di per sé, superare la soglia d'usurarietà della prestazione, mentre invece, secondo la stessa Banca d'Italia, "(...) l'usurarietà del rapporto va desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate", venendo a creare, in tal modo, un criterio del tutto estraneo alla disciplina dell'usura prevista dalla legge.

Quanto al 'margine di interessi' poi, e cioè quel dato – anch'esso privo di alcun riferimento normativo – ottenuto confrontando la CMS percepita in eccesso con l'ammontare degli interessi ulteriori rispetto a quelli praticati in concreto – che l'istituto di credito avrebbe potuto chiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti – si tratterebbe di una sorta di 'zona franca' ulteriore rispetto alla CMS già percepita in eccesso, atta quindi a legittimare prassi bancarie non propriamente lecite e trasparenti per il correntista. Sarebbe un po' come ammettere che sebbene si superi la CMS-soglia, ancora la prestazione non è usuraria e non lo è nemmeno se si presume di poter richiedere un 'non meglio specificato' margine di interesse, consentito a priori, in aggiunta ai 'normali' costi connessi all'erogazione del credito." (P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, CEDAM 2008).

³⁸ Ciò discende dalla circostanza che, nel tentativo di rendere coerente l'algoritmo con la particolare media condizionata impiegata per la rilevazione della CMS, l'algoritmo stesso rimane 'zoppo', nel senso che il travaso dell'esubero può avvenire dalla CMS al margine disponibile nel tasso, ma non viceversa.

³⁹ La Banca d'Italia nella Circolare del '05 motiva l'esclusione della CMS con il peculiare sistema di computo adottato dall'intermediario: risultando la CMS ragguagliata al massimo utilizzo, con l'inclusione nel TEGM il debordo dalle soglie d'usura verrebbe a dipendere dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminare la misura percentuale. In altri termini l'inclusione nel TEGM della CMS verrebbe a determinare casi d'usura dipendenti, non dal meccanismo perverso di calcolo adottato, bensì dalle modalità di utilizzo del credito del cliente. Come dire che l'illecita cattura di conigli selvatici dipenderebbe non dalle trappole appostate, ma dai particolari percorsi seguiti dai conigli stessi, limitandosi il cacciatore unicamente a posare in terra la trappola.

soffermandosi, in più punti, sulla procedura amministrativa e sulle “Istruzioni” della Banca d’Italia, trascura completamente la Circolare del dicembre 2005, esimendosi da un giudizio su un documento che palesemente esula dal vaglio normativo proprio alle funzioni della Cassazione stessa.

Tale Circolare si colloca, infatti, al di fuori della procedura amministrativa dettata dalla legge n. 108/96: nella previsione dell’art. 2, comma 1, della legge n. 108/96 l’intervento della Banca d’Italia ha carattere consultivo, non attribuendogli il disposto legislativo un autonomo valore nella determinazione della fattispecie penale, che è esclusivamente riservata alla legge e, solo per la parte tecnica, delegata al MEF.

La menzionata sentenza della Cassazione precisa come “la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l’autorità amministrativa deve compiere per ‘fotografare’ l’andamento dei tassi finanziari”: la Banca d’Italia – solo attraverso il MEF – è chiamata dalla legge a ‘fotografare’, non ad ‘interpretare’.

2.4 La preordinata elusione del vincolo posto ai tassi di interesse: la crescita e l’estensione della CMS.

Fenomeni come l’anatocismo, l’offerta al pubblico dei risparmiatori di titoli Argentina, Cirio, Parmalat, ecc., il collocamento presso piccole imprese ed artigiani di contratti Swap a contenuto speculativo, hanno mostrato condotte degli intermediari bancari protese all’esclusivo perseguimento dei profitti, dove spesso anche il rischio di disattendere la norma è stato fatto rientrare nella valutazione di convenienza costo/beneficio.

Vi era ampio motivo, nei fatti e circostanze emersi nel corso dell’istruttoria del Tribunale di Palmi e della Corte d’Appello di Reggio Calabria, per accertare l’eventuale presenza di condotte analoghe anche per l’usura riscontrata nei tre Istituti di credito esaminati.

La legge n. 108/96 ha modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche in cui si esplicita il fenomeno, anche forme spurie di usura che perseguono, attraverso l’esercizio legale del credito, interessi diversi e opposti al progresso dell’economia nazionale (Cassazione n. 20148/03). Superando e/o integrando la prospettiva del riferimento alla relazione economica individuale, il testo del nuovo art. 644 c.p. è rivolto a presidiare

interessi più generali, volti anche a tutelare il corretto funzionamento del mercato del credito⁴⁰.

Si ritiene che un'attenta disamina delle motivazioni sottostanti il diffuso fenomeno dell'impiego anomalo della CMS, da parte degli intermediari bancari, condurrebbe ad escludere accadimenti imprevisti, sporadici e occasionali di superamento del tasso soglia: emergono invece i lineamenti di un disegno, professionalmente preordinato a vanificare gli effetti limitativi della legge n. 108/96.

Il fenomeno osservato è la risultante di "consapevoli" scelte di indirizzo del credito, volte a cogliere indebiti margini di profitto, posti al riparo dall'equivoco e dall'apparente discrasia determinatasi fra norma primaria, norma amministrativa e indicazioni della Banca d'Italia.

L'ascesa dell'aliquota della CMS, in un contesto di tassi in calo, costituisce, come accennato, il palese indicatore di una preordinata politica delle condizioni contrattuali, volta a sopperire ai minori margini sugli interessi, con un incremento sia dell'aliquota della CMS che della sua diffusione alla generalità dei finanziamenti in conto.

Presumibilmente se la CMS fosse stata sin dall'inizio contingentata nella soglia d'usura – rilevandola correttamente, congiuntamente agli interessi, su tutti i rapporti di conto (compresi quelli con CMS pari a zero) – avrebbe avuto una minor diffusione, avrebbe presentato una dinamica più prossima a quella riscontrata negli interessi e non si sarebbe significativamente discostata, quanto meno nella media, dal tradizionale "ottavino" (0,125%), con un'incidenza assai marginale sulla soglia d'usura: proprio la tendenziosa interpretazione di esclusione dai vincoli ha innescato una rincorsa, in rapida lievitazione, sui valori sovrastimati che i decreti riportavano via via in calce alla Tabella dei TEGM, sino ad ascendere al massimo di circa lo 0,82% dell'inizio 2006, prima di segnare qualche moderata flessione, dopo il temperamento indotto dalla Circolare della Banca d'Italia del dicembre '05.

Una politica dei tassi 'aggressiva', disposta dagli intermediari meno attenti agli obblighi di compliance, oltre a distorcere, accrescendolo, il valore medio rilevato dalla Banca d'Italia⁴¹, veniva a configurare una lesione al corretto funzionamento del mercato del credito, costituendo una forma

⁴⁰ Una parte della dottrina ha tuttavia sottolineato l'estrema criticità dell'impiego della norma sull'usura come forma di calmiera del costo del denaro, poco compatibile con i principi generali di riconoscimento dell'autonomia privata.

⁴¹ I tassi e condizioni per le quali sono stati accertati i debordi erano ovviamente ricompresi nella segnalazione trimestrale alla Banca d'Italia.

impropria di concorrenza nei confronti degli intermediari più virtuosi che, fra due diverse letture, della norma primaria e della norma amministrativa, hanno preferito cautelativamente moderare il costo del credito nei limiti di soglia più stringenti.

Obblighi di compliance concepiti più come costi di bilancio e vincoli operativi, che come responsabile partecipazione al mercato del credito, per un funzionale sviluppo dell'attività produttiva del paese, hanno indotto condotte, più che "indifferenti", intenzionalmente rivolte a travisare lo spirito della norma penale, per cogliere benefici di rimarchevole dimensione. Sospinti comportamenti border line, anche se travalicano i limiti occasionalmente e per importi moderati, apportano complessivamente un apprezzabile contributo al bilancio dell'intermediario, a danno di una diffusa schiera di clientela. In tali circostanze anche l'eventuale occasionalità e esiguità del debordo assume una rilevanza primaria: su una platea di oltre 85 milioni di rapporti nell'intero sistema paese, il reato di usura diffusa, più che un rischio, diviene una certezza, che travalica la figura del dolo eventuale.

Appare assai singolare che, quando dopo otto anni dalla legge, palesandosi sempre più il rischio penale della precaria interpretazione escludente la CMS dal TEG, sia stata la Banca d'Italia ad essere invitata a fornire un'"interpretazione" ad un precetto penale, coniugando impropriamente la parziale delega in bianco rimessa dalla legge all'organo amministrativo con il prestigio e la moral suasion che storicamente caratterizza l'Istituto Centrale⁴².

Con tali aspetti di contorno la Circolare prestava il fianco ad una solida protezione dal reato d'usura: pur riportando la CMS nell'alveo della verifica dell'usura, ne edulcorava apprezzabilmente la portata, con la previsione della distinta soglia e del sistema di compensazione fra il margine di esubero della Commissione e il margine disponibile di interesse entro il limite di soglia. Risultando l'intervento del tutto estraneo al proprio ambito funzionale e non potendo assumere una veste dispositiva, è stato espresso come un'"indicazione" dettata dall'esigenza di fornire una possibile soluzione interpretativa ai dubbi espressi dall'autorità giudiziaria e da altri organismi ma che tuttavia non era in ogni caso vincolante ai fini dell'interpretazione della legge 108/96.

⁴² Da un'interrogazione del 20/12/06 (5-00529 Amendola e Fluvi), presso la VI Commissione permanente, si evince che la nota fu disposta a seguito di una richiesta del MEF – sollecitata a questo dall'ABI – di precisare, in una Circolare della Banca d'Italia, la metodologia di calcolo utilizzata per determinare la commissione di massimo scoperto soglia. Le indicazioni riportate nella Circolare, tuttavia, non sono state riprese in alcun decreto del MEF.

All'indicazione dell'Istituto Centrale è seguita una generale acquiescenza da parte del sistema bancario che si è, per lo più, prontamente adeguato ai criteri suggeriti. Un analogo e sollecito adeguamento non si è riscontrato successivamente, quando il Governatore Draghi, nell'intervento all'Assemblea ordinaria dell'ABI dell'11/7/07, ha definito la CMS: "un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza e dell'efficienza, tanto che alcune banche lo hanno già soppresso" e l'anno successivo, nella stessa Relazione annuale, ha espresso l'avviso: "Abbiamo già in passato richiamato l'attenzione sulla commissione di massimo scoperto, un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza. Va sostituita, dove la natura del rapporto di credito lo richieda, con una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi. Una simile innovazione richiede un complesso adattamento della prassi delle banche. Essa però dovrebbe essere avviata con decisione, proponendo il cambiamento ai nuovi clienti, anche per evitare il rischio che la questione sia risolta con gli strumenti imperativi della legge."

3 LA SENTENZA DELLA CORTE D'APPELLO PENALE DI REGGIO CALABRIA.

3.1 L'elemento oggettivo nella sentenza della Corte d'Appello: incongruenze e contraddizioni.

Nel procedimento oggetto di esame della Corte di Cassazione n. 12028/10, i cui contenuti sono stati ampiamente ripresi dalla Corte d'Appello, era stata negletta la Circolare della Banca d'Italia del dicembre '05, adottando il più ortodosso criterio di ricomprendere la CMS nella formula del TEG.

