

L'USURA DELLA LEGGE E L'USURA DELLA BANCA D'ITALIA: NELLA MORA RIEMERGE IL SIMULACRO DELL'OMOGENEITÀ.

La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.p.:
finalità accostate ma non identiche.

di ROBERTO MARCELLI

Sommario **1.** Introduzione: gli interessi di mora e la soglia d'usura. pag.1; **2.** ABF e Banca d'Italia: allineati nelle modalità, discosti nei risultati. pag. 13; **3.** *La verifica ex art. 644 c.p. e la rilevazione statistica del TEGM: il simulacro dell'omogeneità.* pag. 23; **4.** La mora e il rischio di credito. pag. 34; **5.** Le soglie d'usura e l'échelle de perroquet. pag. 52; **6.** La soglia della mora nei conti correnti: lo scoperto di conto. pag. 58; **7.** Il credito in extra-fido: un'ulteriore criticità per la verifica dell'usura. pag. 68; **8.** La rimozione delle soglie d'usura: aspettando che la banca d'Italia favorisca la concorrenza. pag. 72. **9.** Considerazioni finali. pag. 81.

1.Introduzione: gli interessi di mora e la soglia d'usura

E' ormai da tempo assodato che anche gli interessi di mora, ancorché non concorrano a determinare il TEGM, sono soggetti al rispetto delle soglie d'usura¹.

¹ *“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 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).*

Il principio è stato più recentemente ribadito dalla Cassazione Sez. I, n. 350/13 che ha precisato che *“ai fini dell’applicazione dell’art. 644 c.p. e dell’art. 1815 c.c. comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalle legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori.”*

La sentenza della Cassazione 350/13 non prende in considerazione alcuna la rilevazione campionaria sul tasso mora effettuata dalla Banca d’Italia nel ’01, né il diverso criterio di valutazione della mora indicato dalla stessa, trattandosi di un mutuo concesso in epoca precedente la menzionata rilevazione. La verifica dell’usura è stata accertata facendo esclusivo riferimento alla soglia riveniente dal TEGM pubblicato dal D.M. del Tesoro relativo al II trimestre ’98: con il criterio successivamente suggerito dalla Banca d’Italia, a seguito della rilevazione campionaria del ’01, l’usura non sarebbe emersa. Ma questa circostanza non sarebbe del tutto trascurabile se si ritenesse che la maggiorazione di 2,1 punti della mora rilevata nella menzionata indagine non è un prezzo di mercato che muta nel tempo, ma una penale suscettibile di un’apprezzabile stabilità nel tempo, applicata sia

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 esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, *‘sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio’*. 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, 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.”* (Corte Cost. n. 29/02). Da ultimo, anche l’art. 2 bis del D.L. 29/11/08, n. 185 convertito in legge 28/1/09 n.2 non opera alcuna distinzione con riferimento alla natura degli interessi quando, al comma 2, prevede: *“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”*.

precedentemente che successivamente alla rilevazione².

Per gli interessi di mora si è creata una situazione simile a quella delle CMS prima del '10, escluse dal TEG e menzionate a parte nei decreti ministeriali³. Nell'ambito della rilevazione del tasso medio di mercato, ai fini dell'individuazione delle soglie d'usura, il tasso di mora non viene ricompreso nel calcolo, né costituisce una Categoria a sé, distinta dalle altre che caratterizzano il panorama del credito: la legge consente la distinzione in categorie per le operazioni di credito, non per la natura degli interessi, e la rilevazione del TEGM è rivolta a cogliere la fisiologia, non la patologia del fenomeno. Tuttavia da oltre un decennio i decreti ministeriali, nella medesima opacità che ha contraddistinto l'evidenza *a latere* delle CMS⁴,

² Il caso esaminato dalla Cassazione riguardava un mutuo concesso ad un tasso corrispettivo del 10,50% ed un tasso di mora maggiorato di 3 punti (13,50%): il tasso medio di mercato, previsto dal D.M. 23/2/98, era pari all'8,29% (soglia d'usura 12,435%). La Corte d'Appello aveva ritenuto che *'la maggiorazione del 3% prevista per il caso di mora non poteva essere presa in considerazione, data la sua diversa natura, nella determinazione del tasso usurario'*. Parte ricorrente aveva dedotto il contrasto con quanto previsto dal D.M. 27/3/98 in quanto doveva tenersi conto della prevista maggiorazione di 3 punti in caso di mora. Al riguardo la Suprema Corte ha stabilito: *"La stessa censura (sub b), invece, è fondata in relazione al tasso usurario perché dalla trascrizione dell'atto di appello risulta che parte ricorrente aveva specificamente censurato il calcolo del tasso pattuito in raffronto con il tasso soglia senza tenere conto della maggiorazione di tre punti a titolo di mora, laddove, invece, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori"* (Cass. 09.01.2013, N. 350; Cfr. anche Cass. 11/1/13, n. 602 e 603).

Come si può desumere dalle circostanze rappresentate, il tasso corrispettivo risulta inferiore al tasso soglia vigente e la maggiorazione della mora, pari a 3 punti, risulterebbe inferiore al valore di 3,15 punti che si otterrebbe – seguendo il criterio suggerito dall'ABI e fatto proprio dalla Banca d'Italia – considerando la maggiorazione di 2,1 punti rilevata nell'indagine campionaria del 2001/02, aumentata del 50%.

³ Pur nella sostanziale differenza riconducibile alla circostanza che le CMS avrebbero dovuto essere ricomprese nel calcolo del TEG risultando oneri ricorrenti che si aggiungono ordinariamente agli interessi, mentre la mora, facendo riferimento ad una fase patologica del rapporto, non può essere ricompresa nel calcolo del TEG funzionale alla rilevazione del tasso medio fisiologico di mercato.

⁴ La giustificazione a suo tempo espressa dalla Banca d'Italia nella Circolare n. 47429 del 1/10/96 appare alquanto anodina: *'analogamente a quanto avviene in Francia, ove vige una normativa sull'usura che ha ispirato la legge 108/96, la commissione di massimo scoperto è oggetto di autonoma rilevazione'*.

continuano a menzionare l'indagine campionaria⁵, curata dalla Banca d'Italia nel 2001, che aveva accertato per la mora un tasso collocato 2,1 punti al di sopra del tasso medio corrispettivo rilevato per il complesso del campione esaminato⁶.

Sin dalla prima comparsa nel decreto ministeriale del marzo '03, ad oltre sei anni dalla legge, il richiamo alla rilevazione campionaria ha determinato confusione e scetticismo, apparendo come un tardo rimedio alla discrasia insorta fra la norma di legge, che assume una portata assoluta, indifferente alla natura dell'interesse percolato, e le 'Istruzioni' della Banca d'Italia, che dovendo perseguire la rilevazione statistica di un dato fisiologico di mercato, escludono espressamente la mora. Le 'Istruzioni' sono tuttavia nel contempo gravate dall'art. 3 comma 2 dei decreti ministeriali di pubblicazione del TEGM, che dispone che gli intermediari, al fine di verificare il rispetto del limite d'usura, *“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”*.

Nella circostanza, non potendo gli intermediari seguire pedissequamente il dettato ministeriale, la Banca d'Italia ha creduto opportuno, analogamente alla CMS, integrare la norma

⁵ Il Decreto ministeriale del 25 marzo 2003 riporta nella Nota Metodologica:

Rilevazione degli interessi di mora

La Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi hanno proceduto a una rilevazione statistica riguardante la misura media degli interessi di mora stabiliti contrattualmente. Alla rilevazione è stato interessato un campione di banche e di società finanziarie individuato sulla base della distribuzione territoriale e della ripartizione tra le categorie istituzionali.

In relazione ai contratti accessi nel terzo trimestre del 2001 sono state verificate le condizioni previste contrattualmente; per le aperture di credito in conto corrente sono state rilevate le condizioni previste nei casi di revoca del fido per tutte le operazioni in essere. In relazione al complesso delle operazioni, il valore della maggiorazione percentuale media è stato posto a confronto con il tasso medio rilevato.

Esigenze di trasparenza avrebbero richiesto maggiori informazioni sul campionamento effettuato dalla Banca d'Italia.

⁶ Art. 3, 4° comma: *“I tassi effettivi globali medi di cui all'art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento. L'indagine statistica condotta nel 2001 ai fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali.”*

predisponendo, con l'indagine campionaria del 2001, uno specifico riferimento per la mora⁷. D'altra parte il MEF, più che sentire – come dispone la legge – è apparso aderire alle indicazioni della Banca d'Italia riportando in decreto la risultanza del campionamento sulla mora senza null'altro aggiungere, rimettendo in tal modo alla valutazione degli intermediari l'uso che a tale dato poteva darsi.

Il singolare riferimento nei decreti ministeriali alla rilevazione campionaria dei tassi di mora del 2001 ha creato il destro per un diverso trattamento degli stessi rispetto ai tassi corrispettivi.

L'ABI, dopo l'indagine sui tassi mora richiamata dal decreto ministeriale, in una lettera circolare indirizzata alle associate (n. 4681/2003), sulla base di *'prime autorevoli interpretazioni della dottrina'*⁸, aveva suggerito, per la mora, l'adozione di un sofisticato criterio, successivamente mutuato dalla Banca d'Italia per la CMS con la Circolare del 2/12/05: soglia per la mora pari alla somma del tasso medio di mercato, individuato dalla Banca d'Italia per gli interessi corrispettivi, e della

⁷ Il campionamento curato dalla Banca d'Italia ha evidenziato un tasso medio di mora del 2,1%. La rilevazione - : riferita al III trimestre '01, curata nel corso del '02 e comunicata nel II trimestre '03 – presenta una marcata opacità: non si dispone infatti di alcuna informazione di dettaglio sulle modalità e criteri di rilevazione ed elaborazione dei dati. Il campionamento presenterebbe la stessa incongruenza che ha caratterizzato la rilevazione della CMS la cui media (semplice) era rilevata esclusivamente sulle operazioni che prevedevano tale onere e non sull'intero universo campionato (Cfr. nota 39 a pag. 33).

⁸ Il riferimento è al parere della prof.ssa Severino di Benedetto che non ha incontrato alcun seguito in dottrina. In tale parere viene affrontata 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 maggiorata di 3,15 punti. Tale costrutto verrà integralmente ripreso e proposto dalla Banca d'Italia per le CMS nella Circolare 2/12/05, svelando lo spirito con il quale vengono gestite le 'Istruzioni' della Banca d'Italia: *"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).

maggiorazione di 2,1 punti percentuali, il tutto aumentato del 50% (ora 25% + 4 punti).

Questo criterio ha ora incontrato l'avallo della Banca d'Italia, la quale solo nella recente comunicazione del 3 luglio 2013 ha espresso chiaramente le finalità implicite della rilevazione campionaria della mora, riportata sistematicamente, negli ultimi dieci anni, in tutti i decreti ministeriali di pubblicazione delle soglie d'usura.

L'indicazione dell'ABI, accolta all'unisono dalla Banca d'Italia, non risulta essere stata adottata dagli intermediari più prudenti, che hanno prestato maggiore attenzione alle pronunce nel frattempo espresse dalla Cassazione e dalla Corte Costituzionale. Valutando opportunamente il rischio legale che ne può derivare, gli intermediari, per lo più, mantengono la mora entro la soglie pubblicate dal MEF per le distinte Categorie di credito, senza alcuna maggiorazione⁹. D'altra parte non è questa la sola circostanza nella quale le banche si sono discostate cautelativamente dalle indicazioni della Banca d'Italia¹⁰, per non incorrere in *'quell'aggiramento della norma*

⁹ Nel prevedere tassi di mora compresi entro i limiti d'usura pubblicati per la Categoria di appartenenza, vengono altresì incluse, in particolare per i mutui, clausole di salvaguardia che mantengono comunque la misura degli interessi di mora entro i limiti fissati dalla legge 108/96. *“Né appare fondata la richiesta di sospensione, per quanto concerne il dedotto superamento del tasso soglia, atteso che il contratto di mutuo che disciplina il rapporto tra le parti esplicitamente, sul punto, all'art. 4 contiene che ‘ la misura di tali interessi non potrà mai essere superiore al limite fissato ai sensi dell'art. 2 co. 4 della l. 7/3/96 n. 108, dovendosi intendere, in caso di teorico superamento di detto limite, che la loro misura sia pari al limite medesimo ’.”* (Tribunale Napoli, M. Cacace, 8/1/14).

