

ALLE SOGLIE DELL'USURA:
TRA APERTURA, SCONFINAMENTO E «SCOPERTI
SENZA AFFIDAMENTO»

di ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. 1. La recente istituzione della categoria di rilevazione usuraria degli «sconfinamenti senza affidamento». – 2. Tipologia di censure cui si espone la categoria in questione. – 3. Illegittimità, per contrasto con l'art. 2 comma 2 legge n. 108/1996, di tale categoria.

1.- La recente istituzione della categoria di rilevazione usuraria degli «scoperti senza affidamento»

1.1.- Nel sistema strutturato dalla legge antiusura n. 108/1996 un ruolo di peculiare importanza rivestono le «categorie omogenee» di operazioni, che tempo per tempo vengono selezionate e classificate da un apposito plesso di Autorità amministrative designato dalla legge (art. 2; nell'oggi trattasi del Ministero dell'Economia e della Banca d'Italia). In relazione ed attorno a ciascuna delle categorie dell'operatività così individuate, infatti, si svolgono le comunicazioni trimestrali che tale sistema impone ai singoli intermediari; rispetto a ciascuna delle individuate categorie, per l'effetto, vengono trimestre per trimestre identificati i diversi tassi globali medi effettivi e, quindi, pure i corrispondenti tassi soglia.

Quando la legge antiusura è andata a pieno regime, nel 1997, le categorie distintive dell'operatività - e dunque i TEGM - montavano a 16, numero che di certo non potrebbe essere definito come esiguo (in fondo, si sta parlando di categorie di macro taglio). Da allora ad oggi, tuttavia, la quantità relativa è

venuta a crescere ancora, dato che categorie e TEGM si attestano adesso sul livello di 25.

Ora, una simile quantità, come pure la forte espansione complessiva che si è verificata¹, non possono non segnalare una sentita esigenza di approfondite riflessioni in materia: considerato in specie che – come è stato osservato - una «frammentazione eccessiva delle categorie favorisce le banche; tecnicamente è come se si ampliasse lo *spread*»². Com'è naturale, tuttavia, vero è pure che ogni categoria tende, di per sé, a vivere una propria storia personale.

1.2.- Il contesto dei «finanziamenti a utilizzo flessibile»³ - settore all'evidenza di rilievo primario nel comparto dei contratti di credito anche (ma, ovviamente, non solo) sotto il profilo dell'usura - ha di recente visto gemmare nel suo seno una nuova categoria, come per l'appunto relativa alla citata disposizione dell'art. 2 legge n. 108/1996. In via segnata, il riferimento va al tema degli «scoperti senza affidamento»; nel dettaglio, il fatto è il seguente.

La voce rappresentata dagli sconfinamenti - in genere, sia «in assenza di apertura di credito», sia «rispetto all'importo dell'apertura concessa», per riprendere la formula adoperata dall'art. 121 TUB - per lungo tempo è rimasta posizionata insieme all'apertura di credito: a formare così un *corpus unicum* e a produrre, dunque, un unico TEGM. Questo è avvenuto, per la precisione, dal 1997 sino alla fine del 2009⁴.

Nell'agosto 2009, tuttavia, le (nuove) Istruzioni di Banca d'Italia «per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura» hanno deciso di cambiare rotta,

¹ Nel dettaglio, una prima crescita di categorie (a 19) si è verificata subito (terzo trimestre 1997). Un secondo passaggio (a 20) è avvenuto nel 2004 (con perdita di un'unità nel 2009). Una terza ondata sale al 2010 e ha portato le categorie, cioè i TEGM, a 24 (l'ulteriore addizione di unità essendosi compiuta nel 2011).

² Sul tema v. MARCELLI, *La soglia d'usura ha raggiunto un livello pari a 100 volte l'euribor: il presidio di legge è un argine o una copertura?*, (nella stesura provvisoria del 16 settembre 2013). Per redigere il presente scritto mi sono avvantaggiato, altresì, di un carteggio *e.mail* intercorso con il medesimo autore; da quest'ultimo ambito è tratta, tra le altre cose, la frase appena riportata nel testo.

³ Così secondo la terminologia di recente utilizzata dalla Banca d'Italia, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013.

⁴ Sino a tale momento, in effetti, in questo contesto era posto solo il criterio distintivo dato dalla dimensione dell'importo dell'operazione (con discrimine fissato sui 5.000 euro).

prescrivendo che, nelle comunicazioni inviate dagli intermediari, fosse data apposita e «separata evidenza» ai detti «scoperti senza affidamento» (*i.e.*: sconfinamento in assenza di apertura). A seguire, i decreti ministeriali di «classificazione delle operazioni creditizie per categorie omogenee ai fini della rilevazione dei tassi effettivi globali medi», come pure i correlati decreti di rilevazione trimestrale dei tassi, sono venuti ad assegnare spazio autonomo alla detta situazione, per l'appunto dotandola di un TEGM *ad hoc* (a sua volta suddiviso in due spicchi, a seconda trattasi di operazione inferiore o superiore ai 5.000 €).