La Corte d'Appello, come anche il Tribunale di Palmi, invece, nel ravvisare la necessità di ricomprendere la CMS nella verifica dell'usura, hanno ritenuto di adottare, a tale scopo, l'algoritmo di calcolo proposto dalla Banca d'Italia con la Circolare del '05⁴³. Ciò in considerazione della circostanza, spiega il Tribunale di Palmi, che (pag. 22): "il superamento del

⁴³ "Il provvedimento del Tribunale di Palmi sembrerebbe andare oltre la stessa norma extra-penale, ossia oltre il dettato dei decreti ministeriali che, come si è visto, fanno obbligo, reiteratamente, alle banche ed agli intermediari finanziari di attenersi ai criteri di calcolo delle 'Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura', emanate dalla Banca d'Italia; criteri che rilevano, separatamente, e senza ulteriori indicazioni, la sola media della CMS ma non la soglia" (G. Mantovano, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2009, Fasc. 3).

cuscinetto aggiuntivo del 50% (percentuale in cui, peraltro, si intravede una significativa assonanza con la lesione ultra dimidium ex art. 1448 comma 2° c.c.) è ciò che trasforma un comportamento lecito e congruo alla dinamica del mercato in un comportamento riprovevole e meritevole di sanzione penale; e queste considerazioni valgono indistintamente per il TEG e per la CMS.”, aggiungendo poi: “è principio generale del nostro ordinamento che l’interpretazione debba avvenire ove possibile bonam partem e dunque nel senso più favorevole all’imputato”.

Il cuscinetto del 50% fissato per la flessibilità del tasso di interesse risponde all’esigenza di coprire l’ampio ventaglio di rischio che caratterizza i distinti comparti produttivi e la dislocazione territoriale, a cui corrisponde un’apprezzabile variabilità dei tassi, mentre la CMS, remunerando il costo che la banca affronta per la pronta disponibilità del credito, non presenta una particolare variabilità: il costo della provvista – limitatamente al marginale saldo liquido riveniente dalle posizioni a debito e a credito - rimane sostanzialmente lo stesso, né dipende ovviamente dal comparto e dal territorio di impiego. L’accostamento poi del 50% all’ultra dimidium risulta assai labile; struttura e funzione della norma penale e di quella civile risultano assai diverse: in quest’ultima, la rescindibilità del contratto non è propriamente una sanzione, ma una tutela per la persona che si ritiene danneggiata. Il valore del 50% di spread sul TEGM è connesso esclusivamente alla dispersione dei tassi del credito: come detto, nel predisporre la legge il legislatore si è ispirato all’esperienza francese, dove appunto, riscontrandosi una minore dispersione intorno al tasso di interesse medio, la flessibilità è stata limitata al 30%.

Venendo meno diverse e più consistenti ragioni, rimane soltanto l’interpretazione *bonam partem* a sorreggere la scelta operata, aspetto che appare assai debole, considerando che i fatti di usura accertata sono riferiti ad un periodo ampiamente precedente la Circolare del 2/12/05, che ha suggerito il confronto con la CMS soglia, ottenuta maggiorando del 50% la singolare media calcolata dalla Banca d’Italia.

La Corte d’Appello non si è posta il problema di valutare – in funzione delle connotazioni contrattuali ed applicative – la nullità della CMS e/o la sua assimilazione agli interessi, secondo le indicazioni della Cassazione del ’02, collocandola di riflesso all’interno della formula del TEG⁴⁴. Al

⁴⁴ Per il momento consumativo del reato, invece, la Corte richiama quanto deciso dal Tribunale di Palmi che ha ritenuto: “Si è rilevato in premessa che, a seguito di pronunce giudiziarie contrastanti, il Parlamento avvertì la necessità di emanare la Legge di interpretazione autentica 28.2.2001 n. 24 precisando che ‘si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito

contrario, con un evidente pregiudizio di regolarità, che si frappone ad una debita verifica, afferma (pag. 22): “ragioni di civiltà e di certezza giuridica impediscono di creare un sistema in cui l’acquisizione di un corrispettivo di per sé lecito ed in misura prossima alla media possa dar luogo a responsabilità penale”.

La scelta dell’algoritmo di calcolo indicato nella Circolare della Banca d’Italia risulta stridere con la circostanza riportata dalla stessa Corte d’Appello che – ripetendo le argomentazioni della Cassazione n. 12028/10 – richiama come il D.L. 185/08 art. 2 bis, convertito con la legge n. 2/09, debba ritenersi norma di interpretazione autentica del comma 4 dell’art. 644 c.p. e come, conseguentemente, la Banca d’Italia, in applicazione di tale norma, abbia rivisto le Istruzioni, ponendo all’interno del TEG la CMS, riformata e legalizzata dalla legge.

Appare alquanto dissonante stabilire prima – in uno con la Cassazione n. 12028/10 – che la CMS vada ricompresa fra gli oneri che concorrono alla determinazione del TEG e prevedere poi per la CMS un algoritmo con soglia d’usura distinta e separata da quella riveniente dal TEGM, quando la stessa Banca d’Italia, a seguito delle indicazioni interpretative della legge n. 2/09, ha rettificato la formula del TEG includendo nella stessa la CMS, abbandonando in tal modo l’algoritmo indicato nella Circolare del dicembre ’05.

Appare poi ancor più stridente che il Tribunale di Palmi e la Corte d’Appello di Reggio Calabria facciano propria la metodologia della Circolare

dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualsiasi titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.’ (...) La previsione della promessa o della convenzione come momento consumativo del reato non significa affatto che tale momento possa aversi solo nella fase iniziale di un rapporto di credito. E’ infatti ben possibile che le condizioni possano cambiare in costanza di rapporto per fatto unilaterale accettato o per accordo bilaterale. Si potrebbe anzi dire che sia questa la situazione fisiologica in un contesto che, come quello creditizio, è estremamente sensibile alle variazioni di mercato. Ora immaginare che la previsione della Legge 108 debba intendersi limitata al solo momento iniziale di un rapporto che ordinariamente è di lunga durata ed è destinato a conoscere numerose modifiche significherebbe dare alla norma un significato palesemente sottostimato rispetto all’evidente ratio legis. Non solo: a questo argomento già di per sé decisivo si aggiunge la previsione dell’art. 644 c.p. secondo il quale la prescrizione dell’usura decorre dal giorno dell’ultima riscossione sia degli interessi che del capitale. Anche questo, a ben vedere, è un segnale preciso: il legislatore ha inteso prendere in considerazione l’intero arco di durata del rapporto illecito di credito evitando accuratamente che sfugga all’area della rilevanza penale qualsiasi comportamento che si iscriva in esso, partendo dal momento genetico e terminando con l’ultimo atto di esazione. C’è dunque la chiara volontà di perseguire ogni comportamento, quale che sia la fase in cui esso si manifesta, che sia espressivo del reato. E’ indubbio allora che l’usura possa concretarsi, sempre che vi sia un riferimento ad interessi promessi o convenuti, in qualsiasi momento del rapporto tra il soggetto agente e la vittima”.

del dicembre '05 della Banca d'Italia, per circostanze d'usura avvenute in epoca precedente.

Prima e dopo il dicembre '05 l'unica formula legale di riferimento, a parte il TAEG previsto dall'art. 122 del T.U.B. per il credito al consumo, è quella del TEG elaborata dalla Banca d'Italia per la determinazione del TEGM, fermo restando il principio sancito dall'art. 644 c.p. per le poste da includere.

$$\text{TEG} = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{Numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri} \times 100}{\text{Accordato}}$$

Di riflesso, volendo dare rilievo all'anomala metodologia di calcolo impiegata dall'intermediario bancario, considerando la CMS un'integrazione degli interessi, come sancito dalla Cassazione del '02, andrebbe ricompresa nel primo rapporto del TEG, con al denominatore i Numeri debitori (credito utilizzato = Numeri/90).

Volendo invece dare rilievo all'aspetto nominale, quale remunerazione per il fido concesso, la CMS dovrebbe essere ricompresa, fra gli oneri, nel secondo rapporto del TEG, con al denominatore il credito accordato, come ha fatto la Banca d'Italia nelle nuove 'Istruzioni'.

Qualunque altra formula risulterebbe estranea ad ogni riconoscimento di legalità, mentre l'esclusione della CMS, sarebbe contraria al portato dell'art. 644 c.p..

Non è affatto ininfluenza che si impieghi la formula del TEG sopra riportata o l'arbitrario algoritmo indicato dalla Circolare del dicembre '05.

La Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10, come anche l'omologa n. 28743/10, hanno, coerentemente con l'interpretazione della legge n. 2/09 e le nuove disposizioni della Banca d'Italia, condiviso le conclusioni cui è pervenuto il Giudice di Ascoli Piceno, il quale, tra i diversi algoritmi di calcolo elaborati dal CTU, ha negletto quello riveniente dalla Circolare della Banca d'Italia del dicembre '05, adottando invece il più ortodosso criterio di ricomprensione la CMS, insieme agli interessi, nella formula del TEG⁴⁵.

⁴⁵ Nelle argomentazioni della sentenza di Ascoli Piceno si precisa: "Solo in data 2/12/2005 (pertanto in epoca successiva ai fatti di cui al presente processo) l'Istituto centrale di vigilanza ha emesso il bollettino n. 1166966 in cui introduceva il nuovo concetto di CMS soglia (pari nella CMS media aumentata del 50%) in analogia alla metodica utilizzata per la determinazione del

Nella sentenza della Corte d'Appello si fa inoltre riferimento all'episodicità e alla minima entità degli esuberi, quali indici che depongono per l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato.

L'affermazione, almeno per uno dei tre Istituti di credito, risulta in totale contraddizione con le risultanze della perizia curata dal CTU, che ha riscontrato, su 48 trimestri, esaminati in più conti, 11 trimestri che presentavano un TEG superiore alla soglia d'usura, ancor prima di considerare la CMS, e 15 trimestri di esubero, considerando anche le CMS con l'applicazione della Circolare della Banca d'Italia.

GRUPPO "DE MASI", PRIMO IST. CREDITO (n. 5 conti).															
RICORRENZA ESUBERI DEL TEG, DELLE CMS E SECONDO I CRITERI DELLA CIRCOLARE 2/12/05															
trimestre	TASSO EFFETTIVO GLOBALE MEDIO conto					COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO conto					CIRCOLARE BANCA D'ITALIA 2/12/05 conto				
	A	B	C	D	E	A	B	C	D	E	A	B	C	D	E
I trim. '99	15,13	10,52	14,55			0,00	0,50	0,50			15,13	10,52	14,55		
II trim. '99	13,76	10,40	13,73			0,19	0,50	0,50			13,76	10,40	13,73		
III trim. '99	13,34	11,01	13,34			0,19	0,63	0,50			13,34	11,01	13,34		
IV trim. '99	13,31	12,05	13,38	9,82	9,92	0,19	0,63	0,63	0,38	0,75	13,31	12,05	13,38	9,82	10,34
I trim. '00	13,40	13,84	19,53	9,99	10,43	0,19	0,63	0,63	0,36	0,75	13,40	13,84	19,53	9,99	10,79
II trim. '00		14,37	14,04	10,01	11,18		0,63	0,63	0,35	0,75		14,37	14,04	10,01	11,48
III trim. '00	14,70	14,74	15,03		11,82	0,19	0,63	0,63		0,75	14,70	14,74	15,03		12,00
IV trim. '00	15,25	17,65	16,10		12,55	0,19	0,88	0,88		1,00	15,25	18,33	16,92		13,72
I trim. '01	14,79	16,73	15,15		12,52	0,21	0,88	0,88		1,00	14,79	17,36	18,19		13,66
II trim. '01		17,00	18,01		12,89		0,88	0,88		1,00		17,56	18,57		14,07
III trim. '01		17,21	14,47				0,88	0,88				17,66	20,59		
IV trim. '01		14,25	14,26				0,88	0,88				17,08	15,83		
I trim. '02		17,47		9,79			0,88		0,18			17,79		9,79	
II trim. '02		17,47		10,21			1,00		0,30			18,17		10,21	
III trim. '02		17,17					1,00					18,16			
IV trim. '02				10,97					0,48						10,97
Totale:	Trimestri analizzati: 48 Esuberi: 11					Trimestri analizzati: 48 Esuberi: 20					Trimestri analizzati: 48 Esuberi: 15				

(1) Gli esuberi sono evidenziati in colore e grassetto

(2) Elaborazione su dati riportati nella perizia del dott. L. Criscuolo, CTU della vertenza Gr. De Masi / BAV, BNL, BDR

Nella Tavola sopra riportata, sono riepilogate le risultanze emerse per detto Istituto, nella perizia del CTU. Per tale banca è un palese eufemismo parlare di "episodicità", come altrettanto inconsistente è "la certezza rappresentata

TEG soglia; nel medesimo bollettino la Banca d'Italia precisava che tali istruzioni volevano solo prospettare una possibile soluzione interpretativa a fronte delle problematiche al vaglio delle autorità giudiziarie ma, ovviamente, in ogni caso, non vincolante ai fini dell'interpretazione della legge 108/96 (...). Al riguardo va opportunamente sottolineato, ancora una volta, che i fatti oggetto del presente processo sono avvenuti tutti in epoca precedente al dicembre 2005 e dunque in periodi nei quali le istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC non contenevano alcun accenno a questo concetto e si limitavano a prescrivere la rilevazione separata del valore medio della CMS."

dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti”⁴⁶.