Un atteggiamento analogo tengono le banche, nel richiedere un tasso di mora non superiore alla soglia pubblicata, nella precisazione del credito delle procedure esecutive e concorsuali.

¹⁰ In sede di applicazione delle nuove 'Istruzioni' '09 della Banca d'Italia, con riferimento al periodo transitorio, buona parte delle banche ha dimostrato una maggiore avvedutezza e cautela di quanto suggerito dalla Banca d'Italia. Nel passaggio dalle CMS alle commissioni sostitutive di affidamento e di scoperto, le 'Istruzioni' del '09, in maniera alquanto incauta, riportano: *“Si ritiene opportuno precisare che le nuove istruzioni prevedono che fino al 31.12.09 (periodo transitorio) restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente (ma vanno inclusi nel TEG per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia): a) la CMS e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009; b) gli oneri applicati alla clientela per i passaggi a debito di conti non affidati, fino a concorrenza delle spese addebitate ai clienti per la liquidazione trimestrale dei conti affidati; c) gli oneri assicurativi imposti per legge direttamente a carico del cliente (anche per il tramite dell'intermediario).*

penale che impone alla legge – e non alla Banca d'Italia – di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari', sancito dalla Cassazione Penale n.46669/11 per le CMS.

Il rilievo appare quasi naïf: l'art. 2 comma 4 della legge 108/96 prevede che il limite “...oltre il quale gli interessi sono sempre usurari è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ...” non nel tasso riveniente dalla maggiorazione che autonomamente la Banca d'Italia ha voluto rilevare, in termini campionari, sulla base di criteri che non si conoscono, dopo oltre cinque anni dal varo della legge. Non vi sono altri tassi medi pubblicati in Gazzetta oltre ai valori del TEGM, non è pubblicato un tasso medio per la mora, non è stato mai esplicitato in Gazzetta o nei Decreti del MEF che per la mora dovesse essere considerata la maggiorazione di 2,1 punti, aggiungendola al tasso medio di rilevazione e maggiorando il tutto del 50%. Né tanto meno con il provvedimento legislativo del '11, che ha sostanzialmente ampliato lo spread dal 50% al 25% più quattro punti, si è fatto menzione ad alcuna soglia per la mora¹¹: prima della recente comunicazione del 3 luglio 2013 della Banca d'Italia, solo le ‘autorevoli interpretazioni’ dell'ABI avevano dato un'indicazione simile (non del tutto identica). Se questa ‘balzana’ lettura avesse acquisito in dottrina e in giurisprudenza una qualche forma di credito, si sarebbe reiterato sulla mora quanto accaduto per la CMS.

Non si vede come possa prevedersi una specifica soglia per gli interessi di mora senza porsi in contrasto con il dettato normativo che dispone la soglia per il tasso di interesse, a qualunque titolo convenuto, sia esso corrispettivo,

Tale opinione appare confliggere, oltre che con la *ratio* della legge usura (L. 108/1996), con l'art 2 bis della stessa legge 28/1/2009, n. 2, che prevede che *‘il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni’* e quindi gli oneri applicati in sostituzione delle CMS non potevano che essere ricompresi nel calcolo del TEG.

¹¹ Vista la difficile situazione economica, nella quale si registra un più elevato tasso di morosità, il legislatore avrebbe dovuto manifestare una più attenta sensibilità al riguardo, quanto meno lasciando invariata la maggiorazione che, invece, risulterebbe ridotta (dal 50% al 25%) nel criterio indicato dalla Banca d'Italia.

compensativo o moratorio: come detto, la diversificazione del tasso soglia, prevista dalla legge per le differenti categorie, è riferita alla natura del credito, non dell'interesse, e alla fisiologia, non alla patologia, del fenomeno.

Creando – con il riferimento ad una generica rilevazione campionaria, non prevista da alcuna norma di legge – un ulteriore *spread* di penalizzazione entro una diversa e più elevata soglia, ancor prima di ravvisare la ricorrenza dell'usura concreta¹², si verrebbe a contraddire la logica della rilevazione del valore medio fisiologico del credito come punto di riferimento al quale ancorare lo *spread* di variazione consentito dalla legge stessa. Se si inseguono i diversi gradi di patologia con differenti tassi soglia si innesca un'ascesa che vanifica lo spirito stesso della legge.

Il rafforzativo *'sono sempre usurari'* – riportato nel menzionato passaggio dell'art. 2, comma 4, della legge 108/96, non sembra ammettere deroghe: ogni patologia deve essere

¹² Nella fattispecie considerata il maggior tasso risulterebbe di fatto subito: la situazione di difficoltà economica che si configura nella circostanza, incide sulla libera determinazione a contrarre e condiziona l'accettazione della sproporzione delle prestazioni del cliente: *"Per quel che concerne la tutela penale, la pattuizione strumentale di interessi moratori di importo elevato può rientrare nell'ambito della fattispecie di usura prevista dal 3° comma dell'art. 644 c.p. (la c.d. "usura residuale) che in questo caso potrebbe trovare applicazione molto più frequentemente di quanto si è ipotizzato all'atto della sua introduzione (...) l'interpretazione logica conduce a ritenere che la norma debba applicarsi anche ad ipotesi in cui il tasso fissato dai contraenti è superiore al limite di legge. Il caso degli interessi moratori pattuiti ad un tasso eccessivo ed altresì superiori ad un determinato tasso-soglia si attaglia perfettamente a questa eventualità, proprio perché si è visto come gli interessi moratori esulino tendenzialmente dal sistema delle rilevazioni trimestrali"* (Giudice Fabrizio Vanorio della Procura della Repubblica di Palermo, Atti della relazione, I reati dell'usura: la struttura della fattispecie, le tecniche d'indagine ed i rapporti fra autorità inquirenti e le banche, tenuto al Seminario organizzato da ABI e Consiglio Superiore della Magistratura in Roma nei giorni 1-2 marzo 2005).

D'altra parte la norma non esprime un principio dicotomico assoluto condizionato al TEGM di rilevazione. *"Di suo, il TEGM propone un alto grado di rigidità: come ha rilevato dottrina autorevole, 'non può approvarsi che, se ... il tasso c.d. soglia è del 20%, chi ha pattuito un interesse del 20,01% perde tutto e chi ha pattuito un interesse del 19,90% possa conservarlo tutto'. Da quest'angolo visuale, l'articolazione complessiva del sistema vigente si preoccupa di colmare il gap: più il carico economico si avvicina alla linea di confine e meno occorrono ulteriori elementi di fattispecie perché la sproporzione risulti in concreto rilevante. In un certo senso, il nostro sistema attuale propone un continuum: la prossimità alla soglia propone il rischio dell'operazione"* (A.A. Dolmetta, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, Ed. Zanichelli, 2013).

comunque ricompresa nello *spread* fissato dalla legge rispetto al tasso medio di mercato, inteso quest'ultimo come un tasso ordinario, fisiologico.

Se si crea una Categoria per la patologia con una propria specifica soglia, viene meno il riferimento al tasso ordinario e si vanifica lo spirito della legge, privandola dell'inderogabilità implicita nella formulazione *'sono sempre usurari'*.

La Banca d'Italia con le sue indicazioni, che esondano l'ambito proprio della funzione che solo indirettamente le viene assegnata, e che vengono passivamente recepite nei decreti del MEF, presta forme di soccorso agli intermediari che si pongono in contraddizione con la legge 108/96 e le pronunce della Suprema Corte, contribuendo a creare quelle zone grigie che, prima della sentenza della Cassazione Pen. n. 46669/11, hanno seriamente pregiudicato la determinatezza e tassatività della norma¹³. Gli stessi controlli di vigilanza risultano di fatto edulcorati, risultando informati alle indicazioni dell'Istituto in luogo di quelle rivenienti dalla Suprema Corte.

Con l'inusuale chiarimento del 3/07/13, la Banca d'Italia appare voler interpretare e integrare la Sentenza ultima della Superiore Corte n. 350/13 in tema di mora. Nel chiarimento si puntualizza:

i) i tassi soglia non sono fissati dalla Banca d'Italia ma determinati da un automatismo stabilito dalla legge, a partire dai tassi medi di mercato rilevati trimestralmente dalla Banca d'Italia e pubblicati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze;

ii) la verifica dell'usurarietà dei tassi applicati ai singoli contratti e le conseguenti valutazioni, sotto l'aspetto civile e penale, sono rimesse all'Autorità giudiziaria;

iii) la Banca d'Italia, attraverso le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura e i connessi chiarimenti pubblicati sul sito, fornisce agli intermediari i criteri tecnici da seguire per segnalare in

¹³ Per fatti risalenti agli anni precedenti, il Gip del Tribunale di Caltagirone (dott. M. Gennaro, sentenza 21/6/12), non ha ritenuto di procedere non 'perché il fatto non costituisce reato', bensì 'per insussistenza dei fatti'. Nella circostanza, il Gip – nel considerare le incertezze e le diverse metodologie di inserimento delle CMS – ha ritenuto che *"non si vede in quale modo sia possibile, in un sistema siffatto, tener conto 'a posteriori' della CMS nel calcolo del tasso usurario senza violare irrimediabilmente il principio di tassatività dell'illecito penale, principio com'è noto direttamente ritraibile dall'art. 25 Cost."*

modo corretto e omogeneo i TEG applicati, utilizzati per l'individuazione delle soglie trimestrali. I Decreti ministeriali che aggiornano i tassi soglia dispongono che gli intermediari verifichino l'usuraietà dei tassi applicati sui singoli contratti sulla base degli stessi criteri tecnici;

iv) le 'Istruzioni' della Banca d'Italia sono costantemente aggiornate per tener conto dell'evoluzione della normativa in tema di contratti bancari e dell'innovazione finanziaria. Tali Istruzioni possono costituire una metodologia di riferimento per la valutazione dei casi concreti condotta dalla magistratura ma non ne vincolano le decisioni.

L'Istituto Centrale appare voler ricondurre ad un automatismo di legge quella gestione dei tassi d'usura esercitata attraverso le categorie di credito, le FAQ e, non da ultimo, questa nuova comunicazione a chiarimento. Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia, si ribadisce, vengono costantemente aggiornate per tener conto dell'evoluzione del mercato creditizio; vengono all'uopo richiamati, accanto alle 'Istruzioni', 'i connessi chiarimenti pubblicati sul sito' i quali hanno assunto la singolare funzione di modifica interpretativa delle 'Istruzioni'¹⁴. Con buona pace della riserva di legge, se tali 'Istruzioni' e i connessi chiarimenti – a norma dell'art. 3, comma 2 dei Decreti Ministeriali – oltre che per la rilevazione del TEGM, dovessero essere impiegati per la verifica del limite d'usura.