Gli sconfinamenti rispetto all'importo dell'apertura concessa, vale a dire gli «extrafido», sono invece rimasti dov'erano prima; e cioè allocati dentro il grembo dell'apertura.

1.3.- Occorre avvertire che la separazione, così decisa e attuata dalle Autorità amministrative al transito del decennio, non è rimasta senza conseguenze; e neanche, per vero, ha prodotto conseguenze di spessore solo modesto. Per constatarlo, basta esporre qualche cifra.

L'ultimo trimestre del 2009 ha visto l'applicazione – per l'unitaria rilevazione delle aperture – di un TEGM pari a 11,76%, per le operazioni fino a 5.000 €, e a 8,51%, per quelle oltre tale importo. Nel primo trimestre del 2010 il TEGM per le aperture (dedotte pertanto le operazioni della nuova categoria) non è diminuito, ma è al contrario cresciuto (grosso modo) di un punto percentuale (12,85% e, rispettivamente, 9,59%). Soprattutto, la categoria degli scoperti senza affidamenti ha esordito schizzando il tasso all'insù: le tabelle del decreto riportano, nei fatti, la misura del 19,96% per le operazioni fino a 1.500 €, e del 13,12% per quelle superiori. Il dato complessivo è davvero impressionante.

Il prosieguo del tempo non ha mancato, poi, di prolungare il medesimo tipo di andamento. E così, in definitiva, gli sconfinamenti senza affidamenti si vengono a trovare sul limine dell'operazione più cara per il cliente: un po' più in su, un po' più in giù dei livelli raggiunti dal credito revolving. A spalmare il confronto lungo l'asse del tempo emerge che, mediamente, gli scoperti si manifestano più onerosi del revolving – quindi, i più onerosi in assoluto – allorché

l'operazione sale oltre la misura delle operazioni di micro importo⁵.

2.- Tipologie di censure a cui si espone la categoria in questione

2.1.- Anche al di là dell'effetto crescita del costo del credito, che in tal modo è stato prodotto - secondo quanto si è appena constatato -, l'enucleazione di questa nuova categoria (che poi, come si vedrà, si manifesta più che altro una «pseudo categoria») non riesce per nulla a convincere. Per molte ragioni e più lati.

Assunta la prospettiva della separata categoria, viene subito ad affacciarsi, in effetti, il tema dei contenuti interni (di quanto viene immesso dentro il perimetro, cioè) che la medesima si trova in concreto a possedere.

In proposito, la normativa amministrativa che accompagna la categoria in questione⁶ sembra limitarsi - sul punto degli sconfinamenti nella specie rilevanti - a fare riferimento, in termini piatti, alla prassi in quanto tale, così come questa viene di fatto a svolgersi, solo dedotta la fetta degli extrafido. E' noto, però, che la operatività degli sconfinamenti (e l'espressione continua qui a essere utilizzata nel suo senso di genere, sia presente - alla base del superato confine - un'apertura di credito oppure un conto deposito) ricomprende fenomeni e situazioni assai diverse tra loro, con tratti di discontinuità anche profondi.

Per fare solo un esempio: un conto è lo sconfinamento concesso dalla banca dietro un'apposita richiesta del cliente (si pensi, per richiamare il caso di maggior tradizione, all'assegno scoperto); un altro, decisamente diverso, è quello dello sconfinamento di natura solo contabile (senza creazione reale

⁵ Il più recente tasso soglia per gli scoperti senza affidamento (superiori a € 1.500) viaggia sulla percentuale del 23,900% in ragione di anno. Non a caso si interroga MARCELLI, *op. cit.*, sulla reale quantità delle imprese la cui attività consenta *fisiologicamente* di pagare simili costi di finanziamento.

⁶ E che è composta - oltre che dalle Istruzioni del 2009 (sullo specifico punto decisamente scarse), dai decreti ministeriali di classificazione e da quelli di rilevazione trimestrale - dalle FAQ («Risposte ai quesiti pervenuti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura», come elaborate dalla Banca d'Italia; l'ultima versione delle FAQ è del novembre 2010), che naturalmente presentano una larghezza maggiore di indicazioni.

di debiti, cioè), secondo quanto avviene nell'ipotesi in cui esso sia frutto di un errore materiale di scritturazione ovvero in quelle (già di taglio per certi versi differente) in cui derivi dall'applicazione di clausole nulle o comunque di «oneri non consentiti» (cfr. l'art. 144, comma 3-*bis* TUB). Sì che, in definitiva, non distinguere in alcun modo al riguardo, secondo l'intendimento della detta normativa, dà proprio l'impressione⁷ della costruzione di una «categoria informale» ovvero – e a dispetto del precetto di legge (art. 2, comma 2, legge n. 108/1996) – di una «categoria *non* omogenea»⁸.