Per detto Istituto oltre il 20% dei trimestri esaminati presenta usura, seppur per importi modesti, semplicemente considerando il TEG, ancor prima di considerare la CMS. Ricomprendendo quest’ultima, anche con l’applicazione della Circolare Banca d’Italia del dicembre ’05, gli esuberi salgono ad oltre il 30%⁴⁷.

Le motivazioni addotte a sostegno della decisione della Corte risultano pertanto affette da palesi incongruenze: dopo aver ripreso intere pagine dalla sentenza della Cassazione 12028/10, senza mai richiamarla espressamente, viene pedissequamente ripresa anche la conclusione cui era pervenuto il G.u.p. di Ascoli, senza verificarne la rispondenza ai fatti ed alle circostanze in esame⁴⁸.

Se in luogo del criterio della Circolare della Banca d’Italia del dicembre ’05 la Corte avesse adottato l’algoritmo di calcolo del Giudice di Ascoli, implicitamente condiviso nelle due sentenze della Cassazione penale,

⁴⁶ Nella sentenza della Corte d’Appello vengono riportati i riferimenti solo a n. 2 conti dei n. 5 esaminati dal perito dott. L. Criscuolo, rilevando, per questi conti (C e D), su 18 trimestri, 9 esuberi della sola voce “interessi” dal tasso soglia e 12 esuberi, con l’applicazione della Circolare della Banca d’Italia.

⁴⁷ Con il criterio ortodosso di includere la CMS nel TEG, gli esuberi diverrebbero 20, pari al 40%.

⁴⁸ Vengono letteralmente riprese (ivi compreso il riferimento ai sei anni) le motivazioni che il Gup di Ascoli Piceno aveva riportato nella sentenza esaminata dalla Cassazione 12028/10, aggiungendo il riferimento alla presenza del sistema informatico di controllo:

“la minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti riconducibili al gruppo De Masi, l’episodicità dei superamenti stessi nel corso dei rapporti bancari analizzati per un lungo lasso temporale (sei anni), la presenza di normativa secondaria di settore, solo successivamente rivisitata dalla Banca d’Italia, che, con le proprie ambigue circolari ha suscitato grande confusione tra gli operatori finanziari, l’esistenza di un sistema informatico che consentiva la rilevazione dell’eventuale superamento del tasso-soglia, che solo episodicamente e, per ragioni contingenti non ha segnalato detti sforamenti, la certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti, (in blu la parte aggiunta), deducendone tuttavia una conclusione aperta al dubbio: ‘costituiscono indici fattuali pregnanti che depongono quanto meno per il dubbio circa la sussistenza dell’elemento psicologico, ossia la consapevolezza e volontà di porre in essere la condotta usuraria.’

Mentre il Gup di Ascoli Piceno perveniva ad una conclusione improntata alla certezza: ‘costituiscono granitici indici fattuali che depongono per la certa insussistenza dell’elemento psicologico, non potendosi, in loro presenza, ragionevolmente ritenere la sussistenza della consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria’. Occorre osservare che il caso di usura, esaminato dal Gup di Ascoli Piceno, non presentava alcun sforamento, né con il TEG impiegato nelle ‘Istruzioni’, né con l’algoritmo indicato nella Circolare 2/12/05 della Banca d’Italia: i debordi risultavano esclusivamente in un’ortodossa inclusione della CMS nella formula del TEG.

includendo la CMS nell'ordinaria formula del TEG per la verifica dell'usura, come ha fatto la Banca d'Italia nella revisione delle 'Istruzioni' dell'agosto '09, gli esuberi dalla soglia sarebbero risultati ancor più significativi, oltre che per frequenza, anche per importo.

GRUPPO "DE MASI", PRIMO IST. CREDITO (n. 5 conti).															
IMPORTI (IN EURO) DELLE COMPETENZE TRIMESTRALI E DEGLI ESUBERI DALLE SOGLIE D'USURA															
trimestre	COMPETENZE ADDEBITATE					ESUBERI DALLE SOGLIE D'USURA (verifica secondo Circolare 2/12/05)					ESUBERI DALLE SOGLIE D'USURA (verifica secondo Istruzioni Agosto '09)				
	A	B	conto		E	A	B	conto		E	A	B	conto		E
I trim. '99	8.000	57	126			99					99		5		
II trim. '99	428	84	968			1		1			19	7	44		
III trim. '99	1.868	99	967								104	18	54		
IV trim. '99	7.915	108	729	8.078	724			173			377	23	63	1.266	31
I trim. '00	2.686	146	135	7.322	795			6		202	75	54	76	1.127	49
II trim. '00		158	835	7.383	859			3				57	28	916	68
III trim. '00	1.839	168	201		929			1			81	57	15		109
IV trim. '00	1.721	208	447		1.027			31			71	85	132		85
I trim. '01	4.605	196	348		1.036			23			17	59	37		114
II trim. '01		210	168		1.032							63	65		
III trim. '01		240	996					77			84	44			
IV trim. '01	2.244	2.661					112	74			156	269			
I trim. '02		184	5.637								83	383			
II trim. '02		198	6.354					7			85	719			
III trim. '02		181									60				
IV trim. '02			8.173					420				1.680			
Totali:	29.061	4.481	8.583	42.946	6.403	100	112	213	804	0	843	891	832	6.091	457

Nella Tavola sono riportati, per ciascuno dei 5 conti considerati, le competenze trimestrali addebitate (espresse in Euro) e il valore dell'esubero, nelle due distinte verifiche: quella riveniente dalla Circolare del dicembre '05 della Banca d'Italia e quella effettuata includendo nel TEG la Commissione, secondo il criterio da ultimo adottato dalla Banca d'Italia con le 'Istruzioni' dell'agosto '09.

Occorre per altro osservare che accanto alla così detta 'usura presunta', strettamente connessa alle soglie d'usura, prevista dal 1° comma dell'art. 644 c.p., al 3° comma, viene prevista l''usura concreta'.⁴⁹ Le due diverse previsioni d'usura non si pongono in forma necessariamente alternativa, bensì agiscono in forma integrativa.

⁴⁹ Nella formulazione dell'art. 644 c.p. si individuano due distinte forme di reato: la prima basata sul superamento del tasso soglia, la seconda basata sulla sproporzione degli interessi richiesti quando l'operatore versa in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Mentre in questo secondo caso si parla di 'usura concreta' nella quale si accertano i due elementi fondanti la fattispecie dell'usura, nel primo caso, l'usura viene legalmente presunta: il bene giuridico protetto è identico, risultando il superamento del tasso soglia indicativo delle circostanze che caratterizzano l'usura stessa.

Con il superamento del tasso soglia, le circostanze caratterizzanti l'usura, cioè l'abuso dell'altrui debolezza economica ai fini di lucro, viene legalmente presunta, mentre nella previsione del 3° comma dell'art. 644 c.p. è insita nella fattispecie ivi definita, oggetto di diretto accertamento.

L'applicazione, nei restanti trimestri, di interessi poco inferiori alle soglie d'usura non induce ad un'assoluta conseguenza di legalità dell'operato. Proprio la presenza, in numerosi trimestri, di un'usura presunta avrebbe richiesto, da parte della Corte, un più attento vaglio dei restanti trimestri per accertare 'in concreto' la ricorrenza o meno delle circostanze d'usura, definite nel 3° comma dell'art. 644 c.p. prima di affermare l'assoluta estraneità dei direttori e/o funzionari locali.

3.2 L'elemento psicologico di consapevolezza e volontà nella sentenza della Corte d'Appello: preconetti, omissioni e vizi motivazionali.

Dopo aver accertato la sussistenza dell'elemento oggettivo fattuale del reato, le sentenze del Tribunale di Palmi e della Corte di Reggio Calabria affrontano preliminarmente la problematica della riconducibilità o meno della funzione di garanzia del precetto penale alla funzione apicale dei Presidenti dei tre Istituti, prima di occuparsi della sussistenza o meno dell'elemento soggettivo del reato. Solo la Corte d'Appello di Reggio Calabria perviene a riconoscere una piena riferibilità ai Presidenti della funzione di presidio della norma penale.

Inoltre la Corte d'Appello, come anche il Tribunale di Palmi, con riferimento alle difficoltà tecniche connesse all'applicazione della legge 108/96, per gli aspetti connessi all'inclusione della CMS nella verifica dell'usura, perviene ad escludere l'istituto previsto dall'art. 5 c.p., aderendo all'indirizzo espresso dalla Cassazione penale 5/4/03 n. 36346, secondo cui "L'errore di diritto scusabile, ai sensi dell'art. 5 cod. pen. è configurabile soltanto in presenza di una oggettiva ed insuperabile oscurità della norma o del complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale. Ne consegue che non è scusabile l'errore riferibile al calcolo dell'ammontare degli interessi usurari sulla base di quanto disposto dall'art. 644 cod. pen.,

trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all'ambiente del commercio, non presenta in sé particolari difficoltà."⁵⁰.

La precedente sentenza della Corte costituzionale (Corte Cost. 24/3/88 n. 364), in relazione alla previsione dell'art. 5 c.p., aveva individuato nell'inevitabilità la condizione per scusare l'errore sulla legge penale: "Allorché si ignori la legge penale e l'ignoranza sia inevitabile, la mancata relazione tra soggetto e legge, tra soggetto e norma penale, diviene, ai sensi dell'art. 27, I° co., Cost. rilevante; mentre, ove l'ignoranza penale sia evitabile, rimproverabile, la stessa mancata relazione tra soggetto e legge, tra soggetto e norma penale, non esclude la punizione dell'agente che versa in errore di diritto giacché, in quest'ultima ipotesi, tale mancata relazione già rileva quanto meno una "indifferenza" dell'agente nei confronti delle norme, dei valori tutelati e dell'ordinamento tutto".

L'indifferenza dell'agente per la norma penale e la valutazione della consapevolezza e determinazione poste nell'azione non possono essere vagliate astrattamente prescindendo dalle specifiche circostanze connesse, per un verso con la dimensione e rilevanza che assume l'illecito penale nella funzione del credito bancario e per l'altro con la conoscenza e abilità dell'agente stesso.

Sul primo aspetto la Cassazione civile ha avuto modo di precisare come: "L'attività bancaria nel suo complesso, quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta del risparmio (si veda in particolare il D.L.vo n. 385/93) risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle tante forme di esercizio di impresa, già di per sé sottoposto a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato (spesso trascurato) della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost.