Dopo la pronuncia espressa dalla Cassazione Pen. n. 46669/11, ancor più stridente appare la circostanza che prima vengano richiamati i decreti ministeriali che dispongono la verifica dell'usura con gli stessi criteri tecnici riportati nelle 'Istruzioni' per la rilevazione del TEGM, per poi dover rilevare che tali criteri non vincolano le decisioni della magistratura. Per attenuare questa discrasia la Banca d'Italia dovrebbe osservare una stretta aderenza all'art. 644 c.p. per non incorrere nuovamente nella censura della Cassazione, evitando, tra l'altro, interventi 'creativi' di campionatura non

¹⁴In maniera alquanto impropria e singolare, con le FAQ del 1° dicembre '10 si è modificato, con decorrenza dal trimestre di rilevazione ottobre-dicembre 2010, il criterio di annualizzazione previsto dalle 'Istruzioni'. La modifica, rimuovendo in parte l'annualizzazione, ha risvolti economici apprezzabili, risulta priva di fondamento logico-finanziario e si pone in contrasto con il dettato dell'art. 644 c.p. che, ancorché interessi, oneri e spese siano calcolati trimestralmente, pone il riferimento al 'tasso effettivo annuo'.

specificatamente previsti dalla norma.

Con il menzionato disposto ministeriale – per nulla ricompreso nei margini delegati dalla legge 108/96, che assegna al MEF, sentita la Banca d'Italia, esclusivamente il compito di rilevare il tasso medio di mercato – si continua, con caparbia, a voler riportare i criteri e il tasso da impiegare per il rispetto dell'art. 644 c.p. ai criteri e al tasso appositamente ideati dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato (TEGM): risultando le finalità diverse seppur accostate, si viene a perpetrare l'ambigua incongruenza nella quale si è già incorsi con la CMS, esclusa nella rilevazione del TEGM e ricompresa nella verifica del rispetto della soglia d'usura. Colmando l'incongruenza della mora con una 'posticcia' rilevazione campionaria, priva di alcun supporto normativo.

Per la mora – come per altre fattispecie che vengono escluse dalla rilevazione del TEGM, quali crediti in sofferenza, revocati, ecc. (cfr. paragrafo B2 delle 'Istruzioni) – il disposto dell'art. 3, comma 2 dei menzionati decreti ministeriali si pone in palese contraddizione con il dettato dell'art. 644 c.p.. Questa circostanza non può sfuggire ai vertici bancari che, depositari del presidio della norma penale, sono chiamati, nella loro peculiare diligenza professionale, a cogliere la priorità della legge e comunque adottare comportamenti di cautela quand'anche esistesse un mero dubbio.

Nei principi stabiliti dalla Suprema Corte (II Sez. Pen. n. 12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11), sia per i criteri di aggregazione sia per i criteri di inclusione, il TEG indicato dalla Banca d'Italia per la rilevazione statistica del tasso medio di mercato costituisce un punto di riferimento solo nella misura in cui risulti coerente e congruente con il dettato dell'art. 644 c.p..

La 'copertura' del menzionato decreto ministeriale è stata ridimensionata dalla Cassazione Pen. n. 46669/11 che ha ricondotto le indicazioni della Banca d'Italia e, di riflesso, il disposto ministeriale, in un alveo propriamente subordinato alla norma di legge; la pronuncia della Cassazione è perentoria, ponendo un solido presidio alla tassatività della norma: *“Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale*

mezzo di interpretazione ...”.

Il principio fissato dalla Cassazione viene trovando immediato riscontro nella giurisprudenza ordinaria: *“E’ evidente pertanto che le suddette Istruzioni della Banca d’Italia non abbiano alcuna efficacia precettiva nei confronti del Giudice nell’ambito del suo accertamento del TEG applicato alla singola operazione, né debbano essere osservate dagli operatori finanziari allorquando stabiliscono il tasso di interesse di un determinato rapporto, e ciò sia perché non sono appunto finalizzate a stabilire il TEG del singolo caso, ma a richiedere agli intermediari dati da fornire al Ministero del Tesoro per stabilire il TEGM da osservarsi per il trimestre successivo, sia perché disposizioni certo non suscettibili di derogare alla legge ed in particolare la prescrizione di cui all’art. 644 c.p. in materia di componenti da considerarsi al fine della determinazione del tasso effettivo globale praticato. Il TEG applicato alla singola operazione va accertato dal Giudice unicamente sulla base dell’art. 644 c.p. che prevede 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’ e, ove presenti, di eventuali disposizioni di legge aventi pari forza; non hanno alcuna efficacia a tale fine le istruzioni impartite dalla Banca d’Italia per rilevare il TEGM, sia perché non rivolte, come si è detto, a stabilire il tasso globale effettivo di una certa singola operazione, sia perché non aventi comunque, neppure in astratto, portata derogatoria né integratrice della norma di cui sopra, nella parte in cui indica come calcolare il tasso effettivo globale. (Corte d’Appello Torino, 20/12/2013, Rel.: F. La Marca, Pres.: L. Grimaldi)¹⁵.*

Dopo le ‘difformi’ indicazioni della Banca d’Italia in tema di CMS, che hanno per lungo tempo seriamente pregiudicato l’applicazione dei limiti d’usura, la Cassazione, con il perentorio disvalore espresso per le circolari e direttive della Banca d’Italia, ha voluto riaffermare la gerarchia delle fonti normative, onde evitare il ripetersi di ‘difformi’ interventi e/o

¹⁵ Cfr. anche Corte d’Appello Cagliari 26/3/14; Tribunale di Roma 23/1/14; Corte d’Appello Milano 22/8/13; Tribunale Brindisi 9/8/12; Tribunale Pordenone 7/3/12; Tribunale Alba 18/12/10. In senso contrario Tribunale di Torino, dott.ssa M. Giusta, 17/2/14, n. 1244; Tribunale Ferrara, dott. A. Rizzieri, 21/5/14, n. 592.

interpretazioni, che possano pregiudicare la determinatezza e tassatività della norma.

Si può ritenere che, con le precisazioni in tema di responsabilità e professionalità dell'operatore bancario fornite dalla Cassazione, in presenza dell'elemento oggettivo non rimangano spazi di copertura alle indicazioni della Banca d'Italia che possano far escludere l'elemento soggettivo. Il precedente della CMS non si può replicare: la Cassazione ha stabilito principi che escludono un ulteriore scollamento dell'usura oggettiva da quella soggettiva; con la diligenza e professionalità richiesta ai vertici bancari non si può trascurare il principio di determinatezza e tassatività della norma penale ricondotto esclusivamente all'art. 644 c.p., che non può essere pregiudicato dalle 'interpretazioni' normative offerte dalla Banca d'Italia.

Quali che siano le 'Istruzioni', e ancor più le modifiche apportate dalle FAQ, la trasposizione delle indicazioni della Banca d'Italia, dalla rilevazione del tasso medio di mercato alla verifica del rispetto delle soglie d'usura, rimane subordinata alla prescrizione dell'art. 644 c.p. Con questa incontrovertibile evidenza si scontrano quei comportamenti opportunistici degli intermediari, che ricercano 'copertura' nelle ambiguità insite nella norma amministrativa.

2. ABF e Banca d'Italia: allineati nelle modalità, discosti nei risultati.

Nell'ambito delle precisazioni di contorno al chiarimento del 3/7/13 la Banca d'Italia assume una propria posizione in merito agli interessi di mora: *'In ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura. Per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti trimestrali riportano i risultati di un'indagine per cui 'la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali'. In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in*

*base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo.*¹⁶.

La Banca d'Italia, nella rilevazione campionaria curata con riferimento al III trimestre '01, non ha rilevato la media del tasso di mora, bensì la maggiorazione media del tasso di mora rispetto al tasso corrispettivo: solo con la recente comunicazione del 3/7/13 si è esplicitamente indicato il riferimento alla soglia per la mora, reiterando il medesimo criterio della CMS soglia. Ma né al MEF, né tanto meno alla Banca d'Italia è consentita dal disposto penale una discrezionalità di tale portata. Né la funzione di presidio al corretto svolgimento del rapporto di credito, assegnata alla mora, può giustificare una specifica soglia d'usura, distinta da quella rilevata per la Categoria del credito di riferimento.

Nel menzionato chiarimento, si prospetta un'imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto per ricondurre le modalità di calcolo e i criteri di inclusione previsti dall'art. 644 c.p. alle modalità e criteri adottati dalla Banca d'Italia nella rilevazione statistica del TEGM e alle integrazioni operate per un verso con le CMS, per l'altro con la mora¹⁷. Con questo passaggio logico si è realizzata, per lungo tempo sino alla nota pronuncia della Cassazione Pen. n. 46669/11, un'indebita gestione amministrativa del presidio penale.

Si mira a fondere il criterio di verifica dell'art. 644 c.p. al criterio di rilevazione del valore medio di mercato, rimettendolo alle scelte della Banca d'Italia che, ispirate da una marcata connotazione soggettiva, hanno subordinato e condizionato alla più generale politica del credito la gestione delle soglie d'usura, attraverso l'individuazione delle categorie di credito, le scelte della formula di calcolo e i criteri di inclusione delle commissioni, oneri e spese.

La Banca d'Italia sembra restia ad uniformarsi al disposto di legge se, dopo la 'creazione' della 'CMS soglia', nonostante il

¹⁶ Aumentando i TEG medi di 2,1 punti, l'effetto della penale sulla soglia si commisura a 3,15 punti (con lo *spread* del 50%). In considerazione della natura di penale della maggiorazione, si poteva, secondo taluni, applicarla direttamente alla soglia, senza alcun incremento del 50% (ora 25%).

¹⁷ La sentenza della Cassazione Pen. n. 46669/11 ha ritenuto, nelle circostanze esaminate, incensurabile il riferimento dei giudici di merito alla CMS soglia nella verifica dell'usura, ma nelle due precedenti sentenze della Cassazione Pen. n. 12028/10 e n. 28743/10, il giudice di merito aveva fatto riferimento, per la metodologia di verifica dell'usura, alla usuale formula del TAEG.

richiamo della Cassazione Pen. n. 46669/11, torna a proporre una ‘Mora soglia’, determinata attraverso un’identica metodologia.

La posizione sull’omogeneità di confronto è ripresa e sostenuta dall’ABF: *“Tornando alla fisiologia dei mercati concorrenziali è da osservare che il criterio della soglia individuata di tempo in tempo mediante rilevazioni di mercato esige che i metodi di calcolo degli interessi convenzionali effettivi ed i metodi di rilevazione della media di mercato siano perfettamente coincidenti. Ogni anche piccola discrasia infatti si pone in contraddizione logica con la ratio della disciplina dell’usura. Del resto, la Banca d’Italia ha da tempo colto questo aspetto e perciò rende pubblici e quindi trasparenti i metodi mediante i quali perviene a calcolare i tassi medi rispetto alle diverse tipologie di credito, consentendo quindi di svolgere confronti perfettamente simmetrici con i tassi convenzionali effettivi previsti dai singoli contratti.”*. (Decisione n. 77/14 del Collegio di Coordinamento).

Più recentemente il Collegio di Coordinamento dell’Arbitro Bancario e Finanziario (ABF 19/3/14), sulla base della carenza di omogeneità del confronto, perviene alla radicale soluzione di escludere gli interessi di mora dal rispetto del tasso soglia: non essendo i tassi di mora oggetto di rilevazione, si esclude l’ipotesi che i tassi soglia rilevati con riferimento al TEGM possano costituire un limite anche all’esigibilità di interessi moratori. Nella decisione dell’ABF si disconosce la possibilità di impiegare la rilevazione campionaria del 2001 curata dalla Banca d’Italia ai fini della verifica dell’usura, ma si riconosce l’esigenza della perfetta simmetria tra i costi che intervengono nel rapporto creditizio e quelli censiti nella rilevazione statistica impiegata per l’individuazione del tasso soglia: *“Così come sarebbe palesemente scorretto confrontare gli interessi pattiziamente convenuti per una data operazione di credito con i tassi soglia di una diversa tipologia di operazione creditizia, così come sarebbe palesemente scorretto calcolare nel costo del credito convenzionalmente pattuito gli addebiti a titolo di imposte, altrettanto scorretto risulta calcolare nel costo del credito pattuito i tassi moratori che non sono presi in considerazione ai fini della individuazione dei tassi soglia, perché in tutti i casi si tratta di fare applicazione del medesimo principio di simmetria”*.