Ma la censura relativa alla costruzione interna della categoria non è destinata ad arrestarsi qui.

In effetti, la medesima normativa amministrativa risulta lasciare irrisolto ed incerto l'altro momento costitutivo della definizione in questione: quello appunto relativo alla nozione di «affidamento» - di «non affidamento», se si preferisce – che nella specie viene ad assumere rilevanza. In effetti, questo tratto sembra recuperare, nel contesto della normativa

⁷ Impresione che, del resto, riceve conferma dall'effettivo compimento dell'analisi. V. ampiamente in proposito – e con specifico riferimento alle situazioni raffigurate dagli sconfinamenti solo contabili, da quelli frutto di apertura priva dei requisiti formali di cui all'art. 117 TUB, da quelli lasciati stabilmente in vita dalla banca, da quelli che derivano da inadempimenti di quest'ultima, da quelli c.d. automatici (come gli addebiti per maturazione di interessi ulteriori e/o per ribaltamento spese) e da quelli regolati in via del tutto non contrattuale - il mio lavoro «*Scoperti senza affidamento*» e usura, destinato agli Studi in onore di Pietro Abbadessa.

⁸ E' importante precisare che l'effettiva conformazione della categoria degli scoperti senza affidamento rileva – oltre che sul piano delle segnalazioni che gli intermediari debbono con cadenza trimestrale trasmettere alla Banca d'Italia – anche su quello, distinto, della verifica dell'eventuale usurarietà delle condizioni in concreto praticate dagli intermediari (o anche da altri soggetti) con la relativa clientela.

Il profilo negoziale – di confronto diretto e immediato con il cliente, cioè – di quest'ultimo piano viene a presentare una peculiarità di indubbio spessore: in relazione al caso, in particolare, di eventuale riscontro, a livello di contratto in concreto, di un profilo di usurarietà del medesimo e quindi di sua nullità. Tale peculiarità può dirsi riassumibile, in sostanza, nella nozione di operatività a vantaggio esclusivo del cliente delle nullità di protezione, di cui all'art. 127 comma 2 TUB; secondo la natura (di nullità di protezione, appunto) di cui partecipa, tra le altre, anche di quella frutto di una convenzione usuraria. Posta dunque un'annotazione a debito, che secondo la documentazione del rapporto risulti ascritta a fatto di sconfinamento, il cliente potrà – a seconda della sua convenienza in concreto – sindacare, oppure no, l'iscrizione della relativa posta alla categoria degli scoperti senza affidamento e così rilevare l'usurarietà della medesima; per contro, l'intermediario non potrà fare altrettanto, procedendo (secondo quanto sarebbe seguire il proprio interesse) nell'opposta direzione.

amministrativa sin troppi parametri di riferimento e contrapposizione.

Si trova, così, un riferimento al «fido accordato» (FAQ, in B1), espressione che il testo delle Istruzioni della Banca d'Italia identifica con quello di «fido utilizzabile dal cliente in quanto rinveniente da un contratto perfetto ed efficace (c.d. accordo operativo)»⁹ (p. 10). Sempre nell'ambito della normativa in discorso, tuttavia, compare anche un richiamo al fido legato a un «accordo temporaneo non formalizzato» (FAQ, in C3), nozione che senza dubbio riveste margini non poco lontani dalla prima. E ancora si trova, all'interno del quadro di riferimento in questione, una via ulteriore, come segnata dalla contrapposizione «fido interno»/fido non (soltanto) interno, che risulta imperniata sulla circostanza dell'assenza/presenza di una semplice «comunicazione al cliente» (FAQ, in B4).

Il tutto, dunque, senza che risulti in una qualche misura tracciata – in modo oggettivo e indicativo per l'operatività - la linea di demarcazione corrente, in proposito, tra lo scoperto e l'apertura di credito. Ma, a prescindere da tutto questo, da che parte sta – nella mente della normativa amministrativa - il fido nullo per mancanza di forma scritta del contratto di apertura (art. 117 TUB)¹⁰?

2.2.- Un altro lato di censura della categoria, di cui si sta discutendo, sta nel fatto che essa – se non seleziona al suo interno le diverse situazioni di sconfinamento - pure le taglia in modo artificioso all'esterno: dentro, gli scoperti senza apertura; fuori, gli extrafido.

⁹ Concetto, peraltro, anche questo relativo: quale il ruolo, in proposito, della consegna al cliente dell'esemplare di contratto debitamente sottoscritto dalla banca (altrimenti, viene consegnato al cliente non un già «esemplare del contratto», come richiede la legge, quanto piuttosto una mera copia del modulo prestampato) che è imposta dall'art. 117 TUB?

¹⁰ Anche riguardo alla normativa complessivamente predisposta dall'art. 117-bis TUB, per la verità, le fonti amministrative lasciano scoperto il punto dell'individuazione puntuale della linea (che in concreto può anche rivelarsi) sottile che tiene separati sconfinamento e apertura.