⁵⁰ D'altra parte verrebbe completamente vanificato il disposto dell'art. 644 c.p. se, riconducendo l'errore all'atto amministrativo, connesso alla determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono usurari, questo assurgesse ad "errore sul fatto" ricadente nel disposto dell'art. 47 c.p. "Né si può ritenere che l'erronea interpretazione delle norme applicative possa configurare un errore sul fatto che costituisce il reato, con conseguente esclusione a norma dell'art. 47 c.p.. E' proprio dal potere di distinguere il ruolo normativo diretto di un elemento giuridico extrapenale, nel settore nel quale è concepito dalla funzione descrittiva cui adempie nel precetto penale, che dipende l'applicabilità, o meno, del 3° co. dell'art. 47 c.p. Negando la premessa sui possibili ruoli di un dato giuridico, a seconda della finalità tecnica per la quale è richiamato, questa norma non sarebbe mai applicabile, perché nel precetto punitivo, blindato e protetto dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ex art. 5, quel dato subirebbe una sorta di mutazione genetica in senso penalistico diretto. Ed è esattamente quanto è accaduto nelle risposte della giurisprudenza di legittimità in tema di integrazione giuridica del precetto penale, con il pratico risultato di lasciare il 3° co. dell'art. 47 alle cure della dottrina". (A. Cristiani, Guida alle nuove norme sull'usura, Giappichelli 1996).

predisposta a favore della collettività, un ‘servizio’ per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, di vigilanza e di ‘trasparenza’; ne deriva che i profili di responsabilità nell’espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità all’elevato grado di professionalità richiesto.” (Cassazione, Sez. I Civile, 23/2/00 n. 2058).

Per quanto concerne invece la conoscenza e abilità la Corte costituzionale ha chiarito: “La spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi puri necessariamente comporta, va, tuttavia compensata, secondo quanto innanzi avvertito, dall’esame di eventuali, particolari conoscenze ed ‘abilità’ possedute dal singolo agente: queste ultime, consentendo all’autore del reato di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale, escludono che l’ignoranza della legge penale vada qualificata come inevitabile. (...) Il fondamento costituzionale della ‘scusa’ dell’inevitabile ignoranza della legge penale vale soprattutto per chi versa in condizioni soggettive d’inferiorità e non può certo essere strumentalizzata per coprire omissioni di controllo, indifferenze, ecc, di soggetti dai quali, per la loro elevata condizione sociale e tecnica, sono esigibili particolari comportamenti realizzativi degli obblighi strumentali di diligenza nel conoscere le leggi penali”. (Corte Costituzionale n. 364/88)⁵¹.

Nel delitto d’usura, delineato dalla legge 108/96, il dolo è costituito dalla coscienza e volontà di concludere un contratto di finanziamento con la consapevolezza che gli interessi pretesi sono superiori al limite di legge.

In base alla menzionata sentenza della Cassazione non è scusabile l’errore riferibile al calcolo dell’ammontare degli interessi usurari sulla base di quanto disposto dall’art. 644 c.p.. Il richiamo che la legge fa alle modalità di calcolo e la pubblicazione delle soglie d’usura, fanno ritenere soddisfatta l’esigenza di conoscibilità della disposizione, in coerenza con la prescrizione dell’art. 5 c.p., rendendo irrilevante l’ignoranza e l’errore di diritto⁵².

⁵¹ Il principio di ignoranza inevitabile è stato, più recentemente, ancora ribadito dalla Cassazione penale, Sez. III, 24/6/10 n. 24241: “Quanto alla coscienza dell’antigiuridicità dell’azione, va rilevato che presupposto della responsabilità penale è la conoscibilità, da parte del soggetto agente, dell’effettivo contenuto precettivo della norma e, secondo la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale (in relazione alla previsione dell’art. 5 c.p.), va considerata quale limite alla responsabilità personale soltanto l’oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto (c.d. ignoranza inevitabile, e quindi scusabile, della legge penale)”.

⁵² Né si può travisare il rapporto fra legge penale e fonte subordinata “ (...) è agevole osservare che la giurisprudenza della Corte costituzionale, sia da tempo costante nell’affermare che, nella delimitazione dei rapporti tra legge penale e fonti subordinate, il principio di legalità sancito dall’indicato parametro può ritenersi soddisfatto allorché la legge determini con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale, senza che ciò determini la preclusione all’impiego di norme di diverso rango ad effetti integrativi della configurazione strutturale della

Si sostiene tuttavia che l'errore per l'inesatta interpretazione di una norma integrativa di quella penale, si risolve comunque in un errore sul fatto che costituisce reato, perché l'agente non si raffigura di commettere un fatto identico a quello previsto dalla norma incriminatrice.

Ferma restando la conoscenza del tasso soglia oltre il quale scatta la sanzione penale, se, nell'applicare un tasso di interesse per un errore di calcolo, l'agente richiede una somma che supera la soglia, questo errore riverbera i suoi effetti esclusivamente sul fatto, ed in quanto tale, ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p., esclude la punibilità. Non si voleva applicare un tasso usurario, ma per un errore nella metodologia di calcolo – errore indotto dalla confusione determinata dalla normativa secondaria – si è applicato un tasso d'usura.

Da altra parte si sostiene che l'errore sul fatto, derivando da un errore sulla norma extrapenale – che per il principio di incorporazione entra a far parte del precetto – viene ordinariamente dalla giurisprudenza ricondotto all'errore di diritto, che, diversamente dall'errore sul fatto, non è di per sé idoneo ad escludere il nesso psichico se non quando sia scusabile.

Quanto sin qui sinteticamente esposto costituisce il quadro normativo che presiede all'esame dell'elemento soggettivo del reato.

Il Tribunale di Palmi, valutando l'insussistenza dell'errore di diritto ma non individuando alcun elemento di riferibilità degli imputati alla posizione di garanzia della norma penale, non procede nell'ulteriore valutazione dell'elemento soggettivo del reato, pervenendo ad una decisione di completa assoluzione “perché il fatto non sussiste”.

fattispecie. Così, ben può la legge fissare limiti e criteri analitici e circoscritti al punto da rappresentare vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito della valutazione strettamente tecnica e, come tale, da ritenersi idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice (cfr. ex plurimis, Corte cost., sentenza n. 333 del 1991). Ciò, evidentemente, allo scopo di rendere la norma plasmabile in funzione delle più variegate questioni di fatto, per loro natura non sempre e non tutte cristallizzabili ex ante, e non di rado suscettibili di sensibili modificazioni che renderebbero una fattispecie legislativamente 'ingessata' o eccessivamente generica, o, al contrario, presto inadeguata a fronteggiare quelle modifiche. Ebbene, basta poco per avvedersi di come il delitto di usura, quale definito a seguito dell'intervento novellistico operato dalla legge n. 108/96, non riservi affatto – come pretenderebbe il ricorrente – compiti 'creativi' alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinaria. Come già ampiamente sottolineato anche dai giudici di merito, infatti, il legislatore si è fatto carico di introdurre e delineare una rigida 'griglia' di previsioni e di principi, affidando alla formazione secondaria null'altro che un compito di 'registrazione' ed elaborazione tecnica di risultanze, al di fuori di qualsiasi margine di discrezionalità.” (Cassazione penale, Sez. II, 18/3/03, n. 20148).

Diversamente la Corte d'Appello, nel condividere, con il Tribunale di Palmi, l'insussistenza dell'errore di diritto scusabile, ravvisa invece la riconducibilità ai Presidenti dei tre Istituti della responsabilità della gestione dei tassi e di riflesso estende l'esame alla valutazione della sussistenza o meno del dolo, elemento soggettivo del reato⁵³.

Sulla base delle risultanze emerse, la Corte ha ritenuto di non ravvisare circostanze sufficienti a fugare i dubbi sulla presenza o meno dell'elemento psicologico, ossia la consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria.

La Corte perviene a tale conclusione argomentando: “la minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti riconducibili al gruppo De Masi, l'episodicità dei superamenti stessi nel corso dei rapporti bancari analizzati per un lungo lasso temporale (sei anni), la presenza di normativa secondaria di settore, solo successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia, che, con le proprie ambigue circolari ha suscitato grande confusione tra gli operatori finanziari, l'esistenza di un sistema informatico che consentiva la rilevazione dell'eventuale superamento del tasso-soglia, che solo episodicamente e, per ragioni contingenti non ha segnalato detti sforamenti, la certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti, costituiscono indici fattuali pregnanti che depongono quanto meno per il dubbio circa la sussistenza dell'elemento psicologico, ossia la consapevolezza e volontà di porre in essere la condotta usuraria.”.

Aggiunge poi: “appare ancor più arduo sostenere che i massimi esponenti degli istituti di credito coinvolti nel presente procedimento, nel concorrere a dar vita ad un sistema organizzativo largamente imperfetto e lacunoso, abbiano avuto l'intenzione o la scienza ovvero abbiano semplicemente accettato il rischio della verifica di eventi lesivi del tipo di quelli verificatisi nel caso delle imprese facenti parte del c.d. gruppo De Masi, ciò che invece sarebbe accaduto qualora il superamento dei tassi soglia

⁵³ Le due recenti sentenze della Cassazione penale nn. 12028/10 e 28743/10, diffusamente riprese nella pronuncia della Corte d'Appello, non avevano ravvisato alcun vizio di illogicità e contraddittorietà nell'analogo decisione del G.u.p. di Ascoli Piceno che aveva escluso la configurabilità dell'errore di diritto scusabile – ai sensi dell'art. 5 del codice penale, come modificato dalla sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale – ed era passato ad esaminare le ulteriori circostanze relative all'elemento soggettivo del reato. Nella circostanza la Cassazione aveva precisato: “se la sussistenza di un errore di diritto scusabile esclude sempre il dolo in testa all'agente, esonerando il giudice da ogni ulteriore approfondimento in ordine all'elemento soggettivo del reato, una volta escluso l'elemento scusabile, non per questo viene meno il dovere di verificare in concreto la sussistenza dell'elemento soggettivo”.

fosse stato abnorme e costante, e, soprattutto, ove le indicazioni provenienti dall'autorità di vigilanza fossero state chiare nell'imporre l'inserimento nella base del calcolo della CMS sul quale, invece, vi è stata per lunghi anni ben poca chiarezza.

Né le emergenze probatorie, sopra analiticamente descritte e commentate, autorizzano una ricostruzione che legga in chiave di astuta malizia la scelta di approfittare delle incertezze interpretative per attuare una politica volta a differenziare i tassi nominalmente applicati alla clientela, in apparenza rispettosi delle previsioni normative, da quelli di fatto imposti, grazie alla surrettizia e scorretta esegesi delle disposizioni secondarie e di dettaglio, notevolmente più esosi ed integranti vere e proprie ipotesi usuarie.”.

Per concludere: Tanto induce a ritenere, in conclusione, che la lesione del bene tutelato dalla norma penalistica sull'usura si è prodotta in forza di comportamenti – concretatisi, va qui ribadito, nella omessa, doverosa predisposizione di apparati organizzativi e di controllo tali da prevenire il rischio di sfioramento dei tassi soglia – che, in quanto connotati da negligenza, rientrano nell'alveo del parametro psicologico della colpa, non sono punibili in forza del disposto dell'art. 644 c.p.”.

La Corte, con una disamina che appare assai labile, carente nell'istruttoria, superficiale nella valutazione della responsabilità soggettiva, con apprezzabili improprietà e palesi inesattezze, conclude con il ritenere che – indifferentemente per i tre Istituti di credito - la violazione della norma penale sia riconducibile solo a negligenza, escludendo ogni forma di consapevole volontà di trarre vantaggio dalle incertezze interpretative sollevate dalla normativa secondaria.