“Conclusivamente – afferma il Collegio – si deve ribadire che non possono essere assoggettati alla disciplina relativa agli interessi usurari elementi di costo del credito che non siano contemplati nel calcolo dei tassi soglia”¹⁸.

Con l’omogeneità del confronto si mira a presidiare le scelte adottate dalla Banca d’Italia. Dalla mancata inclusione della mora nella rilevazione del TEGM l’ABF fa discendere l’inapplicabilità alla stessa dell’art. 644 c.p.. Si riconosce nel contempo all’art. 1384 c.c. il presidio all’eventuale riduzione di penali eccessive, non escludendo l’applicazione dell’art. 1344 c.c. nel caso si configuri l’aggiramento delle disposizioni delle soglie d’usura¹⁹.

Non si può trascurare la funzione anche remunerativa che

¹⁸ A sostegno della tesi sopra riportata, il Collegio di Roma, in una successiva decisione dell’11/4/14, richiama anche l’art. 19, 2° e 3° paragrafo, della direttiva 2008/48/CE che stabilisce: ‘2. Al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito e delle spese, diverse dal prezzo d’acquisto, che competono al consumatore all’atto dell’acquisto, in contanti o a credito, di merci o di servizi’. 3. Il calcolo del tasso annuo effettivo globale è fondato sull’ipotesi che il contratto di credito rimarrà valido per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore adempiranno ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti nel contratto di credito’.

Da questo il Collegio fa discendere la negazione in linea di principio che il tasso degli interessi moratori sia suscettibile di determinare il superamento del limite imperativamente posto dall’art. 644, 3° comma c.p. e dell’art. 4, 2° comma, della legge 108/96. La Direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori riferisce il TAEG agli aspetti informativi che devono essere riportati in contratto e correttamente indica il costo del credito (TAEG) – comprensivo per altro delle imposte - che ordinariamente verrà posto a carico del consumatore e, distintamente, il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento e le eventuali penali. La Direttiva regola circostanze e finalità diverse, rivolte a fornire ex ante una corretta rappresentazione dei costi: appare del tutto inconferente far discendere dalla Direttiva il principio che per il tasso di mora non si possa determinare il superamento della soglia. La normativa sull’usura risponde a principi più stringenti: non ammette deroghe che possano, come in passato, costituire canali di elusione.

¹⁹ “La riduzione equitativa ai sensi dell’art. 1384 c.c. risulta più confacente alle sole singole ipotesi di clausola penale inserita consensualmente dalle parti contrattuali che li legano, mentre mal si concilia con l’enorme mole di contratti negoziati nel mercato del credito, ma in realtà predisposti unilateralmente dalle banche e dagli intermediari autorizzati. Tali rapporti contrattuali, invero, necessitano di paletti certi, predeterminati e quindi facilmente conoscibili da tutti i contraenti, al fine di evitare effetti di distorsione al regolare andamento del mercato del credito”. (M.N. Mizzau, *Interessi moratori e relativo tasso soglia*, in ‘I contratti bancari’, a cura di Cesare Maria Bianca, Dike, 2013).

accosta gli interessi di mora agli interessi corrispettivi. L'art. 1224 c.c., nel consentire gli interessi moratori anche nel caso in cui il creditore non ha subito alcun danno, valorizza negli stessi il vantaggio derivante al debitore dalla disponibilità della somma finanziata. D'altra parte la distinzione fra interessi corrispettivi e moratori risulta attenuata nelle stesse pronunce della giurisprudenza: *“gli interessi corrispettivi su di una somma di denaro decorrono dalla data in cui il relativo credito abbia acquistato carattere di liquidità ed esigibilità, a nulla rilevando ogni eventuale indagine sulla colpevolezza del ritardo nell'inadempimento da parte del debitore, e senza che il creditore sia tenuto ad alcun atto di costituzione in mora, trovando l'obbligazione da interessi corrispettivi il proprio giuridico fondamento nella sola esigibilità della somma, e rappresentando la relativa decorrenza una conseguenza automatica del ritardo subito dal creditore nel godimento di quanto dovutogli”*²⁰.

L'istituto della mora, nell'evoluzione del mercato creditizio, è stato affiancato da strumenti di più marcata deterrenza al corretto rispetto degli impegni finanziari assunti. Per l'operatore economico il pagamento della mora comporta riflessi assai più modesti di quelli rivenienti dalla segnalazione alla Centrale dei Rischi. I presidi all'insolvenza hanno subito nel tempo una diversa evoluzione. A differenza delle transazioni commerciali, nel mercato creditizio un significativo ruolo di presidio ad un più stringente rispetto degli impegni assunti nei confronti dell'intermediario bancario è assunto oggi dalla Centrale dei Rischi. Le peculiari e dettagliate informazioni contenute in quest'ultima, nel loro costante e tempestivo aggiornamento, offrono diverse e più pregnanti opportunità di prevenzione e di tempestiva reazione allo stato di crisi finanziaria. La segnalazione di morosità espressa dalla Centrale dei Rischi, alla quale gli operatori economici vengono mostrando una crescente attenzione per le ripercussioni immediate sulle loro disponibilità di credito, costituisce un presidio molto più stringente e selettivo di un aumento del costo del credito. L'operatore economico, che si trova già in fase di decozione, viene presidiato già in sede di erogazione del credito.

Ancorché agli interessi di mora – tramite una maggiorazione

²⁰ Cass. 18 luglio 2002, n. 10428; Cfr. anche Cass. 16 aprile 1991, n. 4035.

sul tasso corrispettivo, spesso distintamente esplicitata in contratto – venga dall’ordinamento assegnata anche una funzione sanzionatoria all’inadempimento del debitore, ciò non di meno, come stabilisce la Cassazione n. 5286/00, il ritardo colpevole non può giustificare un’obbligazione eccessivamente onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge. Proprio la combinazione, negli interessi di mora, di una componente remunerativa e una componente sanzionatoria e le agevoli circostanze di elusione che si creerebbero in contratti predisposti unilateralmente dall’intermediario, hanno sospinto l’assimilazione degli interessi di mora ai corrispettivi, nel rispetto dei limiti di soglia. D’altra parte non si può trascurare che storicamente gli interessi di mora hanno costituito il canale privilegiato nella pratica dell’usura.

Non appare giustificata una deroga ai limiti d’usura, specifica per gli interessi di mora, giustificata dalla presenza dei presidi posti dall’art. 1384 c.c. e 1344 c.c. Né questa può essere dedotta dalla circostanza che gli interessi di mora non sono ricompresi nei costi rilevati per la determinazione del TEGM.

Con lo stesso principio di omogeneità di confronto, senza che possa intervenire alcun altro presidio, risulterebbero esclusi dall’applicazione del 644 c.p. i crediti revocati, i crediti in sofferenza e le altre forme creditizie previste al punto B2 delle ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia, che non vengono ricompresi nella determinazione del TEGM²¹.

²¹ “Dalla rilevazione ministeriale del TEGM restano escluse tredici tipologie di operazioni (Sezione I – B2. Operazioni escluse): per es., posizioni classificate in sofferenza, operazioni a tasso agevolato, ecc.). Benché riconducibili alle categorie omogenee individuate negli appositi decreti annuali, esse sono escluse per ragioni facilmente intuibili (e giustificate) alla stregua della ratio sottesa a una soglia di usurarietà legata alle condizioni di mercato: come spiega la nota metodologica dei decreti ministeriali, ‘non sono incluse nella rilevazione alcune fattispecie di operazioni condotte a tassi che non riflettono le condizioni del mercato (ad es. operazioni a tassi agevolati in virtù di provvedimenti legislativi)’. A tali operazioni non potranno allora applicarsi le soglie dedotte dai decreti trimestrali per le diverse categorie cui sono riconducibili: lo preclude la logica prima ancora della legalità. Né le medesime soglie potranno essere utilizzate analogicamente, in quanto – a parte il divieto previsto dall’art. 14 Disp. Prel. C.c. (e 25, co. 2, Cost.) – proprio le ragioni che ne hanno determinato l’esclusione dalle relative categorie non consentono certo un’assimilazione a queste ultime ai fini dell’individuazione di una soglia (Cfr. anche V. Bellacosa, voce Usura, in Dig. Disc. Pen. vol. XV, Torino, 1999,156)”. (P. Capoti, Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale, in

Ancor più, verrebbe vanificato il portato della legge 108/96 e l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 1815 c.c. 2° comma, per il periodo dal 1997 al 2010, per tutti i rapporti di credito concessi in conto, in cui l'applicazione della Commissione di Massimo Scoperto, non ricompresa nel TEGM, abbia condotto a debordi delle soglie. E infatti, l'ABF, con precedente pronuncia, aveva già escluso la CMS dalla verifica dell'usura, motivando: “... è da rilevare che il Collegio non può condividere l'assunto che nel calcolo del tasso soglia rilevante ai fini della normativa sull'usura si debbano includere anche gli oneri commissionali anche anteriormente alla entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Sotto questo profilo il richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione n. 12028/10 non appare pertinente atteso l'inequivoco tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 2-bis, comma 2, l. n. 2/2009, il quale fa decorrere tale inclusione dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Prima di allora, dunque, il calcolo dei tassi soglia non comprendeva quanto corrisposto a titolo di commissione di massimo scoperto²²”.

L'ABF nella decisione assunta si discosta significativamente dalle pronunce espresse dalla Cassazione Pen. n.12028/10 e n. 46669/11. La Cassazione Penale n. 46669/11 precisa: “La Banca d'Italia solo dall'agosto 2009, in applicazione di tale nuova normativa (D.L. 29/11/08, n. 185, art. 2 bis, comma 1, convertito nella l. 28/1/09, n. 2) ha emanato le nuove istruzioni per la rilevazione dei tassi globali medi ai sensi della legge sull'usura, ricomprendendo nel calcolo delle varie voci la commissione di massimo scoperto, correggendo una prassi amministrativa difforme.”.

Con ciò la Cassazione non intendeva certo disapplicare le soglie d'usura al periodo precedente il 2010. L'algoritmo impiegato nella valutazione del Tribunale di Palmi, riesaminata dalla Cassazione Pen. 46669/11, utilizzava il criterio della CMS soglia, mentre l'algoritmo fatto proprio dal Gup di Ascoli Piceno nella sentenza esaminata dalla Cassazione Pen. n. 12028/10 faceva riferimento alla ordinaria formula del TAEG,

Riv. Trim. Dir. Pen. Econ. 2007, 631 ss.; *Il delitto di usura 'bancaria'*, Università degli Studi di Padova, 2009).

²² Decisione n. 6111 del 27 novembre 2013, Collegio di Milano.

ricomprendendo nella stessa le CMS. In entrambe le sentenze non si è ritenuta inapplicabile alla fattispecie esaminata la soglia d'usura, né si è esclusa la CMS dalla verifica.

La sentenza della Cassazione n.46669/11 precisa: “... *anche la CMS deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della Banca d'Italia ...*”. Il termine ‘indipendentemente’ lascia trasparire chiaramente la distinzione e separazione della ‘verifica’ dell'usura dalla ‘rilevazione’ statistica del tasso medio di mercato.

Lo stesso principio di omogeneità potrebbe sostenersi per le spese di assicurazione e/o per gli altri oneri, prima esclusi e solo da ultimo ricompresi nel calcolo del TEGM con le ‘Istruzioni’ '09, con un'indubbia vanificazione del presidio d'usura per il periodo sino a tutto il '09.