Rispetto a questo profilo, comunque, la prospettiva negoziale sembra trovarsi risolta dal criterio dell'operatività a vantaggio del cliente, di cui alla norma dell'art. 127 TUB (v. sopra, nota 6): troverà cioè applicazione, nel caso occorrente, il carico economico meno oneroso per il cliente nel confronto tra quelli che, a livello di fattispecie concreta, vengano prodotti, rispettivamente, dalla commissione di affidamento e da quella di istruttoria veloce.

E qui il rilievo è proprio scontato. Andare a distinguere in punto di disciplina tra sconfinamento da conto deposito e sconfinamento da conto affidato è, in effetti, circostanza inedita per il nostro ordinamento. Né consta che le Autorità amministrative si siano date la pena di fornire un supporto argomentativo alla scelta separazione. Soprattutto l'opinione comune – e non solo della letteratura in genere, ma anche della legge (cfr. gli artt. 117-*bis*, comma 2, e 121, lett. *i.*, TUB) - giudica che le discontinuità presenti nell'arco delle situazioni genericamente indicate nella prassi come sconfinamento non transitino per nulla attraverso la distinzione tra quelli verificatisi in assenza di apertura e quelli invece avvenuti su conto dotato di affidamento (per somme minori) «rispetto all'importo dell'apertura» (secondo la formula adoperata dall'art. 121). Com'è noto, si tende usualmente a considerare la detta distinzione del tutto innocua e priva di qualunque rilievo e utilità¹¹.

Fermato questo aspetto, è però importante notare come la constatazione di questa zoppia non implichi affatto – nel concreto della tematica che qui occupa - l'esigenza, o l'opportunità, di portare gli *extrafido* sul piano degli scoperti: e cioè di estendere la nuova categoria di rilevazione usuraria sino a ricomprendere nel suo seno pure queste altre situazione di sconfinamento¹². Il punto, piuttosto, si colloca a monte: proprio sull'*an*, dunque, della categoria.

La non omogeneità verso l'esterno della categoria degli scoperti senza affidamenti si manifesta, in effetti, più vasta ancora. Perché si pone, prima di ogni altra cosa, nei confronti dell'apertura di credito, alveo dal quale il segmento in questione (degli scoperti, appunto) è stata impropriamente - per il diritto amministrativo, in maniera illegittima - scorporata. Su questo aspetto, che all'evidenza costituisce nodo centrale della materia, sembra perciò opportuno spendere qualche più diffusa osservazione.

¹¹ Che lo sconfinamento incida su un conto in quel momento attivo o su un conto già passivo, è circostanza che, per vero, non fa differenza nemmeno in punto di forma tecnica dell'operazione: posto che quest'ultima resta in ogni caso identificata dal presupposto di un conto corrente in essere e dal principiarsi (dall'avviarsi, cioè) coll'avvenuto superamento della soglia di disponibilità di somme che a tale conto risulta (per una o per altra via) relativa.

¹² Paventa il rischio che, nel prossimo futuro, le Autorità amministrative si volgano verso questa soluzione MARCELLI, *op. cit.*

3.- Illegittimità, per contrasto con l'art. 2 comma 2 legge n. 108/1996, di tale categoria

3.1.1.- Verificare l'assunto appena sopra formulato implica - è naturale - passare al vaglio le ragioni che, nell'eventualità, potrebbero ipoteticamente reggere un'autonoma considerazione normativa degli scoperti senza affidamento (per precisione concettuale, anzi, degli sconfinamenti *tout court*¹³) rispetto alla categoria dell'apertura di credito: con relativa edificazione, quindi, di due distinti TEGM.

Al riguardo, conviene prima di tutto prendere in esame l'eventualità che, a giustificare la separazione categoriale in discorso, possa essere la differenza di carico economico corrente tra scoperti e aperture. Per la maggiore chiarezza del discorso è opportuno subito puntualizzare: nel contesto di adesso, tale differenza viene assunta non già nei termini di effetto concretamente prodottosi a seguito dell'intervenuta separazione stabilita dalle Autorità amministrative, secondo quanto è stato fatto sopra (nel n. 1.3.). Viene intesa in una prospettiva diversa e dalla prima lontana: come situazione *in thesi*¹⁴ preesistente nel mercato e, in tale dimensione, quale causa efficiente, in sé autonoma, della separazione medesima.

L'ipotesi, senza dubbio, è molto importante: anche perché nelle «Rilevazioni dei tassi di interesse effettivi globali medi ai fini della legge sull'usura. Nota metodologica», che accompagnano il testo dei decreti di rilevazione trimestrale, si trova tra l'altro esposto che - in generale - «le categorie di finanziamento sono definite considerando l'omogeneità delle operazioni evidenziata dalle forme tecniche adottate e dal *livello di tassi di mercato rilevati*» (il corsivo è aggiunto). Quella qui considerata a tutto appartiene, insomma, meno che al campo delle speculazioni improbabili o di taglio lunare.