Le argomentazioni addotte dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria risultano in buona parte identiche a quelle riportate – con risultanze di esuberi della soglia assai più modeste e con l'impiego di un algoritmo di calcolo più rigoroso (inclusione della CMS nel TEG) – nella sentenza del G.u.p. di Ascoli Piceno ed esaminate dalla recente Cassazione penale n. 12028/10.

In sintesi le argomentazioni della Corte sono ricondotte ai seguenti aspetti: 1) minima entità dei superamenti; 2) episodicità dei superamenti stessi; 3) assenza dei superamenti, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore; 4) esistenza di un presidio costituito da un sistema informativo che consentiva la rilevazione dell'eventuale superamento del tasso soglia; 5) presenza di normativa secondaria di settore, solo

successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia, che con le proprie ambigue circolari ha suscitato grande confusione tra gli operatori finanziari.

Le prime tre argomentazioni, come già evidenziato nei precedenti paragrafi, sono in buona parte inesatte, risultando in contraddizione con quanto rilevato dal CTU.

Almeno per un Istituto, non risulta che i superamenti siano “sporadici” e non trova alcuna rispondenza nei dati di perizia la “certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono superamenti”.

Non si possono, infatti, trascurare, su n. 48 trimestri esaminati, 11 superamenti del tasso soglia considerando il solo interesse e 15 superamenti impiegando l'algoritmo di verifica della Circolare della Banca d'Italia. Si ritiene poi che, per Istituti di rilevanza nazionale, con milioni di rapporti di credito, l'entità del superamento, anche se modesto, assume comunque rilievo, segnalando l'inefficacia a prevenire l'illecito del sistema di monitoraggio posto a presidio della norma penale: questa circostanza, per i riflessi che riverbera sull'ampia clientela, si risolve in una lesione non trascurabile al corretto funzionamento del mercato del credito, ancor prima ed oltre al danno arrecato al Gruppo De Masi.

Né si può sostenere, quanto meno per uno dei tre Istituti di credito, che fosse dotato: “di un sistema informatico che consentiva la rilevazione dell'eventuale superamento del tasso-soglia, che solo episodicamente e, per ragioni contingenti non ha segnato detti sforamenti”. L'indagine peritale del CTU ha accertato che per quattro anni, dal '99 al '02, il sistema informativo di questo Istituto, ancor prima di “segnare”, non ha prevenuto sforamenti e tale mancato funzionamento non risulta né “episodico”, né tanto meno è riconducibile a generiche e indefinite ‘ragioni contingenti’.

I giudizi espressi dalla Corte appaiono affetti da radicati pregiudizi, che, inducendo forzati e orientati elementi di giustificazione, arrivano a travisare gli stessi dati forniti dal CTU, senza alcuna distinzione delle diverse evidenze emerse per i tre Istituti nel lavoro peritale.

Nella motivazione, inoltre, viene completamente trascurato il preminente interesse collettivo al corretto funzionamento dei rapporti di credito, esplicitamente circostanziato dalla Cassazione penale, Sez. II 18/3/03, n. 20148: “Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare l'evidente intento di delineare la disciplina dell'usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, secondo parametri predefiniti

ed obiettivi che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito per così dire soggettivistico dell'abuso, e la sua sostituzione con il rilievo del tutto prevalente che nella struttura delle fattispecie finisce per assumere il requisito – tutto economico – della sproporzione tra la prestazione del mutuante e quella del mutuatario, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e, se si vuole, dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. (...) dovendo l'iniziativa economica, in base allo stesso precetto costituzionale, non soltanto non porsi in contrasto con l'utilità sociale', ma addirittura 'essere indirizzata e coordinata ai fini sociali': il che evidentemente, evoca – quale ulteriore parametro di riferimento che viene senz'altro in discorso, alla luce delle segnalate innovazioni che l'art. 644 c.p. presenta sul piano del relativo oggetto giuridico – anche la protezione offerta all'esercizio del credito dall'art. 47 della Carta fondamentale.”.

Per la quarta argomentazione, relativa appunto al sistema informativo, accertato che – almeno per uno dei tre Istituti di credito - gli esuberanti non risultano affatto sporadici e si ripetono negli anni, le lacune e carenze rivelano una sistematicità e continuità che trascendono una mera connotazione di negligenza e trascuratezza, ma comprovano l'impiego continuativo nel tempo di un algoritmo di controllo scientemente costruito 'a maglie larghe', atto a perpetrare su ampia scala l'illecito penale. Il software, elaborato per la verifica e il blocco dell'addebito di interessi ed altri oneri, che potessero condurre al superamento della soglia d'usura, non poteva contemplare l'algoritmo di calcolo suggerito, in epoca successiva, dalla Banca d'Italia, né considerava in alcun modo la CMS, né tanto più – rilevati n. 11 esuberanti della voce 'interessi' dalla soglia, su n. 48 trimestri – presidiava il più elementare rispetto della formula del TEG, nei termini riportati nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Se tali circostanze avessero fatto sorgere nella Corte quanto meno il più che ragionevole dubbio di una “surrettizia e scorretta esegesi delle disposizioni secondarie e di dettaglio” per imporre tassi “più esosi ed integranti vere e proprie ipotesi usurarie”, avrebbero indotto la stessa a curare un opportuno approfondimento peritale sull'algoritmo impiegato. Tale indagine avrebbe potuto meglio circostanziare il presidio predisposto con il

sistema informativo, misurare lo scostamento dei parametri tecnici da quelli funzionali a prevenire fatti d'usura, nonché valutare lo spettro di diffusione, tra la clientela, degli esuberanti dalla soglia, la distribuzione territoriale, la continuità nel tempo dell'illecito penale e valutare l'entità del nocimento arrecato agli interessi collettivi protetti dall'art. 47 della Carta costituzionale.

Più complessa e dirimente appare l'ultima motivazione, che tuttavia, poggiando sulle carenze e contraddizioni logico-giuridiche dei punti sopra esposti, risulta anch'essa viziata da argomentazioni deboli e inconsistenti, ristrette in una prospettiva giuridica parziale, orientata e piegata dagli stessi preconcetti di cui sono pervase le valutazioni precedenti.

Del tutto trascurato risulta quel rilievo specifico e peculiare attribuito dall'ordinamento alla funzione creditizia e che si riverbera nella condotta direttiva richiesta all'organo apicale. I comportamenti e le scelte dei vertici aziendali vanno ad incidere, capillarmente, su milioni di rapporti economici, con pregnanti riflessi sul risparmio e lo sviluppo economico. In tale ambito di attività i profili di responsabilità assumono un ruolo significativo e anche l'elemento psicologico', richiamato dalla norma penale, non può essere disgiunto dall'elevato grado di professionalità richiesto nello svolgimento di un'attività contraddistinta da rilevanti interessi pubblici.

In tale quadro d'impatto, l'approntamento di un'efficiente struttura di monitoraggio costituisce un tutt'uno con gli obblighi di compliance e deve necessariamente essere ricondotto a ruoli e figure professionali di vertice, in grado di adottare scelte aziendali che preservino e presidino l'attività creditizia, anche dalla sola eventualità e rischio che, nei rapporti con l'ampia platea della clientela, venga meno il rispetto di norme di legge, tanto più se sanzionate penalmente.

Né ignoranza e scarsa professionalità, né negligenza sembrano trovare, in tale ambito, spazi di scusabilità, dovendosi presidiare generali principi di convivenza sociale e di corretto funzionamento del mercato del credito, dagli indebiti riflessi che possono derivare - come talvolta si è riscontrato in quest'ultimo decennio - da scelte aziendali eccessivamente protese al conseguimento dei profitti economici.

Le finalità ultime della normativa di vigilanza in tema di governance, come anche le disposizioni introdotte dalla legge 131/01 per altri reati penali, sono volte a predisporre una struttura organizzativa articolata e preordinata a rendere consapevole il vertice aziendale di circostanze e disfunzioni che possono pregiudicare la corretta realizzazione delle decisioni

assunte e il pieno rispetto degli obblighi di compliance, ponendo il vertice stesso nelle condizioni di monitorare e prevenire ex-ante i rischi di incorrere in violazioni della norma penale, più che rimuovere ex-post occasionali e non previste violazioni.

Tale assetto normativo viene, di fatto, a restringere, se non ad eliminare, ogni forma di deresponsabilizzazione del vertice aziendale per accadimenti e conseguenze derivanti da uno scorretto funzionamento della struttura organizzativa, tanto più se la disfunzione e la violazione si trascinano nel corso di più anni.

Ad un maggior grado di responsabilità e professionalità corrisponde una maggiore consapevolezza e capacità di discernere gli obblighi di compliance, nonché di valutare i presidi da predisporre, distinguendo la rilevanza, il nesso e la priorità della normativa primaria, degli atti amministrativi disposti dal Ministro dell'Economia e delle indicazioni della Banca d'Italia, queste ultime “suggerite” in un ambito non delegato dalla legge. “Oltre alle condizioni relative al rapporto soggetto-fatto, esiste, pertanto, un altro ‘presupposto’ della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla ‘riconoscibilità’ dell’effettivo contenuto precettivo della norma. L’oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi ‘chiunque’ (non soltanto il singolo soggetto, particolarmente considerato) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale. (...) Il passaggio dall’oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi penali, assicurata dallo Stato all’effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la ‘mediazione’, ovviamente insostituibile, dell’attività conoscitiva dei singoli soggetti. Supposta esistente, in fatto, l’oggettiva possibilità di conoscenza d’una particolare legge penale, i soggetti privati, divenendo diretti destinatari dell’obbligo (principale) d’adempimento del precetto oggettivamente conoscibile, devono operare la predetta, insostituibile mediazione. A questo fine incombono sul privato, preliminarmente, strumentali, specifici doveri d’informazione e conoscenza: ed è a causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge penale”. (Corte Costituzionale 364/88).

Con il profilo di responsabilità e professionalità richiesto⁵⁴, non si potevano incautamente trascurare le ampie perplessità emerse, sin dall’inizio,

⁵⁴ Anche le S.U. della Cassazione (n. 1814/94) avevano avuto modo di affermare che il dovere di informazione, che per i comuni cittadini deve essere assolto con il criterio dell’ordinaria diligenza, deve invece essere particolarmente rigoroso per tutti coloro che svolgono professionalmente una

in dottrina e giurisprudenza in merito all'esclusione della CMS dal calcolo dell'usura.

Lo stesso Tribunale di Palmi riporta (pag. 22): “Si è già detto, e non lo si ripeterà, che l'art. 644 prescrive di includere, ai fini della valutazione della ricorrenza dell'usura, tutti gli oneri comunque collegati al credito. Si è pure detto che la CMS rientra certamente in questo novero per via delle sue caratteristiche funzionali. Già questo basterebbe poiché si tratta di considerazioni elementari alla portata di chiunque operi professionalmente nel credito.”.

Tuttavia, nelle conclusioni della sentenza della Corte d'Appello si afferma, con riferimento alla sussistenza del dolo in capo all'apice aziendale: “ (...) e, soprattutto, ove le indicazioni provenienti dall'autorità di vigilanza fossero state chiare nell'imporre l'inserimento nella base del calcolo della CMS sulla quale, invece, vi è stata per lunghi anni ben poca chiarezza”.

Ma non erano le disposizioni dell'Autorità di Vigilanza a dover imporre l'inclusione della CMS nella verifica d'usura o a dover suggerire che “la CMS andasse, per così dire, maneggiata con cura e fosse suscettibile di conseguenze di rilevanza penale”. Le Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura sono rivolte a determinare il tasso effettivo medio del sistema, come indicato nella legge n. 108/96, non i criteri per la verifica dell'usura. Le finalità sono distinte e separate e rispondono a criteri prossimi ma non identici.