Si disapplica l'art. 644 c.p., non perché manchi l'atto amministrativo di completamento della norma penale, ma perché il criterio di rilevazione del tasso medio di mercato, posto a base dello stesso atto amministrativo si discosta dal criterio di verifica dell'usura dell'art. 644 c.p..

Con questo principio la tassatività e determinatezza della norma viene ricondotta alle scelte discrezionali effettuate dalla Banca d'Italia con le ‘Istruzioni’ per la rilevazione del TEGM, con le FAQ di chiarimento e con la rilevazione *a latere* della mora. Fuori dai criteri di inclusione del calcolo del TEGM fissati dalla Banca d'Italia non vi sarebbe soglia, la norma risulterebbe inapplicabile per indeterminatezza del confronto. Il principio di omogeneità nei termini esposti condurrebbe a smantellare significativamente il presidio all'usura posto dalla legge: le vicende della CMS ne forniscono un'evidenza.

Lo stesso principio di aderenza alle ‘Istruzioni’ della Banca d'Italia, per la verifica dell'usura, condurrebbe ad impiegare diversi metodi di calcolo del tasso, annualizzando gli oneri solo dal '10, disattendendo per i tredici anni precedenti il concetto di tasso effettivo, sancito dalla legge 108/96 e definito univocamente – dai Babilonesi ai giorni nostri – in ogni

manuale di matematica²³.

Aspetto ancor più rilevante, una stretta applicazione del principio fissato dall'ABF lascerebbe inapplicabili le soglie d'usura alle diverse forme di finanziamento nelle quali non interviene l'intermediario bancario, ivi comprese quelle previste dalla legge 231/02: anche le forme criminali di usura, impiegando di norma modalità discoste dalle ordinarie categorie bancarie, risulterebbero prive della stretta simmetria con le soglie rivenienti dalla rilevazione della Banca d'Italia²⁴.

Assai labili appaiono le argomentazioni del Collegio a sostegno della stretta omogeneità fra criteri di rilevazione statistica ai fini del TEGM e criteri di verifica delle soglie d'usura. In una precedente decisione (n. 77/2014) il Collegio di Coordinamento aveva osservato che: *“Rilevare periodicamente il livello medio dei tassi significa non solo ammettere che il tasso di interesse possa variare nel tempo, ma significa anche che il livello dei tassi di mercato non è mai predicabile come eccessivo, ingiusto o altro; in quanto viene assunto come il punto di equilibrio tra i prenditori e i prestatori di denaro quando operano in un mercato regolamentato ed in situazione*

²³ Nessuna edulcorazione del TEG è prevista dalla normativa francese alla quale si è ispirata la legge 108/96, risultando il calcolo effettuato con l'ordinaria formula del tasso effettivo di interesse, nel quale sono ricompresi tutti i costi relativi al credito, applicato all'importo effettivamente utilizzato e non a quello accordato inizialmente. Nella tabella dei tassi soglia, pubblicata dalla Banca di Francia si riporta espressamente: *“Pour apprécier le caractère usuraire du taux effectif global (TEG) d'un découvert en compte ou d'un prêt permanent, le montant à prendre en considération est celui du crédit effectivement utilisé.”*

²⁴ Per tali forme di finanziamento si fa, di regola, riferimento alla Categoria residuale degli 'altri finanziamenti'. In merito agli interessi di mora previsti dalla legge 231/02 per le transazioni commerciali, questi vengono parametrati al saggio di interesse del principale strumento di finanziamento della BCE, maggiorato di otto punti. La legge lascia altresì nella disponibilità delle parti di convenire un tasso di mora superiore. Per i limiti d'usura, facendo riferimento alla Categoria residuale degli 'Altri finanziamenti' alla quale tale tasso può essere raffrontato, il parametro di riferimento fissato dalla legge risulterà di regola inferiore e l'eventuale diversa pattuizione delle parti dovrà necessariamente rispettare i limiti dell'art. 644 c.p.. In presenza di un difetto di coordinamento fra le due norme, autorevole dottrina ritiene che: *‘in considerazione della natura imperativa delle norme in tema di usura, qualora il tasso di interesse stabilito dalle parti, in misura pari o addirittura inferiore a quello di cui all'art. 5 del D. Lgs. 231/02 fosse contrastante con la disciplina di cui alla legge n. 108 del 1996, non potrebbe non essere considerato illecito, sia sotto il profilo penalistico che sotto quello civilistico’* (V. Pandolfini, Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D. Lgs. N. 231/2002), in GI, 2003)

di concorrenza.” (...) “Si deve quindi assumere che la finalità perseguita dalla normativa che considera l’usura un illecito – sia civile che penale – ma considera usurari solo i tassi che superano una data soglia variabile nel tempo e basata su rilevazioni di mercato, sia quella di evitare discriminazioni mediante le quali alcuni individui, o gruppi, accedono al credito a condizioni fortemente deteriori rispetto ad una media di mercato.” (...) “ per arrivare al principio: “il criterio della soglia individuata di tempo in tempo mediante rilevazioni di mercato esige che i metodi di calcolo degli interessi convenzionali effettivi ed i metodi di rilevazione della media di mercato siano perfettamente coincidenti”.

Di riflesso, secondo il Collegio di Coordinamento dell’ABF, o vengono impiegati per la verifica del rispetto delle soglie d’usura i criteri che la Banca d’Italia ha discrezionalmente adottato per la rilevazione del valore medio di mercato, o rimane inapplicato il presidio all’usura.

La specifica ed esclusiva argomentazione prospettata dal Collegio non appare reggere per la mora un vaglio di concretezza. Non risulta affatto dicotomica la distinzione fra interessi corrispettivi e interessi di mora. La Cassazione non ha previsto, come fatto per le CMS (Cass. n. 12028/10), l’inclusione della mora nel TEG di rilevazione (Cass. n. 350/13), ma ne ha stabilito l’assoggettamento alle soglie ed ha precisato *‘che la legge n. 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 trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall’art. 1224, 1° comma, cod. civ., 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.*

Per le finalità di presidio dell’usura, non ha alcun senso prevedere una specifica soglia d’usura per il costo del credito in una fase di patologia: non è questo lo spirito della legge che ha voluto ancorare all’ordinario tasso di mercato il margine entro il quale ricomprendere ogni forma di patologia; il costo di quest’ultima, nella sua ricorrenza eventuale, è già compreso, come rischio, nel diverso tasso corrispettivo richiesto dall’intermediario sulla base del merito di credito del

prenditore.

La presenza di una circostanza di patologia, alla quale è associato un incremento del rischio, viene riconosciuta anche dall'ABF (Collegio di coordinamento 19/3/14) che ricomprende nella maggiorazione del tasso di mora la funzione di copertura del maggior rischio in cui incorre il rapporto: *“E’ anche da considerare la diversa intensità del rischio creditorio sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi da un lato e degli interessi moratori dall’altro. Infatti la prima misura incorpora il presupposto della puntualità nei pagamenti dovuti, mentre la seconda incorpora l’incertezza relativa al momento della solutio, posto che il soddisfacimento delle ragioni creditorie non è più affidato alla fisiologica esecuzione del contratto, ma ai rimedi che assistono il creditore deluso, il quale può anche rimanere tale per sempre. Da ciò deriva la necessità logica di differenziare la misura dei due tipi di interessi”*.

Anche in questa lettura tuttavia non si giustifica che, in caso di inadempimento, per il tasso preconcordato, remunerativo del maggior rischio di insolvenza, debba prevedersi una diversa e più elevata soglia d’usura. La legge prevede la rilevazione di un dato fisiologico di mercato: i costi che si discostano dall’ordinario sono da ricomprendere nello *spread* previsto dalla legge²⁵.

²⁵ Mentre non appare conforme alla legge prevedere una soglia per l’eventualità estrema della mora, tanto più riferita ad un campionamento *una tantum* non contemplato dalla norma, la Banca d’Italia potrebbe valorizzare la condizione di mora riportata frequentemente nei contratti. L’art. 644 c.p. prevede 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.’* La presenza di una condizione sospensiva rappresenta un onere per il cliente che è valorizzabile alla stregua di un’opzione. Come per i finanziamenti in presenza di un *cap* o un *floor* la relativa valorizzazione entra nella determinazione del rendimento effettivo, così una valorizzazione della condizione di mora potrebbe essere ricompresa nel calcolo del TEGM, considerando la probabilità di insolvenza alla scadenza posta in rapporto alla penalizzazione che tale condizione comporta. Tale operazione presenta qualche complessità ma risulterebbe coerente con il disposto di legge risultando la mora una condizione frequente nei contratti bancari, la presenza della quale risulta a tutti gli effetti un onere.

In tal modo tecnicamente la maggiorazione di mora entrerebbe nel calcolo del TEGM solo per la percentuale di ricorrenza statistica. In altri termini, se la probabilità di insolvenza alla scadenza, per una determinata classe di rischio, è pari al 10%, il valore della maggiorazione del 2,1 punti rilevata dalla Banca

3. La verifica ex art. 644 c.p. e la rilevazione statistica del TEGM: il simulacro dell'omogeneità.

L'art. 644 c.p. individua con precisione cosa ricomprendere nel valore dell'interesse da raffrontare con il limite di usura. Ai fini dell'usurarietà, il concetto di interesse si discosta dal senso ordinario e civilistico del termine, risultando assimilato al costo, onnicomprensivo di ogni forma di onere e spesa, a qualsiasi titolo, che accompagna l'erogazione del credito: l'unica eccezione prevista è data dalle imposte e tasse, da riversare all'Amministrazione finanziaria.

La Banca d'Italia non può intervenire in alcun modo nella determinazione del tasso da porre in confronto con la soglia d'usura, non avendone la funzione, né le è stato attribuito alcunché dalla legge 108/96 che, anche per la rilevazione, demanda questo compito al MEF. La legge dispone un procedimento per pervenire alla fissazione del tasso soglia che non prevede neanche l'automatica assunzione dei dati rilevati dalla Banca d'Italia: quest'ultima assolve una funzione semplicemente consultiva ed è previsto altresì anche un eventuale correttivo, riferito al tasso ufficiale di sconto, per pervenire all'indicazione del tasso soglia.

Anche al MEF la legge n. 108/96 demanda esclusivamente la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio (TEGM) – comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse – riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari. Nello spirito della legge si persegue l'individuazione del tasso fisiologico di mercato, costituito dalla media dei tassi ordinariamente impiegati dagli intermediari finanziari.

Il legislatore ha ritenuto opportuno adottare un parametro di riferimento flessibile, sinergico ed endogeno al mercato degli stessi operatori tenuti al rispetto della soglia. *Alla determinazione di tale valore sintetico di riferimento (TEGM) non possono concorrere tipologie di crediti e elementi di costo che, discostandosi dall'ordinario per motivi particolari o di patologia, altererebbero il “normale prezzo” del credito*

d'Italia nella rilevazione campionaria verrebbe ricompresa nel TEGM per 0,21 punti (rapportato al periodo del finanziamento).

applicato alla clientela²⁶.

Per altro il concetto di ‘fotografia’, più volte richiamato dalla Cassazione, impone una metodologia di calcolo informata ad una chiara e trasparente oggettività.