Senonché, la detta ipotesi si manifesta sicuramente non percorribile lungo la linea del nostro diritto vigente.

¹³ Non è solo per brevità espositiva, pertanto, che nei cenni che seguono non viene mai esplicitato l'appunto critico costituito dal differente trattamento tra scoperti ed extrafido (appunto peraltro proponibile per ogni eventualità di criterio selettivo che viene ivi preso in considerazione).

¹⁴ Non dispongo di dati pertinenti in materia.

3.1.2.- E' constatazione oggettiva, invero, che quello del (particolare) livello degli oneri economici presenti nel mercato rimane criterio estraneo a quelli che l'art. 2, comma 2, della legge n. 108/1996 individua quali scriminanti per una corretta divisione delle operazioni correnti nella pratica in categorie omogenee e, di conseguenza, per la formazione di altrettanti TEGM. In effetti, nello stabilire che le rilevazioni trimestrali procedono «per operazioni della stessa natura» (comma 1), tale disposizione viene altresì a prescrivere che la relativa catalogazione «per categorie omogenee» deve di necessità essere effettuata secondo una serie definita di criteri selettivi, che sono vincolanti (*in primis*, per le Autorità amministrative cui è stato affidato il relativo compito): la divisione va eseguita «tenuto conto», precisamente, «della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie» propri dell'operazione (comma 2); non di altro.

Ora, è vero che questi criteri selettivi lasciano non irrilevanti margini di discrezionalità alla pubblica Amministrazione (v. anche nel prossimo n. 3.2.1). Questo riscontro tuttavia non toglie, ovviamente, che tutte le scelte categoriali compiute (compresa quella di separare gli scoperti senza affidamento dall'apertura), debbano possedere a monte – per essere conformi al disposto della legge¹⁵ - una giustificazione oggettiva, nonché ragionevole, che comunque venga a incardinarsi sulla base formata dai detti parametri. Né toglie che il criterio dei costi del credito praticati nel mercato non possa ragionevolmente essere letto come momento in qualche modo interno di uno di detti parametri o come un loro formante.

3.1.3.- Esplicitate le linee espresse dalla legge vigente (e così escluso che la separazione degli scoperti possa correttamente poggiarsi su un'ipotetica e preesistente differenza del carico economico), v'è ancora una serie di rilievi, che è opportuno compiere e che pesca nel fondo della relativa scelta legislativa.

Il fatto che le categorie di rilevazione usuraria debbano essere frutto di altri e diversi criteri (quali indicati dall'art. 2, comma 2) non implica, all'evidenza, che gli oneri economici

¹⁵ Pensare altrimenti significherebbe, in effetti, ipotizzare la sussistenza un inammissibile conferimento, da parte della legge, di un potere propriamente in bianco alla pubblica Amministrazione.

caricati dalle imprese rimangano aspetti affatto irrilevanti in relazione all'attività di classificazione dell'operatività in categorie. Se operazioni differenti – per motivi diversi e coerenti col dato di legge – non producono (rispetto a un certo periodo di tempo) sensibili diversità di carico economico, non v'è ragione (per quel dato periodo) di separarle ai fini delle rilevazioni usurarie: questa, a me pare, è una constatazione che, prima di tutto, attinge proprio al buon senso. Ma, in realtà, la sostanza del discorso sta altrove, in un distinto angolo prospettico.

Insomma, che la diversità delle condizioni economiche pratiche si configuri come effetto eventuale di differenze legate ai criteri effettivamente presi in considerazione dalla legge è un conto. Molto diverso è che, invece, una simile diversità rilevi *in via indipendente* dal ricorrere effettivo di taluno di questi criteri. E' quest'ultimo il rischio che la norma dell'art. 2 intende propriamente scongiurare.

L'esclusione del carico economico dal novero dei criteri selettivi rilevanti non è per nulla casuale. Essa risponde all'idea di ridurre (circoscrivere, ammortizzare, ...) l'area dei fattori distorsivi nella formazione dei tassi medi, così come (in specie) determinati dalla stessa offerta di credito¹⁶. La cosa è in sé chiara: se alla base della separazione categoriale si pone il nudo fatto del carico economico all'epoca praticato dagli intermediari, nella sostanza è l'insieme formato da questi ultimi che viene a stabilire, secondo il proprio arbitrio, le categorie. Che è poi quanto pare essere avvenuto nel caso della categoria degli scoperti senza affidamento, come tratta fuori dal seno dell'apertura: tale categoria, secondo il ritaglio contenutistico in cui è stata conformata, non risulta dipendere –