E' al più l'art. 3, comma 2 dei decreti del MEF, che, nella sua equivoca formulazione, potrebbe aver ingenerato confusione, prescrivendo genericamente che gli intermediari si attengano, per la verifica del rispetto delle soglie d'usura, alle ‘Istruzioni’ della Banca d'Italia impiegate per la rilevazione del TEGM. Ma l'enunciato del decreto va coordinato e subordinato al disposto della legge 108/96: la disposizione prevista può, come detto, al più riferirsi all'algoritmo di calcolo impiegato nelle ‘Istruzioni’ della Banca d'Italia, stante la chiara formulazione dell'art. 644 c.p. comma 4, sulle poste da includere nello stesso.

Attribuire al decreto ministeriale una valenza più ampia, debordante il disposto legislativo, ed estromettere dalla verifica la CMS in ragione di una presunta e imprescindibile omogeneità di confronto, appare una leggerezza interpretativa, indotta da una visione esclusivamente tecnica e per altro inconsistente, supinamente acquisita, senza alcun vaglio di sostenibilità

determinata attività, i quali rispondono dell'illecito anche in virtù di una ‘culpa levis’ nello svolgimento dell'indagine giuridica.

giuridica. Uno sguardo alla giurisprudenza ne palesa la debolezza e superficialità: “(...) il procedimento per la determinazione dei tassi soglia analiticamente descritto dal legislatore della riforma, esclude, per puntualità di riferimenti, qualsiasi elusione del principio di riserva di legge in materia penale, nulla essendo lasciato a scelte di opportunità o a valutazioni non fondate su rigorosi criteri tecnici: al contrario, è proprio la linea di ‘obiettivizzazione’ del fatto tipico che ora caratterizza la figura descritta dall’art. 644 c.p. a rendere la fattispecie senz’altro esente da quelle perplessità di insufficiente determinatezza che, in passato, erano state adombrate al suo riguardo. (...) Il dettaglio dei criteri stabilito dalla legge è dunque tale da rendere la fonte non legislativa un atto meramente ricognitivo, destinato a ‘fotografare’ l’andamento dei tassi finanziari distinti per classi omogenee di operazioni, secondo parametri di certezza ed obiettività, e con l’intervento degli organi istituzionalmente deputati a compiere siffatte registrazioni.” (Cassazione penale, Sez. II, 18/3/03, n. 20148).

Il decreto ministeriale rientra per altro in quel “complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale”, per il quale la giurisprudenza non ha riconosciuto l’applicabilità dell’art. 5 c.p. riferito all’errore di calcolo.

Secondo un consolidato orientamento (Cassazione 14/7/86; Cassazione 21/3/90) l’errore sulla legge extrapenale, integrativa della norma penale, si risolve sempre e comunque in errore sulla legge penale stessa, per il principio di incorporazione: la disposizione amministrativa viene a formare un tutt’uno con il precetto penale.

Né la sentenza della Corte d’Appello né quella della recente Cassazione n. 12028/10 fanno alcun riferimento al dettato dell’art. 3, comma 2 dei decreti del MEF: la confusione determinata fra gli operatori viene riferita alla normativa secondaria disposta dalla Banca d’Italia, ma le ‘Istruzioni per la rilevazione dei tassi per la determinazione della soglia d’usura’ sono espressamente richiamate nel preambolo dei decreti ministeriali e in un caso (D.M. 24/9/98) sono riportate in allegato al decreto stesso: anch’esse pertanto rientrano nel “complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale” a cui si è ritenuto inapplicabile l’art. 5 c.p..

Rimane le Circolare della Banca d’Italia del ’05, che tuttavia è successiva alle circostanze per le quali è stata accertata l’usura e, per altro, si pone al di fuori di ogni attribuzione normativa, esprimendo un’‘opinione’, senza alcun contenuto dispositivo.⁵⁵ Può questa Circolare aver ingenerato

⁵⁵ “(...) tale schema operativo non può essere assunto (almeno) agli effetti penali, trattandosi di normativa ‘extravagante’: la fattispecie di usura presunta si riempie delle determinazioni della Banca d’Italia solo attraverso la mediazione dei decreti ministeriali (art. 2, co. 1, l. 108: ‘Il

un'obiettivo ed insuperabile oscurità nel calcolo degli interessi usurari previsti dall'art. 644 c.p., calcolo che invece, a giudizio della Cassazione del '03, 'non presenta in sé particolare difficoltà'?

Che la CMS, nelle modalità di calcolo impiegate dai tre Istituti di credito, fosse inerente al credito erogato, e che di conseguenza dovesse essere ricompresa nella verifica del rispetto dell'usura, discende dall'inequivocabile enunciato dell'art. 644 c.p.. Una volta escluso l'errore di diritto scusabile ai sensi dell'art. 5 c.p., quali margini possono rimanere per escludere il dolo, la consapevolezza e volontà di praticare condizioni non conformi al parametro legale, visto che, seppur con un'apprezzabile differenziazione tra i tre Istituti di credito, con l'inclusione nel TEG della CMS e anche senza inclusione - si perviene a significativi debordi della soglia? Riscontrati inoltre con un'apprezzabile frequenza, nel corso di quattro anni, e indicativi pertanto di una continuativa e sistematica inefficacia del presidio di controllo per il rispetto della norma penale.

Il riferimento ai "criteri di calcolo delle 'istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia", riportato nell'art. 3, comma 2 dei decreti, poteva ben essere riferito al solo algoritmo di calcolo del TEG, ponendo la CMS nel primo rapporto congiuntamente agli interessi, deducendo, dal suo riferimento all'utilizzato, una forma integrativa degli interessi stessi, o, alternativamente, ponendo la CMS nel secondo rapporto, congiuntamente agli altri oneri e spese, deducendo, dalla sua definizione di corrispettivo per l'obbligo di tenere a disposizione una determinata somma, un ulteriore costo riferito al credito. In entrambi i casi i debordi sarebbero risultati ancor più frequenti e di dimensioni più rilevanti di quanto accertato dal CTU di Palmi. Certamente la CMS non poteva essere esclusa, senza incorrere, consapevolmente e deliberatamente, o con incosciente 'indifferenza', nella violazione dell'art. 644 c.p.: in un caso e nell'altro, non si può relegare a semplice negligenza un illecito diffuso su un'ampia schiera di clientela, con indubitabili riflessi sul corretto svolgimento del mercato del credito.

La CMS è stata consapevolmente e intenzionalmente esclusa dall'algoritmo di calcolo per la verifica dell'usura: il CTU Dacunto ne dà conto nella sua deposizione, confermando che la CMS non era contemplata

ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia', i quali, peraltro, successivamente alla pubblicazione del Bollettino 12/05, non ne hanno recepito le indicazioni; né, a ben vedere, avrebbero potuto, in quanto la legge deriva l'illiceità penale solo dal (superamento di oltre la metà del) TEGM e il principio di legalità preclude qualsiasi rilievo di una più comprensiva nozione di 'usurarietà del rapporto', nella quale far in qualche modo rientrare la CMS, che dal TEGM continui a rimanere esclusa." (P. Capoti, Il delitto di usura 'bancaria', Università degli Studi di Padova, 2008).

nella procedura di rispetto della soglia d'usura (Cfr. sentenza della Corte d'Appello, pag. 96). Le inadeguatezze accertate nel software di controllo sono pertanto riconducibili agli algoritmi predisposti, che non erano coerenti con il disposto legislativo stesso⁵⁶.

Nel predisporre gli algoritmi di controllo – visto l'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza sull'inclusione o meno della CMS nella verifica dell'usura – si sarà quanto meno valutato il rischio di incorrere nel reato. Non appare configurabile la circostanza che, pur rappresentandosi la possibilità dell'evento dannoso, si sia ritenuta tale possibilità astratta e remota e si sia pertanto escluso il suo verificarsi: con la professionalità e competenza riferite al vertice aziendale, non si può attribuire al chiaro portato letterale dell'art. 644 c.p. solo un margine astratto di interpretazione.

In presenza di una norma primaria rigida e un disposto amministrativo 'più lasco', le responsabilità di presidio della norma penale esigono l'adozione di un margine di cautela più ampio che consenta, nell'apparente contraddittorietà delle due norme, il rispetto di entrambe. Al contrario comportamenti volti a cogliere e impiegare, in maniera interpretativa, gli aspetti derogatori della norma amministrativa per finalità economiche, non possono risultare scevri da una consapevole assunzione e rappresentazione del rischio assunto.

Si ritiene questo un principio cardine per presidiare efficacemente gli obblighi di compliance, che risultano spesso, nel mercato finanziario e del credito, sottoposti ad una compressione inusuale dai preminenti, e più avvertiti, obiettivi economici aziendali.

L'adozione di strategie dei tassi che abbiano trascurato di considerare la CMS nella verifica dell'usura risponde, quanto meno, a quella 'indifferenza dell'agente nei confronti delle norme, dei valori e dell'ordinamento tutto', censurata dalla Corte costituzionale (n. 364/88).

Non si può presumere un'incoscienza ignoranza del rischio, né relegare a semplice negligenza la previsione di criteri di verifica che escludono dal computo la CMS, né si può ritenere di scarso o ininfluenza rilievo disattendere reiteratamente, fin'anche nei soli interessi, il rispetto della soglia. Né si può, infine, trascurare la dimensione e diffusione che il

⁵⁶ Né i debordi del tasso soglia possono essere ricondotti a fattori casuali e/o riconducibili a carenze tecniche: il software tecnicamente può presentare qualche margine di errore entro un range che dipende dagli algoritmi di calcolo più o meno sofisticati che lo caratterizzano. La politica dei tassi non può trascurare questo range di errore, che risulta stimabile, può essere monitorato e adeguatamente prevenuto, mantenendo i tassi e le altre condizioni di conto entro margini di sicurezza.

fenomeno dell'illecito può aver assunto a danno dell'ampia platea della clientela.

In ossequio a quanto ribadito dalla Corte costituzionale (364/88), se la responsabilità penale viene a costituirsi con la rimproverabilità del fatto, non sembra che possano essere esclusi da soluzioni sanzionatorie comportamenti di fatto non controllabili dal responsabile della posizione di garanzia, per carenze e disfunzioni dello strumento di controllo che, secondo le rigorose disposizioni del credito, deve essere organizzativamente dallo stesso disposto.

La predisposizione di sistemi informativi carenti e software inadeguati a prevenire gli sforamenti delle soglie d'usura pone il vertice aziendale in una situazione di inconsapevolezza, la cui responsabilità non può che ricadere sullo stesso. La consapevole responsabilità di impiegare un sistema informativo di controllo inadeguato a prevenire e segnalare gli sforamenti delle soglie d'usura, trascende la colpa e il dolo eventuale: su una vasta platea di utenti bancari l'evento dannoso diviene certo e diffuso⁵⁷.

Su questo aspetto non si può non dissociarsi con quanto espresso, con estrema leggerezza e senza alcun elemento di conforto e riprova, dalla Corte d'Appello, quando afferma: “appare ancor più arduo sostenere che i massimi esponenti degli istituti di credito coinvolti nel presente procedimento, nel concorrere a dar vita ad un sistema organizzativo largamente imperfetto e lacunoso, abbiano avuto l'intenzione o la scienza ovvero abbiano semplicemente accettato il rischio della verifica di eventi lesivi del tipo di quelli verificatisi nel caso delle imprese facenti parte del c.d. gruppo De Masi”.