Dal tasso medio di mercato si diparte poi lo *spread* (25% più quattro punti, 50% prima del D.L. 70/11) entro il quale ricomprendere la remunerazione per i peculiari aspetti di patologia e rischio insiti nello specifico finanziamento: oltre la soglia si ritiene la criticità eccessiva e l'erogazione del credito inefficiente e usuraria²⁷. Nella misura in cui il TEGM incorporasse elementi di patologia, diversi dall'ordinario margine di rischio di credito, indurrebbe una falsa rappresentazione del mercato e un'indebita lievitazione del tasso di riferimento. La patologia si differenzia dalla norma per il venir meno del carattere di ordinarietà: lo *spread* dal tasso medio di mercato praticato dall'intermediario esprime la misura del livello di maggior rischio assumibile. Nella fattispecie patologica entrano elementi ulteriori, non compresi nell'ordinario margine fisiologico: proprio la misura economica del maggior rischio, che nella verifica deve trovare spazio nello *spread*, consente di apprezzare lo scostamento dall'ordinario e la presenza o meno dell'usura. Ponendo all'interno del tasso medio di riferimento elementi di patologia, che fuoriescono dall'ordinario, si vanificherebbe il presidio all'usura, in quanto, anziché contenere i tassi anomali, limitandoli e tenendoli accostati a quelli ordinari di mercato, si verrebbe ad indurre un accostamento del tasso fisiologico a quello patologico.

Assai articolate risultano le Istruzioni, adottate dalla Banca d'Italia, per la rilevazione e calcolo dei tassi medi di mercato, rappresentativi delle condizioni vigenti nel trimestre di riferimento. La rilevazione circoscrive l'ambito di osservazione, per ciascuna *Categoria*, alle operazioni ordinarie e correnti del trimestre. Per gli oneri e le spese, il criterio adottato è quello di ricomprendere le spese ordinariamente

²⁶ In analogia a quando, ad esempio, per rilevare il colesterolo fisiologicamente presente nel sangue di una data popolazione, si escludono i soggetti affetti da particolare patologie, che possono alterare l'indicazione del valore medio fisiologico.

²⁷ Anche entro la soglia, nel caso di abuso delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria, ricorrendo le condizioni previste nella seconda parte del comma 3 dell'art. 644 c.p., si ha usura (concreta).

ricorrenti nell'operazione e di escludere le spese e gli oneri connessi ad eventi di patologia del credito²⁸. Taluni oneri (CMS, mora, spese di assicurazione ecc..) non sono stati inizialmente compresi nella rilevazione del TEGM in quanto sono stati ritenuti non ricorrenti ordinariamente nella formazione del prezzo del credito, ma questo non significa che non debbano essere ricompresi nella verifica del rispetto della soglia d'usura: detti oneri non sono avulsi dal credito e proprio su di essi si appunta spesso il debordo della soglia d'usura.

Con le 'Istruzioni' del '09, la Banca d'Italia, oltre alla CMS, ha ricompreso nel calcolo del TEGM anche altre spese prima escluse: si può presumibilmente ritenere che tali spese prima applicate occasionalmente, sono divenute negli anni '00, come le CMS²⁹, ricorrenti ordinariamente nelle operazioni di credito.

La rilevazione del TEGM ha una finalità statistica sua propria, volta a cogliere un dato medio di mercato: le stesse 'Istruzioni' della Banca d'Italia parlano di '*obbligo di segnalazione per la rilevazione ai fini statistici*'. I valori del TEG segnalati dalle banche che, adeguatamente aggregati, vanno a comporre il TEGM pubblicato trimestralmente dal MEF, devono rispettare criteri e modalità di calcolo coerenti con tale finalità. La verifica del rispetto della soglia d'usura concerne una diversa finalità e un distinto processo di calcolo. La rilevazione statistica ricomprende l'operatività ordinaria, la verifica dell'usura ricomprende tutto, ordinario e patologico. I criteri di rilevazione statistica sono fissati dalla Banca d'Italia,

²⁸ "Gli interessi di mora sono esclusi dalla rilevazione del TEG in quanto riferiti a situazioni di deterioramento del rapporto e a casi di inadempimento, che normalmente determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente applicate. L'eventuale inclusione degli interessi di mora nel TEG andrebbe ad innalzare le soglie applicabili ai rapporti "normali", lasciando margini per ingiustificati incrementi nell'onerosità del finanziamento." (Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura, Banca d'Italia, 2009).

²⁹ Inizialmente l'incidenza dei costi indotti dalla CMS, limitata alla Categoria delle Aperture di credito, era modesta. Il dato censito dalla Banca d'Italia, nella rilevazione dei tassi ai fini della determinazione del TEGM rileva solo la lievitazione intervenuta nell'aliquota, non il livello di diffusione della sua applicazione: dalla Categoria delle Aperture di credito, si è estesa successivamente 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 '08. (Banca d'Italia, "Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto", 13 febbraio 2010).

quello di verifica è unico ed è fissato dalla legge.

Sul piano tecnico-scientifico si possono elaborare più metodologie ed algoritmi per conseguire una corretta rilevazione del valore medio di mercato, in funzione dello scopo che la media stessa deve assolvere nel tempo, coerentemente con l'evoluzione del mercato³⁰. Al contrario la rilevazione del costo del credito, nel chiaro ambito normativo disposto dall'art. 644 c.p., non lascia spazio a formule e criteri diversi da quelli indicati dalla norma. Vanno tenute distinte le finalità e i criteri indicati dal comma 4 dell'art. 644 c.p., dalle finalità e criteri metodologici indicati dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo medio globale.

D'altra parte il criterio stabilito dall'art. 644 c.p. non può essere soggetto alle modifiche e deroghe riportate nelle 'Istruzioni', date dalla Banca d'Italia agli intermediari finanziari per le segnalazioni statistiche dei TEG impiegati per la determinazione del tasso medio di mercato (TEGM). La Banca d'Italia, in più edizioni successive, ha rivisitato le 'Istruzioni', modificando le poste rientranti nel TEG impiegato nella determinazione del TEGM e aggiustando la formula di calcolo impiegata nella rilevazione, accompagnando in tal modo i mutamenti intervenuti nel tempo nella fisiologia del mercato³¹. Oltre all'ultimo intervento che, cogliendo lo spunto dalle indicazioni della legge n. 2/09, ha modificato sostanzialmente sia i criteri di inclusione che la metodologia di calcolo del TEG³², nelle otto versioni precedenti sono state

³⁰ La Banca d'Italia, ad esempio, nell'aggregare i dati statistici rilevati presso gli intermediari finanziari, ha ritenuto di impiegare la media aritmetica semplice. La media aritmetica ponderata poteva costituire una corretta metodologia alternativa, che avrebbe maggiormente valorizzato l'importo relativo a ciascun credito, fornendo un valore medio di mercato tendenzialmente più basso, che avrebbe portato a calmierare in termini più incidenti gli importi di credito più bassi.

³¹ 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).

³² Nelle 'Istruzioni' del '09, oltre ad estendere le spese da includere nel TEG, la Banca d'Italia ha modificato anche la formula di calcolo, annualizzando anche le commissioni, oneri e spese, rimuovendo la vistosa anomalia della precedente formula, che aveva dato la stura, negli anni '00, ad una proliferazione di oneri e spese: addebiti per € 100, se imputati trimestralmente a titolo di oneri e spese

apportate variazioni e precisazioni agli oneri da considerare nel calcolo del TEG.

La determinazione del valore medio fisiologico di mercato può ben comportare nel tempo delle modifiche nei criteri di rilevazione statistica per cogliere i mutamenti che intervengono nelle condizioni ordinariamente praticate dagli intermediari. Tali aggiustamenti non possono comportare modifica alcuna nei criteri di calcolo e di inclusione dei costi nel tasso impiegato per la verifica dell'usura: quest'ultimo, determinato dal principio disposto dall'art. 644 c.p., rimane immutato nel tempo, né tanto meno, essendo rimasto immutato il portato dell'art. 644 c.p., potrebbero rimanere altrettanto immutate le 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Non è trascurabile la circostanza che la rilevazione del TEG disposta dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia è rivolta sostanzialmente ad individuare il tasso medio praticato dal mercato, non necessariamente quello pattuito contrattualmente: *“La rilevazione svolta dalla Banca d'Italia sui tassi effettivi globali medi distingue due tipologie di crediti:*

- per i finanziamenti a utilizzo flessibile sono rilevati i TEG praticati nel trimestre per tutti i conti in essere anche se si tratta di contratti stipulati in precedenza. Le forme tecniche che ricadono in questa fattispecie sono le aperture di credito in conto corrente, gli anticipi su crediti e sconto di portafoglio commerciale, il factoring e il credito revolving.

- per i finanziamenti con un piano di ammortamento predefinito (credito personale, credito finalizzato, leasing, mutui, prestiti contro cessione del quinto e della pensione, altri finanziamenti) viene rilevato il TEG relativo ai nuovi contratti stipulati nel trimestre. Per questa tipologia di crediti la verifica sul rispetto delle soglie è compiuta solo al momento della stipula del contratto, in cui la misura degli interessi è stabilita.³³”

I due valori – tasso medio di mercato e tasso contrattualmente pattuito in contratto da sottoporre a verifica – ancora una volta, sono accostati, non coincidenti³⁴. La verifica

incidevano nella formula per € 100, se imputati a titolo di interessi incidevano per € 400.

³³ Comunicazione della Banca d'Italia 3 luglio 2013.

³⁴ Per i finanziamenti ad utilizzo flessibile può, con l'esercizio dello *ius variandi* (art. 118 TUB), al momento della comunicazione unilaterale, configurarsi una pattuizione originaria che, a pena di nullità, soggiace al rispetto delle soglie

dell'usura riguarda sostanzialmente, ancorché non esclusivamente, le condizioni pattuite contrattualmente³⁵. L'offerta, per un'apertura di credito, di un tasso debordante la soglia d'usura non rientra nella segnalazione prevista dalle 'Istruzioni', che censisce i tassi praticati, non quelli offerti; se tale offerta trovasse applicazione nelle condizioni praticate non potrebbe rientrare nella (successiva) segnalazione per la determinazione della media di mercato: il sistema informatico dovrebbe rifiutare il dato, segnalando la distonia; se invece fosse, in fase applicativa, sottoposta a cimatura, la segnalazione risulterebbe regolare, ma si configurerebbe egualmente usura, in quanto riportata in contratto.

L'apparente distonia fra quanto indicato nelle Istruzioni e quanto inequivocabilmente disposto dal 4° comma dell'art. 644 c.p. trova spiegazione nel diverso ruolo svolto dalla rilevazione statistica del tasso effettivo globale medio e dalla verifica del rispetto della soglia d'usura.

Si possono condividere o non condividere la formula e i criteri che, nella funzione rimessale dalla legge 108/96, attraverso il MEF, sono stati impiegati dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo medio globale di mercato (TEGM), ma non si possono confondere con questi i perentori, inequivocabili e assai più semplici termini di determinazione del tasso effettivo globale stabiliti dall'art. 644 c.p..

La Banca d'Italia, nella discrezionalità tecnica che le deriva, attraverso il MEF, dalla legge 108/96, deve impiegare il modello di rilevazione statistica che meglio accosti la rilevazione del tasso medio di mercato al tasso previsto dall'art. 644 c.p. I criteri di rilevazione dovrebbero essere informati a

d'usura. Ma l'esercizio dello *ius variandi*, anche se frequente, non è sistematico: i criteri che presiedono la rilevazione della Banca d'Italia si accostano ma non si sovrappongono ai criteri di verifica del rispetto della soglia d'usura.