¹⁶ Né potrebbe rilevare in contrario che la scelta dell'operatività bancaria è destinata poi a confrontarsi coi limiti che le pone il mercato dal lato della domanda. E non solo perché il rilievo, comunque, verrebbe a muoversi fuori dai confini tracciati dalla detta norma dell'art. 2: nel senso che - in sé e per sé - ben può ragionevolmente bastare, per la norma, la semplice potenzialità di distorsioni. Ma soprattutto perché, se un mercato offre solo delle uova marce, è un po' difficile che la domanda riesca effettivamente a incontrare delle uova fresche. In altri termini, per potere essere in una qualche misura apprezzato sul piano dell'opportunità, il rilievo del «limite del mercato» suppone una situazione concreta in cui il dispiegarsi reale della concorrenza nell'offerta del credito risulti (non debole, ma) particolarmente solido e vivace (situazione, per contro, storicamente assente in Italia).

come subito si passa appunto a vedere - da ragioni tecniche, che si fondino sul citato precetto di legge¹⁷.

3.2.1.- Poco fa si è visto come le «Rilevazioni dei tassi di interesse effettivi globali medi ai fini della legge sull'usura» assumano - nel contesto della «Nota metodologica» di accompagnamento - che le categorie di rilevazione usuraria, in oggi correnti, sono costruite, oltre che sulla base del «livello di tassi di mercato rilevati», su quella formata dalle «forme tecniche adottate». Verso tale profilo occorre, perciò, volgere adesso l'attenzione.

Ora, l'espressione «forma tecnica» dovrebbe costituire, se non m'inganno, una traduzione sul piano sostanziale del criterio selettivo rappresentato dalla «natura» dell'operazione, secondo la terminologia adottata dalla norma dell' art. 2, comma 2, legge n. 108/1996. Questa constatazione non vale a chiudere, però, ogni problema o perplessità in materia.

E' vero, cioè, che gli scoperti senza affidamento costituiscono una forma tecnica non coincidente con quella dell'apertura¹⁸. Ma questo nudo fatto da solo non appare sufficiente: non è oggettivamente credibile, invero, che la presenza una qualunque diversità di forma tecnica possa - in quanto tale - abilitare la creazione di separate categorie e la moltiplicazione dei TEGM. Basta pensare, al riguardo, che «forma tecnica» è nozione che viene a ripetere le vaghezze e i chiaroscuri già insiti in quella di «natura» dell'operazione. La stessa sembra adattarsi, così, non solo ad accogliere differenze di grande respiro (come tra mutuo e apertura, ad esempio), quanto pure a recepire, volendo, anche differenze di dettaglio assai piccolo, sul filo del minimale.

In realtà, a correggere e risolvere simile genere di incertezza vengono a intervenire le peculiarità specifiche che sono proprie della materia della usura (oltre che il buon senso): per rilevare in punto di categorie, non può bastare una qualunque differenza tra le forme tecniche considerate, quand'anche insignificante; la stessa deve essere di spessore, per contro, e tale comunque da comportare sensibili diversità di carico economico. O

¹⁷ E quindi sembra rispondere a una scelta dell'operatività bancaria tra alternative al riguardo (ai fini dell'usura, cioè) strutturalmente equivalenti.

¹⁸ *Rectius*, che certe versioni operative di sconfinamento vengono a dare vita a peculiari prodotti bancari.

meglio, e per esprimersi con termini tecnicamente più precisi: a contare in proposito non può non essere, in ogni caso, l'(apprezzabile) incidenza che sull'onere economico, caricato sul cliente, è capace di produrre e viene effettivamente a impattare la presenza (o meno) di una data caratteristica strutturale interna al meccanismo tipico dell'operazione.

Del resto, se si desse spazio pure a differenze di misura modesta, o trascurabile, si verrebbe inevitabilmente ad assegnare all'offerta di credito la libertà di incidere a piacere sulla formazione dei tassi medi: cosa che, per contro, il sistema della legge n. 108/2013 intende senz'altro vietare (come si è visto nel n. 3.1.3.).

Si avverte dunque la necessità di indagare un poco più in profondo la materia.

3.2.2.- Ovviamente esclusa ogni rilevanza del mero fatto dell'annotazione a debito (che si verifica in tutti i casi), non può di sicuro porsi come fattore discretivo la circostanza che, mentre nell'apertura la banca è obbligata a dare i danari al cliente, così non avviene, per solito almeno¹⁹, nello sconfinamento.

Questo in via segnata perché, se questa rilevanza fosse oggettivamente rilevante per il punto del carico economico, dovrebbe per forza funzionare nel senso di alleggerirne la misura negli sconfinamenti rispetto all'apertura, vista la migliore posizione che qui ha la banca (di non obbligo, appunto, rispetto all'obbligo di cui all'apertura). Nei fatti, invece, avviene esattamente il contrario: nelle rilevazioni del terzo trimestre 2013, il tasso soglia dell'apertura si è attestato sul 18,237% (per i rapporti oltre i 5.000 €, sul 16,7000%) quello dello scoperto senza affidamenti su un ordine di circa cinque punti più in alto (23,900%; per i rapporti oltre i 1.500 €, 23,0125%).