Un sistema organizzativo largamente imperfetto e lacunoso, in particolare un sistema informatico inadeguato a 'prevenire', ancor prima che segnalare, i casi di sforamento delle soglie d'usura, presuppone una consapevole determinazione ad accettare - con l'ampia compagine di clientela estesa su tutto il territorio, che caratterizza ciascuno dei tre Istituti - non il rischio, ma la certezza di eventi lesivi del tipo di quelli verificatesi con il Gruppo De Masi.

I numerosi casi denunciati su tutto il territorio, riportati dalla stampa, sollevano quanto meno il dubbio di una ricorrenza – nell'ampia schiera della

⁵⁷ Nella sentenza della Corte d'Appello si riporta (pag. 105): “Circolazione delle informazioni che non vi è stata e che ha dato prova nei fatti della non tenuta del sistema organizzativo adottato da ciascuna banca da cui è derivato l'evento usurario a carico, tra gli altri, e per quello che ci occupa, di tutte le imprese riconducibili al cd. Gruppo De Masi.”.

clientela interessata – niente affatto sporadica, coinvolgente importi che, forse singolarmente di modesta entità, complessivamente non appaiono di scarsa rilevanza. Né dalla documentazione presentata agli atti è risultato, nella condotta dei vertici aziendali, alcunché di concreto che – a seguito delle perplessità manifestate in dottrina e nelle numerose pronunce in sede civile – mostrasse azioni e decisioni volte a correggere il presidio alla norma penale, fuggendo, seppur in ritardo, quanto meno quell’“indifferenza” censurata dalla Corte costituzionale (368/88).

Sarebbe stato compito della Corte accertare la diffusione di tali eventi per valutare l’entità del danno arrecato con l’azione dolosa e la gravità del nocumento arrecato al regolare svolgimento del mercato del credito.

Nella “confusione” generata fra gli operatori finanziari – dalle ambigue e tendenziose interpretazioni date ai decreti e/o alle Istruzioni per la rilevazione dei tassi della Banca d’Italia – scelte aziendali che hanno lucrato a bilancio cospicui profitti, che un adeguato presidio degli obblighi di compliance avrebbe moderato, non possono essere scagionati da una semplicistica e ingenua motivazione di sprovvedutezza e negligenza.

Da un lato, nella sentenza della Corte d’Appello, si individua una pregnante posizione di garanzia della norma penale in capo ai Presidenti, ‘nella consapevolezza dei rischi di deresponsabilizzazione degli organi di vertice connessi alla possibilità di deleghe fumose ed indeterminate’, sostenendo che ‘poteva riconnettersi un effetto liberatorio solo ove fosse stato apprestato, contemporaneamente alla delega, un sistema informativo interno ai rispettivi istituti di credito che garantisse la possibilità di intervento rispetto al verificarsi di situazioni irregolari.’.

Dall’altro, si trascurano i rischi di deresponsabilizzazione dei vertici aziendali che potrebbero derivare dalla valutazione espressa dalla Corte, che ha ritenuto semplicemente ‘connotati da negligenza, rientranti pertanto nell’alveo del parametro psicologico della colpa’, i comportamenti dei Presidenti ‘concretatisi nella omessa, doverosa predisposizione di apparati organizzativi e di controllo tali da prevenire il rischio di sfioramento dei tassi soglia’.

Le omissioni, inesattezze e contraddizioni in cui incorre la Corte appaiono vistose. Se la pronuncia trovasse seguito nella giurisprudenza, si verrebbe a pregiudicare l’impegno profuso nel corso degli anni dall’organo di Vigilanza, nel predisporre un più solido presidio ai fenomeni di ‘mala gestio’, attraverso un quadro di trasparenti e definiti processi di decisione

aziendale, a sostegno di una puntuale e pregnante riconduzione al vertice aziendale della responsabilità di ‘compliance’.

Accertata l’usura e la riconducibilità ai Presidenti dei tre Istituti di credito della posizione di garanzia del precetto penale posto dall’art. 644 c.p., ed esclusa la configurabilità dell’errore di diritto scusabile ai sensi dell’art. 5 del codice penale, la decisione di assoluzione a cui perviene la sentenza della Corte d’Appello appare sorretta da argomentazioni deboli e superficiali che, ponendosi in contraddizione con generali principi di gestione del credito, più volte ribaditi dalle Supreme Corti, sminuiscono oltre ogni misura le peculiari responsabilità e professionalità richieste a chi svolge un’attività alla quale si ricollegano pregnanti interessi pubblici.

Nell’esaminare i fatti e circostanze, prima il Tribunale di Palmi, poi la Corte d’Appello di Reggio Calabria, si coartano in una prospettiva limitata, che impedisce di trascendere il Gruppo De Masi e valutare la diffusione dell’illecito accertato alla generalità della clientela e quindi la dimensione e consistenza della lesione arrecata al corretto funzionamento del mercato del credito⁵⁸, contestualizzando opportunamente la condotta accertata nel più generale ambito delle linee di indirizzo strategico perseguite nel corso degli anni dai tre Istituti di credito interessati.

La pronuncia della Corte d’Appello di Reggio Calabria manifesta pregnanti elementi di preconcetto, ingenuità ed omissioni, sia nell’indagine che nell’analisi dei nessi causali e comportamentali, ed elementi di reticenza e pavidità, più che di impotenza, nella valutazione dell’elemento soggettivo del reato. Oltre a palesi incongruenze e contraddizioni, emerge un percorso motivazionale lacunoso, inconsistente e superficiale, a cui sono mancati, necessari quanto fondamentali, accertamenti di trasparenza dei fatti e circostanze: vizi e carenze lasciano – nel pensiero della Corte - in un limbo nebuloso le posizioni degli imputati: ciò prelude ineluttabilmente ad una

⁵⁸ Nella sentenza del Tribunale di Palmi si riporta (pag. 8): “è più volte sembrato, sia nella conduzione dell’istruttoria dibattimentale che nelle conclusioni finali, che taluni dei protagonisti del processo si attendessero non soltanto una pronuncia sui capi di imputazione ma un giudizio più ampio che, rivolgendosi in generale al mondo del credito, ne stigmatizzasse prassi asseritamente scorrette e servisse quindi di monito per ripristinare l’equilibrio violato e precludere eventuali violazioni future. Ebbene, va subito chiarito che non è questo il compito del Tribunale, di nessun giudice per la verità. Non è in questo ambito istituzionale che possono trovare soluzione problemi che pure sono oggettivamente emersi nel corso dell’istruzione dibattimentale. (...) Sicché, in ultima analisi, al Tribunale compete soltanto pronunciarsi sui capi di imputazione contestati dall’accusa e farlo in relazione a singole persone considerate in relazione alle loro personali condotte ed alla loro posizione soggettiva e non in quanto esponenti di un mondo, quello del credito appunto, da valutare come un monolite indistinto.”.

sentenza rinunciataria, poggiata largamente su principi di interpretazione bonam partem, per sollevare gli imputati stessi dall'incriminazione.

4. Conclusioni.

L'esperienza dell'ultimo decennio ha mostrato una sospinta tensione da parte delle banche a cogliere margini di concorrenza e benefici economici utilizzando, all'occorrenza, oltremisura gradi di elusione che regolamenti o istruzioni applicative consentono, impegnando e congestionando apprezzabilmente l'opera della Magistratura, in una calcolata strategia di trade-off costi/benefici, fondata sul marginale ricorso della clientela, restia ad adire le onerose e tortuose vie delle aule di Giustizia.

Con la privatizzazione, liberalizzazione e concentrazione degli istituti di credito, hanno acquisito forza centri di gestione del credito che, lungi da un atteggiamento supino, si pongono spesso in una sospinta contrapposizione dialettica e negoziale: sempre più spesso le azioni di forza prevalgono sul confronto.

Le banche, lo si è visto recentemente negli interventi del Governatore Draghi in tema di CMS, non sempre mostrano attenzione agli interventi di moral suasion espressi dalla Banca d'Italia. I grandi gruppi bancari si pongono ormai in un rapporto di contrapposizione e la tutela dei propri azionisti assume talvolta un ruolo prevaricante: una lettura delle circostanze che hanno caratterizzato il fenomeno dell'usura bancaria, in chiave di supina adesione alle indicazioni dell'Istituto Centrale, tipica delle banche pubbliche di un'epoca precedente, risulta oggi, più che inattuale, ingenua.

La peculiare funzione di collegamento fra risparmio e sviluppo giustifica la speciale disciplina posta a protezione e tutela dell'attività bancaria, ma, nel contempo, rende più aberranti comportamenti che ostacolano e travisano la stessa funzione a cui è preposto l'intermediario bancario.

Funzioni di primario interesse pubblico, come l'intermediazione del credito e la tutela del risparmio, non possono essere rimesse al libero arbitrio di un mercato imperfetto, dove i criteri di compliance soggiacciono ad una valutazione economica di convenienza.

Dopo la privatizzazione bancaria, avviata in uno con la riforma del Testo Unico, la stabilità e patrimonializzazione dell'operatore bancario è

stata conseguita in buona misura attraverso norme di protezione degli utenti bancari lasche e lacunose, che hanno consentito, in quasi un ventennio, un cospicuo e continuo drenaggio di risorse: contratti di adesione uniformi, clausole vessatorie, collocamento di titoli tossici, anatocismo, CMS, hanno trovato una scarsa attenzione da parte dell'Organo di Vigilanza e un debole e tardivo temperamento nell'opera della Magistratura. Per anni si è ricercata la protezione dell'utente bancario circoscrivendo gli interventi agli aspetti di informazione e trasparenza, lasciando inalterati gli equilibri giuridici e frenando l'apertura del mercato alla concorrenza. Nel periodo considerato le strategie aziendali di scarsa considerazione della compliance sono risultate vincenti. Gli sporadici operatori bancari che maggiormente hanno avvertito una responsabilità sociale, sono risultati emarginati: il fenomeno ricorda d'appresso il rapporto fra i contribuenti virtuosi, gli evasori fiscali e i vari condoni.

Quando il legislatore del '96 ha posto limiti operativi e presidi penali ai tassi di remunerazione del credito, grazie a forzate interpretazioni di provvedimenti amministrativi di dubbia chiarezza, l'intermediario bancario ha potuto liberamente operare attraverso forme surrogatorie di remunerazione, per lo più riconducibili alle Commissioni di Massimo Scoperto, oltre ad una proliferazione di spese di scarso contenuto giustificativo.

La chiara ed inequivocabile formulazione dei limiti dell'usura, introdotta dalla legge n. 108/96, è risultata completamente stravolta nella pratica operativa, sino a prevedere una Commissione soglia, distinta e separata dalla soglia d'interesse, come se i due oneri non attenessero congiuntamente allo stesso credito.

L'elusione è intervenuta attraverso un elemento di costo, la CMS, rivelatasi priva di causa, indeterminata nel calcolo, iniqua nella formula di calcolo. Il fenomeno è venuto costituendo un oneroso "balzello", rapidamente esteso, fra il '97 e il '09, alla generalità dei finanziamenti in conto e per aliquote crescenti.

L'assenza di statistiche sui dati desunti dalla lunga serie di rilevazioni ai fini della determinazione del TEGM ne ha impedito una corretta valutazione della dimensione e della diffusione⁵⁹. Al contempo non si è avuta evidenza alcuna dei controlli esperiti sulla rispondenza alle 'Istruzioni' dei dati forniti dagli intermediari: la delicatezza e rilevanza di un limite che si

⁵⁹ Degli oltre 13 anni di segnalazioni, non è disponibile nessuna statistica dei dati forniti dagli intermediari: ciò avrebbe consentito un più attento monitoraggio dell'evoluzione del fenomeno della CMS.

fonda sulla correttezza stessa delle segnalazioni dei soggetti che lo subiscono, esigerebbe, dal un lato la previsione di specifiche sanzioni nel caso di omissione o alterazione della segnalazione, dall'altro una maggiore trasparenza e monitoraggio, a garanzia dell'affidabilità del presidio posto dalla legge 108/96.