³⁵ "Perciò, il Ministero del Tesoro (ed ora dell'Economia e delle Finanze), incaricato dalla legge di 'rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche' (art. 2, comma 1 l. n. 108/96), e per esso la Banca d'Italia, che si fa inviare i flussi elettronici dei dati delle banche operanti in Italia, avrebbe dovuto farsi inviare da queste ultime i tassi praticati in ogni trimestre soltanto per i rapporti di nuova accensione o per cui fosse intervenuta modifica contrattuale del tasso, perché – come già detto – non avrebbero dovuto rivestire importanza i tassi a loro tempo convenuti sui rapporti vecchi che, per definizione, non sono quelli 'praticati nel trimestre' di riferimento, ma quelli praticati in epoca antecedente." (V. Tavormina, Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato., I contratti n. 1, 2014)

principi di estrema oggettività e trasparenza per non inficiare il compito affidatole, tramite il MEF, dalla legge. Le scelte tecniche operate dalla Banca d'Italia appaiono, invece, pervase da significative carenze di oggettività, che, nell'equivoco fra rilevazione statistica e verifica, sono state rivolte a condizionare la rilevazione del TEGM ad esigenze di salvaguardia dei comportamenti degli intermediari, in una prospettiva più generale di gestione del credito. Ben si comprende che la Banca d'Italia sia protesa a rafforzare la stabilità dell'intermediario, oltre che a favorire il più ampio afflusso di credito all'impresa e al consumatore: quest'ultimo, tuttavia, potrebbe trovare limitazioni e razionamenti in situazioni e circostanze nelle quali le soglie d'usura impedissero un'adeguata copertura dei rischi assunti dall'intermediario.

Rimane concettualmente distinta l'operazione di verifica del rispetto della soglia che ciascuna banca effettua sui tassi attivi applicati alla clientela, dall'operazione di rilevazione del TEG che la banca segnala trimestralmente alla Banca d'Italia, sulla base delle 'Istruzioni' da questa impartite per la rilevazione del TEGM. La prima non può che rimanere immutata, nelle modalità e poste da considerare, rimanendo vincolata al dettato dell'art. 644 c.p., la seconda deve necessariamente seguire i dettami della Banca d'Italia; quanto previsto dall'art. 3, comma 2, dei D.M. del MEF non può certo sovrapporsi e sostituirsi all'art. 644 c.p.

I criteri di formazione dei due tassi risultano accostati, ma rimangono distinti e separati: non è stabilito dalla legge alcun criterio di omogeneità, né questa può semplicisticamente essere dedotta dalla circostanza che la legge 108/96 indica, per la rilevazione del TEGM, la stessa terminologia '*commissioni, remunerazione a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse*', utilizzata per l'accertamento del tasso usurario.

L'art. 1, comma 1, della legge 108/96 afferma: "*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.*".

L'art. 2 comma 1, afferma poi: "*Il Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi, rileva*

trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazione a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, ...”.

Il primo aggregato è riferito alla pattuizione contrattuale, il secondo aggregato è riferito all'ordinario uso di mercato. Le due distinte prospettazioni presentano notevoli ambiti di prossimità, che tuttavia non si risolvono in una piena identità. Non si può trascurare questa sostanziale differenza ed escludere, con l'ABF, ogni 'piccola discrasia' nei criteri di inclusione e di calcolo, per assicurare una 'perfetta coincidenza' con i criteri di rilevazione: questo assunto, quando non è un irriflesso pregiudizio, appare un'improponibile lettura che sottrae alla norma penale il presidio oggettivo per rimetterlo alla discrezionalità dell'Organo Amministrativo: “(...) 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 cod. pen. a rendere la fattispecie senz'altro esente da quelle perplessità di insufficiente determinatezza che, in passato, erano state adombrate al suo riguardo.”³⁶.

La formula e i criteri di inclusione forniti dalla Banca d'Italia nelle “Istruzioni” per la rilevazione del TEGM, congiuntamente alla presenza, *a latere* nei decreti ministeriali, di indicazioni per le CMS e per gli interessi di mora, hanno determinato confusione ed ambiguità, inducendo comportamenti non pienamente uniformi e coerenti con il dettato normativo.

L'equivocità e confusione è stata sostanzialmente determinata dalla circostanza che i decreti del MEF – discostandosi dalla funzione loro assegnata dalla legge – hanno accostato i due concetti di tasso sopra esposti, riportando all'art. 3, comma 2: “*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*

³⁶ Cass. Pen. 18 marzo 2003, n. 20148.

globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia.” Con ciò prefigurando, per il principio di incorporazione della norma extra-penale nel precetto, un'apprezzabile discrasia: i menzionati ‘criteri di calcolo’, estesi ai ‘criteri di inclusione’ e trasposti dal processo di rilevazione statistica al processo di verifica, appaiono, per più aspetti, in conflitto con il dettato letterale dell’art. 644 c.p..

L’art. 644 c.p. non può subire nove letture diverse a seconda dei cambiamenti disposti dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato, che per altro risultano discostarsi apprezzabilmente dai termini ‘oggettivi’ assegnati dalla legge.

Questo ha colto la Cassazione Pen. n. 46669/11, che ha inviato un primo fermo segnale di ‘difformità’ riferito alle CMS, che potrebbe non rimanere isolato, risultando perpetrarsi interventi che esulano dagli stretti compiti oggettivi assegnati dalla legge 108/96 all’Organo Amministrativo.

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 calcolo del TEG, oltre che per la segnalazione ai fini del TEGM, anche per la propria verifica di rispetto della soglia d’usura – esteso dall’algoritmo di calcolo ai costi da ricomprendere nello stesso – viola il principio della riserva di legge in materia penale, esondando dagli aspetti compiutamente definiti nell’articolata struttura della legge 108/96.

Costituisce una mirata e preordinata forzatura il passaggio logico, diffusamente sostenuto dalle parti interessate, di ritenere che, non essendo la mora compresa nella determinazione del TEGM, non debba neanche essere compresa nel calcolo del tasso per la verifica dell’usura, né si può richiamare a giustificazione un’imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto, non prevista in alcun punto dalla legge.

Il legislatore poteva, come in ordinamenti di altri paesi, riferire la soglia ad un parametro fisso, o all’Euribor o altro parametro del mercato finanziario: ha privilegiato un più stretto riferimento endogeno alle specifiche categorie di credito. Da qui far discendere che, così come la Banca d'Italia, nella discrezionalità tecnica che le compete, determina il parametro di riferimento (TEGM), nei medesimi termini vada curata altresì la verifica dell’usura, appare contraddire il principio di

tassatività e determinatezza che l'ordinamento riconduce alla norma penale, la quale, nella sua formulazione, è chiara ed inequivocabile, sia nella modalità di calcolo (TAEG), sia nei criteri di inclusione³⁷.

La norma di cui all'art. 644 c.p. è una norma parzialmente in bianco in quanto per determinare il contenuto del precetto ha bisogno di un valore, la determinazione del TEGM, non certo i criteri di calcolo e di inclusione stabiliti dalla Banca d'Italia. Rilevato il TEGM e pubblicate le soglie, appaiono inconferenti le modalità di rilevazione: la norma penale è completata.

Né tanto più si può riproporre per la mora l'analogo e specioso algoritmo di calcolo suggerito dalla Banca d'Italia per la CMS nella Circolare del 2/12/05, otto anni dopo il varo della legge, travisando sostanzialmente il portato dell'art. 644 c.p.³⁸

³⁷ La legge 108/96 fa espresso riferimento al 'tasso effettivo globale riferito ad anno' e la sua determinazione non è dissimile da quella prevista dall'art. 121 del TUB, che alla lettera m) prevede "tasso annuo effettivo globale" o "TAEG" indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito' (in quest'ultimo vengono ricomprese anche imposte e tasse, espressamente escluse dall'art. 644 c.p.).

³⁸ Da un'interrogazione del 20/12/06 (5-00529 Amendola e Fluvi), presso la VI Commissione permanente, si evince che la menzionata Circolare 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 Ministero dell'Economia e delle Finanze.

"Appare assai singolare che, dopo otto anni dalla legge, palesandosi sempre più il rischio penale della precaria interpretazione escludente le 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 Centrale.

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 – mutuando lo schema tecnico già proposto dall'ABI per la mora – 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, veniva 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.

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, nella Relazione annuale, ha

Secondo lo schema suggerito dalla Banca d'Italia per le CMS, si veniva ad introdurre surrettiziamente, per una medesima operazione, oltre ad un tasso soglia, distinto per classi di importo e per Categoria, una Commissione soglia (valore medio indicato in decreto + 50%), rilevata con una metodologia del tutto singolare e senza distinzione alcuna di Categoria (importo, durata, rischio e garanzia)³⁹.

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 richiama, 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.”* (Cfr.: *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni. R. Marcelli in assoctu.it*).

Non sono valse le 'grida' del Governatore: si è reso necessario il provvedimento legislativo n. 2/09 e quello successivo n. 214/11, per ricondurre 'a regola' comportamenti per lungo tempo difformi da fondamentali principi di trasparenza e causalità sanciti dall'ordinamento giuridico.

³⁹ *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”.* In altri termini il valore della CMS – rilevato in un unico valore per le Categorie Apertura di credito, Anticipazione e Factoring – si riferiva ad un aggregato di operazioni diverso da quello impiegato per i rispettivi interessi, in quanto dal calcolo della media dell'aliquota delle Commissioni venivano escluse le operazioni della Categoria alle quali non era applicata la CMS.

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

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.

Si è reso necessario attendere tredici anni prima che, con un intervento legislativo a chiarimento e tre successive sentenze della Suprema Corte (II Sez. Pen. n. 12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11), si pervenisse a includere la CMS nel corretto rispetto dell'art. 644 c.p.⁴⁰. Un'analogia intrusione surrettizia – connotata dalle medesime incongruenze metodologiche – si vuole ora effettuare con la rilevazione campionaria della mora.

4. La mora e il rischio di credito.

Appare opportuno approfondire le ragioni di coerenza logico-finanziaria che sottendono l'art. 644 c.p. e i principi di determinazione del tasso medio di mercato.

La remunerazione del denaro assume, di regola, valori crescenti con il rischio dell'impiego⁴¹: l'intermediario

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 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.

⁴⁰ *“Questa condotta equivoca e ingiustificata della Banca d'Italia e del Ministero del Tesoro, poi divenuto MEF, ha rappresentato per anni una palese violazione dell'art. 644 comma 4 c.p. e dell'art. 2 comma 1 della legge 108/96, leggi di rango primario, che non potevano essere derogate da atti amministrativi contenenti normativa di rango subordinato alla legge. Ha inoltre dato la stura a interpretazioni elusive del contenuto dispositivo del comma 3 dell'art. 644 c.p., oltre a giustificare in molti casi l'insussistenza del delitto di usura bancaria per mancanza dell'elemento psicologico del reato.”* (Flavio Cusani, La relazione Banca cliente, Ed. Direkta, 2011).

⁴¹ Il rischio di credito è commisurato all'eventualità che la controparte contrattuale non onori gli obblighi di natura finanziaria causando una perdita per la controparte creditrice. Questa è l'eventualità estrema riferita al caso in cui il debitore si rende insolvente. Ma una perdita di valore della posizione creditoria può derivare anche da un deterioramento delle condizioni economico-finanziarie del debitore da cui dipende la capacità di far fronte agli impegni finanziari, pur non divenendo insolvente. In questo senso è ricompresa nel rischio di credito anche una variazione inattesa del valore del credito. Esistono quindi distinte gradualità del rischio di credito che ricomprendono sia l'eventualità in cui la perdita creditizia si manifesti con l'insolvenza del debitore (default), sia il caso

interponendosi fra risparmiatore ed imprenditore si fa carico del rischio e della selezione delle imprese meritevoli di finanziamento. Risultando le risorse finanziarie limitate, queste vengono allocate privilegiando le iniziative più affidabili, suscettibili di conseguire risultati economici in grado di coprire compiutamente i fattori della produzione, ivi compresa la remunerazione del capitale impiegato.