Quanto poi al profilo della «stabilità» del credito, che è presente nell'apertura (a termine, come pure a tempo indeterminato, attesa la necessaria concessione di un adeguato

¹⁹ Salve cioè le ipotesi in cui tra le parti del rapporto risulti operante, nell'interesse del cliente, una prassi di tolleranza. Su questa problematica v. diffusamente il mio *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 249 ss.

preavviso per il rientro), ma non già nello sconfinamento²⁰, è certo da escludere che lo stesso sia stato assunto a base della separazione in questione da parte delle Autorità amministrative²¹: non foss'altro perché non v'è cenno di sorta nelle relative prescrizioni in simile direzione; le quali neppure danno, del resto, una qualche indicazione dei limiti massimi di durata degli sconfinamenti che considerano.

Ora, tutto questo (l'impostazione, cioè, in concreto seguita dalle Autorità amministrative) potrebbe anche non precludere del tutto l'idea di tentare di circoscrivere (con maggior ragionevolezza) la categoria degli sconfinamenti senza affidamento attingendo al «fattore tempo». Ma una idea del genere propone, all'evidenza, tutt'altro tipo di discorso, in quanto appunto suppone una conformazione contenutistica della categoria diversa da quella *omnibus* immaginata dalle Autorità amministrative²².

²⁰ E' caratteristica di fondo dello sconfinamento quella di essere operazione «a rientro immediato»: sia nel caso muova da un versamento di danaro da parte della banca a terzi, sia pure nel caso lo stesso senz'altro si isoli nel quadro esclusivo di un rapporto diretto tra banca e cliente (prelievi per contante; sconfinamenti per maturazione di debito pregresso; ecc.)²⁰. Secondo quanto pare, la prima ipotesi dà luogo a un'anticipazione del mandatario, con diritto di questi all'immediato recupero di quanto anticipato *ex art.* 1719 c.c. e con la connessa conseguenza che da subito gli interessi dovuti dal cliente si configurano come moratori (senza possibilità, nel vigente sistema bancario ed *ex art.* 117 comma 2 TUB, di penali altre): proprio da inadempimento, cioè. Nell'altra ipotesi si dà vita, poi, a un credito «a vista», in cui – se non trova applicazione la regola delle obbligazioni pecuniarie per cui *dies interpellat pro domine* (artt. 1182, comma 3, e 1219, comma 2 n. 3, c.c.) – il rientro si conforma però senza termine alcuno e ad esigibilità immediata (cfr. il comma 1 dell'art. 1183 c.c.): con subitanea scadenza, dunque, all'effetto di una semplice richiesta di pagamento. Su questi aspetti v. altresì il mio *Trasparenza*, cit., p. 253 ss.

²¹ Per sé, del resto, anche questo criterio dovrebbe funzionare nel senso di tassi minori per gli scoperti. Com'è noto, comunque, la prassi ancora oggi suole spesso inserire – nel testo del contratto di apertura di credito – delle clausole di recesso «a vista» della banca, così intendendo erodere dall'interno, in via tendenziale, questo tratto differenziale tra apertura e sconfinamento (tratto che per contro rientra tra quelli determinanti, sì che le clausole appena accennate sono da valutare come nulle: cfr. *Trasparenza*, p. 286 ss.).

²² O quanto meno suppone lo svolgimento di un'attività di «ricostruzione interpretativa rimediabile» del materiale normativo, che venga a riconformare i termini sostanziali della categoria. Per un tentativo di questo tipo (nella misura che mi è parsa non del tutto preclusa dall'attuale diritto scritto) v. il citato «*Scoperti senza affidamento*» e *usura*.

E con ciò si esauriscono, a me pare, i tratti cardinali di differenza, sotto il profilo strutturale, tra la forma tecnica degli sconfinamenti e quella dell'apertura di credito.

3.3.- Per cercare di consegnare alla presente analisi un orizzonte di maggiore spettro, in chiusura di discorso conviene ancora fermarsi un attimo sull'opinione - che risulta assai diffusa tra gli operatori - per cui lo sconfinamento sarebbe pratica di impresa più rischiosa, nell'intimo, di quanto non lo sia l'apertura di credito²³. Del resto, tra i consentiti criteri selettivi delle categorie omogenee di rilevazione usuraria, la norma dell'art. 2, comma 2, immette pure quello portato dal differente grado di rischio (differenza che, per rilevare, dev'essere sensibile, secondo quanto le osservazioni in precedenza compiute richiedono senz'altro di precisare).

Ora, l'affermazione sopra riportata può venire a significare, in realtà, due cose (alquanto) diverse: una si dipana con riferimento alla tipologia dei controlli a servizio dell'effettuazione dell'operazione di sconfinamento; l'altra si volge invece alla tipologia dei clienti fisiologicamente destinatari dell'operazione medesima. Nessuna di queste accezioni, tuttavia, sembra in grado di potere in qualche modo accreditare – in via diretta od obliqua - la scelta di separazione che è stata posta in essere dall'Autorità amministrativa.