Se gli intermediari fossero stati indotti a riferire il calcolo della CMS al fido, come indicato dalla Cassazione nel '02, si sarebbe evitata un'elusione della legge n. 108/96 e la Banca d'Italia si sarebbe risparmiata di avallare e giustificare – prima con la singolare definizione, introdotta nelle 'Istruzioni' del '02, poi con lo specioso meccanismo della Circolare del dicembre '05 – un metodo di calcolo della CMS che si è risolto in un poderoso drenaggio economico nei confronti di imprese e clienti, del tutto avulso, nella misura oltre che nel riferimento, dall'effettivo servizio prestato.

Né sono valse le 'grida' del nuovo Governatore della Banca d'Italia, che prontamente ha percepito l'iniquità della CMS censurandola, con tono inusuale, impiegando espressioni al limite, ed oltre, della tradizionale moral suasion. Si è reso necessario il provvedimento legislativo n. 2/09 e quello successivo n. 102/09, per ricondurre 'a regola' comportamenti per lungo tempo difforni, oltre che dai fondamentali principi di responsabilità sociale, dagli stessi principi sanciti dal T.U.B..

Una corretta riconduzione della CMS, sin dal '96, alla sua funzione tradizionale di remunerazione per il fido accordato e una sua più rispondente commisurazione all'onere sopportato dall'intermediario per il servizio prestato, quand'anche ricompresa nel calcolo del TEGM, non avrebbe indotto un'apprezzabile lievitazione della soglia d'usura⁶⁰ e avrebbe evitato il patologico incremento della CMS intervenuto negli anni.

Sono occorsi oltre tredici anni di uso distorto della CMS per pervenire gradualmente a sancirne l'assenza di causa, l'indeterminatezza, la nullità, l'inclusione nel calcolo del TEG, riconducendola all'ambito del fido accordato, regolamentandola in una specifica condizione contrattuale. Dopo la legge n. 2/09 e il successivo provvedimento n. 102/09, la generalità degli intermediari bancari si è adeguata, rimuovendo anche le residue forme di

⁶⁰ In quest'ultimo anno, i provvedimenti legislativi che al tempo stesso hanno definito e delimitato tale commissione, disponendone l'inclusione nel TEGM, non sembra che abbiano determinato un significativo incremento delle soglie d'usura. La cospicua revisione intervenuta nella rilevazione del TEGM, pregiudicando sostanzialmente i criteri di omogeneità della serie storica, non consente di inferire alcuna indicazione: più significative al riguardo risultano le indicazioni provenienti dai primi dati di bilancio, diffusi in questi ultimi mesi, che segnalano diffuse contrazioni dei margini di ricavo riconducibili all'adeguamento della CMS alle nuove norme.

commissioni ragguagliate all'utilizzo, che pur la menzionata legge consente⁶¹.

Non può tuttavia sollevare un profondo sconcerto la circostanza che per lungo tempo siano stato drenato dai conti dei clienti e degli operatori economici un ingente ammontare di risorse economiche, con modalità illegittime, frequentemente oltre i limiti di usura.

A fronte di un progressivo e sistematico deterioramento degli aspetti reputazionali, che non sembra abbia provocato reazioni apprezzabili, talune sommarie valutazioni, riportate dalla stampa, stimano in alcune decine di miliardi di Euro la dimensione del prelievo operato con la CMS sulla totalità dei rapporti di credito in conto.

Come in precedenti fenomeni di mala gestione bancaria, la valutazione di convenienza costi-benefici chiude i conti della CMS a tutto vantaggio dell'intermediario bancario. La limitata porzione della clientela che è ricorsa ai Tribunali civili per la restituzione di quanto indebitamente prelevato ha ottenuto generalmente il dovuto ristorno di quanto illecitamente addebitato, ma la parte prevalente dei rapporti è rimasta passivamente colpita dall'indebito prelievo di risorse economiche.

Ancorché la norma penale abbia accostato, in maniera poco consona con la diversa natura, l'usura bancaria all'usura criminale, ciò non è valso a moderare i comportamenti bancari⁶². Nelle pieghe della normativa secondaria

⁶¹ Un insieme limitato di banche si è orientato – per i conti affidati – verso la tradizionale Commissione di Massimo Scoperto, con il dovuto correttivo introdotto dalla legge n. 2/09. La generalità degli istituti bancari ha fatto ricorso, con le più singolari terminologie, a forme di remunerazione per la messa a disposizione dei fondi, per lo più posizionate su valori assai prossimi al massimo consentito dello 0,50% trimestrale.

La recente crisi finanziaria ha evidenziato la strategica rilevanza della liquidità. Appare non di meno anacronistico, con l'Euribor nell'intorno dell'1%, un prelievo annuo del 2,016% (tasso equivalente allo 0,50% trimestrale), ancor prima dell'erogazione del credito, per un servizio di pronta liquidità. Né ci si può attendere, con gli attuali condizionamenti al trasferimento dei conti, forme di concorrenza che possano calmierare tale costo.

⁶² “Si è osservato che si è trasfigurata l'usura da fattispecie di contrasto di condotte pericolose intrinsecamente illecite – quelle del ‘cravattaro’ e della criminalità organizzata – a fattispecie di regolamentazione di un'attività pericolosa lecita: l'attività bancaria o di intermediazione finanziaria, e, più in generale, di esercizio del credito. Che la direttrice della tutela (recte: dell'intervento) penale sia ormai viepiù prevalentemente orientata verso il corretto funzionamento del mercato (ufficiale) del credito è confermato dal recente provvedimento legislativo – il d.l. 29 novembre '08, n. 185 conv. L. 28 gennaio '09, n. 29 – che, nel disciplinare finalmente la controversa “commissione di massimo scoperto”, non ha mancato di considerarne la rilevanza ai fini dell'art. 644 c.p., così implicitamente riconoscendo alle banche il ruolo di attrici protagoniste del nuovo delitto di usura.

L'usura bancaria palesa ontologica distanza, sul piano empirico e criminologico, con il corrispondente fenomeno attribuibile alla criminalità ‘comune’, specie organizzata. Sostenere che

si è trovato il pretesto di un'apparente discordanza per eludere la soglia d'usura, confidando, come ultima sponda, nella generale prudenza che, di regola, accompagna l'operato della Magistratura penale.

Le pronunce nei procedimenti di Palmi e Reggio Calabria – che hanno interessato tre grandi Istituti bancari, con struttura, storia e cultura diverse – sono pervenute ad accertare diffuse circostanze d'usura, seppur con un'apprezzabile differenziazione fra i tre Istituti, ma non sono arrivati a dissipare il dubbio sulla sussistenza o meno del dolo e concludono con una sentenza di assoluzione, largamente informata a criteri di interpretazione *bonam partem*.

Il rilevante fenomeno di comportamenti illeciti – dalle lesioni diffuse e prolungate negli anni – sembra così incontrare, quanto meno per gli accadimenti intervenuti sino al '09, un presidio di cartapesta a tutela della norma penale.

Al di là e al di sopra degli aspetti, tutti specifici alle due sentenze in parola, più in generale, la Magistratura sembra incontrare una ritrosia e 'imbarazzo' a calare nell'usura bancaria canoni ermeneutici tradizionalmente propri all'usura criminale.

Appare più un preconcetto, un nodo culturale che tuttavia, se non trova, nel prosieguo della giurisprudenza, una soluzione consona alla diversa fattispecie dell'usura bancaria, rischia di pregiudicare l'attenta opera di presidio degli obblighi di compliance avviata dall'Organo di Vigilanza, attraverso la previsione di processi decisionali definiti e trasparenti che individuano e responsabilizzano i centri decisionali.

Con riferimento più specifico alle due sentenze di Palmi e Reggio Calabria, si è potuto rilevare uno scadimento del diritto che solleva perplessità e getta un'ombra sull'ambiente nel quale sono maturate le pronunce.

Nelle menzionate sentenze si ravvisa una scarsa attenzione alla natura e modalità contrattuali della CMS, una carente istruttoria delle procedure

l'usura 'comune' e l'usura 'bancaria' sono fenomeni ontologicamente differenti (e che pertanto necessitano di una risposta differenziata), non significa in alcun modo escludere che l'esercente una legale attività di credito possa macchiarsi del reato d'usura: significa, semplicemente, che l'usura è altro dall'eccesso nelle condizioni di credito, il quale ultimo può ben assumere rilievo giuridico, ma non nell'ambito di una fattispecie penale di usura. Volendo ricorrere ad una semplificazione, ed esprimendosi un po' brutalmente, si può dire: anche il banchiere può essere un cravattaio, ma affermare che il banchiere che eccede i tassi è sempre un cravattaio non è corretto, anzi è inaccettabile." (Cfr. R. Borsari, *Il delitto di usura 'bancaria' come figura 'grave' esclusa da benefici indulgenziali. Profili critici*, in Riv. Trim. dir. Pen. econ. 1/2/09).

informatiche poste a presidio delle soglie d'usura, una valutazione delle risultanze peritali incongruente e contraddittoria, priva di ogni considerazione per la presenza di eventi lesivi che, al di là delle imprese del Gruppo De Masi, appaiono diffusi alla generalità della clientela e vengono a ledere il corretto funzionamento del mercato del credito. L'insufficienza e superficialità dei procedimenti e delle motivazioni addotte appaiono preordinate a non dissipare presunti dubbi, che, lasciando in un nebuloso quanto indifferente limbo la posizione di tutti gli imputati, conducono indiscriminatamente ad un acritico ricorso al generale principio di interpretazione bonam partem, per sollevarli dall'incriminazione.

Si osserva in particolare che il peculiare documento che può essere stato arrecato al regolare svolgimento del mercato creditizio, solleva l'esigenza di un diretto e incisivo intervento, nelle sedi e nelle modalità opportune, della Banca d'Italia, alla quale l'ordinamento demanda la tutela degli interessi collettivi che possono ritenersi lesi dai fatti d'usura inequivocabilmente accertati.

Si ritiene che, ad un'attenta lettura, non vi sia chi non scorga, nelle menzionate pronunce, incongruenze di ordine logico e giuridico, biasimevoli carenze istruttorie, preconcepite valutazioni, che prefigurano apprezzabili vizi di motivazione: "Perché sussista nullità della sentenza per vizi della motivazione, è necessario che il giudice non abbia indicati gli elementi dai quali ha tratto il proprio convincimento o che si sia limitato ad un esame sommario o superficiale degli elementi stessi senza un'approfondita disamina logico-giuridica, o che, partendo da premesse inaccettabili, sia pervenuto a conclusioni aberranti secondo la logica comune o che abbia palesato perplessità per confusione di idee nel pervenire alla decisione adottata o che sia caduto in palese contraddittorietà, ponendo a base della decisione considerazioni tra loro inconciliabili o che sia incorso in travisamento del fatto". (Cass. Sez. V, 24/6/96 – 7/8/96).

La Cassazione del '96, con questa sentenza sembra aver calato un guanto, perfettamente aderente ai cinque aspetti che motivano la pronuncia della Corte d'Appello.

Una corretta valutazione delle risultanze peritali, una compiuta istruttoria dei presidi organizzativi ed informatici posti a tutela del rispetto dell'art. 644 c.p., un debito esame delle lesioni arrecate al regolare svolgimento del mercato del credito ed, infine, un'attenta considerazione delle implicazioni rifluenti dai principi di responsabilità che presiedono la gestione del credito, avrebbero potuto fugare quei dubbi, espressi nella sentenza, sulla sussistenza o meno dell'elemento psicologico del reato, ed

evitato una riprovevole quanto mal celata forma spuria di abdicazione dal ruolo chiamato a svolgere dai giudici preposti al procedimento.