La prima strada richiama alla mente l'idea, di origini lontane nella pratica, che lo sconfinamento faccia del tutto a meno dell'istruttoria fido. Una simile opzione non trova addentellati di sorta, però, nelle vigenti prescrizioni dell'Autorità amministrativa. Trova smentita, invece, nel disposto di legge portato dall'art. 117-*bis*, comma 2, TUB: qui, alla concessione degli sconfinamenti è collegata proprio l'eventuale compimento di «istruttorie veloci». E trova smentita,

²³ Un altro criterio distintivo, che talora si sente evocare (specie) nell'ambito degli operatori, è che lo sconfinamento sarebbe operazione caratterizzata, nei rapporti diretti tra banca e cliente, da un accentuato livello di episodicità. Ora, nella situazione della normativa attuale mancano del tutto, mi pare, le base per potere anche solo provare a percorrere una simile eventualità: in radice, non vedo spunti normativi neppure per poter recuperare un significato (sulla linea della misura approssimativa, quanto meno) alla parola «episodico». Altro discorso, tutto da verificare, è se un'accentuata episodicità (come ragionevolmente definita) dell'operazione di sconfinamento possa porsi, in un futuro, come corretta trave portante di una categoria omogenea di rilevazioni usurarie.

soprattutto, nel dovere imposto dalla legge alle banche di «sana e prudente gestione» della loro attività, di cui agli artt. 5 e 127 TUB: a cui non può non soggiacere pure la pratica degli sconfinamenti, visto che la stessa non risulta in sé stessa vietata dal sistema delle norme bancarie (anche se, singolarmente, tale pratica non sembrerebbe rientrare tra le «attività ammesse al mutuo riconoscimento» dall'art. 1, comma 2, lett. f. TUB).

D'altronde, la sussistenza o meno di istruttorie (e di istruttorie non eccessive, ma davvero adeguate, poi) sembra per sé dipendere – non già dalla forma tecnica di esercizio del credito, quanto piuttosto – dalle modalità con cui un'impresa di credito viene in concreto impostata e gestita (funzione di *compliance* compresa, va da sé).

L'altra strada evoca l'idea del cliente cattivo pagatore ovvero di quello da valutare, per una ragione o per altra, «ad alto rischio» (magari, perché non in grado di fornire delle garanzie oggettivamente necessarie per supportare i pericoli dell'operazione)²⁴. E, per la verità, una simile eventualità potrebbe – in teoria, almeno – pure trovare dei riscontri a livello operativo. Sta in fatto, tuttavia, che un simile percorso non recupera alcuna traccia identificativa nel seno delle prescrizioni dell'Autorità amministrativa; le quali, anzi, hanno preferito non attivare proprio il criterio di selezione categoriale costituito dalla presenza o meno di apposite garanzie (cfr.

²⁴ Il riferimento al cliente «cattivo pagatore» o «ad alto rischio» resta qui (e non potrebbe essere diversamente, in ragione dell'attuale situazione normativa di cui si discute) del tutto generico e approssimativo. E' appena il caso di aggiungere, tuttavia, che l'eventualità di formare una categoria di rilevazione usuraria agganciata (in qualche modo) a tale profilo comunque di necessità senz'altro presuppone (per essere vera) anche la prefissazione di una griglia di parametri rigidamente oggettivi, come identificativi dell'«alto rischio» ovvero del «cattivo pagatore».

A tale proposito, comunque, sembra opportuno anche riferire l'opinione di MARCELLI, *op. cit.*, per cui – quando si parla di «rischio» ai fini delle categorie di rilevazione usuraria – si deve fare riferimento solo al «rischio operazione» (così, natura e tipologia del credito), senza che possano venire a valere pure altri criteri, come imperniati sulla «persona» del cliente (pur «misurata» sulla scorta di linee oggettive): pena altrimenti il pericolo di vanificare il senso della legge antiusura. In quest'ordine di idee in buona sostanza – oltre al lato del carattere rigidamente oggettivo dei parametri identificativi del grado di rischio (che fa leva sull'esigenza di dare un limite alla discrezionalità dell'offerta di credito) – si intende dare non solo rilievo, ma anche implemento forte al lato del criterio del contingentamento necessario del numero di categorie di eventuale rilevanza usuraria (per cenni in materia v. già sopra, nel n. 1.1., nonché in più luoghi di questo n. 3).

sopra, n. 2.1.). Né è credibile, ovviamente, che per definizione e in via automatica che tutti gli sconfinamenti siano concessi a clienti «ad alto rischio». Tanto meno appare credibile, poi, che a questa tipologia di clienti non venga mai consentito, nella dimensione del fatto, l'accesso ad operazioni di apertura di credito.