L'interesse percepito dall'intermediario, oltre ai costi del servizio, deve remunerare adeguatamente il risparmio raccolto e coprire i rischi assunti, così che i costi dei finanziamenti con esito negativo vengono di fatto spalmati proporzionalmente sui finanziamenti aventi un esito positivo⁴². La moderazione del costo è pertanto riposta in una corretta allocazione del credito, in grado di discriminare efficientemente le iniziative economiche e massimizzare il rapporto rendimento/rischio. Si tende a privilegiare gli impieghi a minor rischio per i quali un minor interesse è sufficiente a coprire e stabilizzare i costi del servizio prestato.

Nel mercato del credito i tassi praticati dagli intermediari si distribuiscono secondo il merito di credito assegnato al

in cui la variazione del valore dell'esposizione derivi dal deterioramento del merito creditizio della controparte, rimanendo l'insolvenza un evento estremo. Il tasso di impiego, oltre ai costi del servizio comprensivi della remunerazione del capitale di vigilanza e del margine di profitto, è determinato secondo la nota formula:

$$(1+i) = (1+r) \times (1-PD) + PD \times (1+r) \times (1-LGD)$$

Dove: i = tasso medio di raccolta; r = tasso di impiego; PD = probabilità di default; LGD = perdita in caso di default.

⁴² In generale una probabilità media di inadempienza intorno al 5% era ritenuta, prima dell'attuale crisi, alta: in tale circostanza, volendo assicurare il completo recupero di capitale, interessi e margine di intermediazione, si renderebbe opportuno un premio al rischio di circa 5 – 6%. *“Ma è soprattutto nei confronti dei clienti che, per l'assenza di fonti certe di reddito o di garanzie, presentano una più alta probabilità di non essere in grado di rimborsare il credito, che il meccanismo dei tassi soglia provoca effetti perversi. Quando la probabilità media di inadempienza di un portafoglio si colloca su livelli molto alti, ad esempio, del 5 per cento (un prestito ogni 20 non viene rimborsato), si è in presenza di un mercato che può funzionare in termini economici, ma che è di fatto messo al bando dalla legge 108. Il premio per il rischio che una banca dovrebbe applicare su 20 prestiti di durata annuale e di eguali dimensioni per recuperare la perdita totale del capitale e degli interessi su uno di essi è infatti di circa 6 punti percentuali; uno scostamento di 6 punti dalla media diventa illegittimo se il tasso medio scende sotto il 12 per cento.”* (G. Carosio, Vice direttore Generale della Banca d'Italia, intervento in Commissione permanente giustizia, sul tema 'Prevenzione dell'usura e evoluzione dei mercati creditizi', 27 marzo 2007).

prenditore di fondi al momento dell'erogazione/rinnovo (finanziamenti a termine) o in via continuativa (finanziamenti a revoca). Al crescere del rischio del prenditore e/o dell'iniziativa finanziata crescerà il tasso richiesto.

La legge pone un limite alla remunerazione del denaro, sia per evitare che il costo del denaro venga a comprimere eccessivamente la remunerazione degli altri fattori produttivi, sia per favorire l'allocazione delle risorse finanziarie verso impieghi meno rischiosi e più stabili, contemperando tuttavia l'esigenza di non precludere iniziative imprenditoriali che per la loro originalità ed innovazione comportano un rischio più alto del capitale impiegato nell'iniziativa stessa.

In un libero mercato del credito limitazioni amministrative ai tassi del credito risulterebbero inefficienti e controproducenti sul piano del razionamento del credito⁴³: le soglie d'usura risulterebbero ridondanti in quanto gli effetti virtuosi della concorrenza esplicherebbero autonomamente l'azione di calmierare il costo del credito, allineando efficientemente i tassi praticati ai costi e ai rischi stimati in una corretta classificazione del merito di credito, sospingendo ai margini gli intermediari meno efficienti.

In presenza di vischiosità di mercato, forme di cartello e situazioni di oligopolio, che ostacolano la concorrenza, i tassi praticati dagli intermediari tendono a cogliere rendite di posizione, elevandosi oltre la copertura del rischio, sino ad erodere significativamente l'utilità marginale del prenditore di fondi.

In assenza di una libera concorrenza, l'allocazione efficiente del credito viene significativamente compromessa. In tali circostanze la presenza di soglie d'usura limita l'aggressività opportunistica dell'intermediario che frequentemente è posto, nei confronti del prenditore dei fondi, in una posizione di dominanza. La soglia d'usura costituisce un valido presidio a tutela del consumatore e della miriade di micro-imprese per le quali il credito bancario costituisce l'unica alternativa di finanziamento.

Per talune categorie di credito, meno esposte alla

⁴³ Alternativamente e/o congiuntamente potrebbe risultare alterata la distribuzione dei tassi in funzione dell'affidabilità della clientela; i maggiori premi delle iniziative a più alto rischio, impediti dal vincolo della soglia, verrebbero ridistribuiti sui tassi delle rimanenti iniziative della classe.

concorrenza, il tasso soglia rilevato trimestralmente – nella modalità endogena stabilita dalla legge 108/96 – può tuttavia assumere una funzione di riferimento per la fissazione dei tassi nel trimestre successivo, così da determinare una lievitazione del tasso soglia indotta unicamente dalla politica di accostamento dei tassi praticati a quella soglia (*échelle de perroquet*)⁴⁴.

L'esperienza francese di rimozione parziale delle soglie non può essere *sic et simpliciter* trasposta in Italia: i margini di concorrenza presentano, in buona parte del mercato del credito nazionale, apprezzabili carenze. L'esperienza italiana mostra che, in assenza di un'efficiente concorrenza, la trasparenza e l'informazione rimangono armi spuntate: senza un rigido presidio normativo, si va incontro a fenomeni di abuso di posizione privilegiata e/o dominante.

Per evitare un eccessivo effetto di razionamento del credito – derivante da una soglia che non consentirebbe una piena copertura delle iniziative più rischiose – a differenza della normativa francese, quella italiana ha previsto i limiti d'usura su un più ampio numero di categorie, prevedendo altresì uno *spread* più alto, al 50% del valore medio, innalzato ulteriormente nel maggio 2011 al 25% più quattro punti⁴⁵.

Ponendo un limite alla remunerazione del denaro si vengono

⁴⁴ Per contro, il sistema di parametrizzazione delle soglie ai valori di mercato ha in sé elementi di auto-equilibrio: un accumulo di operazioni accostate al limite di soglia – indicatore, in talune circostanze, di prossimità del razionamento del credito – più facilmente favorisce l'innalzamento della soglia stessa. L'effetto tuttavia risulta più modesto per tassi bassi e si attenua ulteriormente se la Categoria è meno omogenea e le differenze territoriali e settoriali disperdono i tassi all'interno della Categoria stessa.

⁴⁵ Un tasso soglia unico per l'intero universo avrebbe richiesto uno *spread* sul tasso medio ben superiore, per non escludere forme diffuse di credito, inducendo un limite assai lasco per talune forme di credito e assai rigido per altre. La previsione di categorie (e classi di importo) omogenee, n. 25 al momento, ciascuna con un proprio tasso medio di riferimento, nel ridurre apprezzabilmente la dispersione intorno alla media, consente di comprendere entro lo *spread* disposto dalla legge 108/96 la fisiologica generalità delle operazioni della Categoria.

Nel corso del 2010, prima dell'intervento modificativo operato dal legislatore con il D.L. n. 70/11, i Tassi Effettivi Globali Medi si distribuivano dal 2,68% per la Categoria dei mutui a tasso variabile, al 17,39% per le categorie del credito revolving, con un rapporto superiore a 1:6. Con l'allargamento dello *spread*, introdotto dal D.L. n. 70/11, i tassi più bassi sono lievitati sino ad oltre il doppio e il rapporto è sceso a 1:3.

implicitamente ad escludere quelle iniziative il cui rischio, vuoi per la natura dell'impresa, vuoi per la precarietà dei fattori produttivi che intervengono, risulta eccessivo. L'intermediario potrà allocare le risorse raccolte selezionando le iniziative che gli consentono, entro il limite di remunerazione fissato dalla legge, di coprire adeguatamente costi, rischi e servizio prestato: lo *spread* sul tasso medio di mercato fissato dalle legge 108/96 rappresenta l'arco di maggior rischio assumibile rispetto ad un ordinario impiego della medesima Categoria di credito.

La distribuzione dei tassi fra i vari prenditori assumerà forme diverse, in funzione della tipologia di credito, dell'eventuale presenza di garanzie, della fase ciclica del mercato, ecc. In un dato momento, per una determinata Categoria di credito, i prenditori di fondi si distribuiranno (numericamente) fra un valore minimo del tasso, collocato poco sopra l'Euribor/Eurirs (prossimo al costo della raccolta) ed un valore massimo del tasso, pari alla soglia d'usura. Il valore medio del tasso praticato suddivide i prenditori di fondi in due parti: una prima metà, alla quale viene concesso credito ad un tasso inferiore alla media ed una seconda metà alla quale viene concesso credito a tassi via via crescenti sopra il tasso medio sino al tasso soglia.

Al valore medio del tasso corrisponde un merito di credito ordinario, il baricentro al quale fa riferimento la legge 108/96. Ciascuna classe di merito di credito dei prenditori di fondi viene dall'intermediario, per una medesima operazione, caricata di un tasso diverso, più alto o più basso del valore medio, in funzione del valore atteso degli insoluti della classe. Per i tassi superiori alla media, l'intermediario ha valutato una criticità del credito superiore, per la quale è necessario che il prenditore di fondi corrisponda una maggiorazione di interesse idonea a colmare le più frequenti ricorrenze di insolvenze che statisticamente presenta la classe di merito in cui è posto.

L'intermediario, all'atto dell'erogazione del credito, valuta il rischio che va ad assumere e questo rischio deve trovare completa copertura entro il margine di variazione, dal tasso di raccolta maggiorato dei costi, alla soglia prevista per la specifica Categoria di credito. I crediti con rischi implicanti un tasso superiore alla soglia risultano rigettati.

Se poi il finanziamento concesso, successivamente all'erogazione, viene a deteriorarsi sino all'insolvenza,

l'intermediario risulterà coperto dalla maggiorazione – applicata all'intero aggregato di creditori posti nella medesima classe – stimata congruente statisticamente con il rischio di insolvenza assegnato al prenditore di fondi.

La legge 108/96, nel prevedere distinte soglie d'usura per categorie omogenee di credito, ha voluto prendere in considerazione il rischio oggettivamente presente in ciascuna tipologia di credito: nel mutuo ipotecario, ad esempio, il rischio si presenta assai inferiore alle aperture di credito e parallelamente la soglia d'usura risulta apprezzabilmente più bassa. Lo *spread* (25% + 4 punti) dal tasso ordinario è rivolto a coprire il maggior rischio che il cliente e/o l'iniziativa presenta rispetto al rischio di un'ordinaria operazione di credito della Categoria di riferimento. Risultano conseguentemente finanziabili le iniziative il cui rischio risulta coperto entro il limite del tasso soglia. Se, all'interno di ciascuna Categoria di credito si distinguesse la clientela e/o le iniziative nelle classi di rating A, B, C, prevedendo una specifica soglia d'usura per ciascuna classe, si aggirerebbe la norma alzando l'asticella dell'usura al crescere del rischio all'interno di una medesima categoria di credito.

La distinzione di soglia può essere riferita alla natura oggettiva del rischio insito nella tipologia di credito, mai al rischio associato al cliente e/o all'iniziativa finanziata che, invece, deve essere compreso entro lo *spread* previsto dalla norma. E' questo il fondamentale discrimine implicito nella '*classificazione delle operazioni per categorie omogenee*', disposto dalla legge 108/96.

La mora interviene in un momento successivo all'erogazione: a parte temporanei e modesti ritardi nei pagamenti, la mora è un significativo indicatore di deterioramento del credito. Porre la mora in una diversa Categoria, con limite di soglia più alto, equivale ad addossare, una seconda volta, sul prenditore di fondi le conseguenze di quel rischio che l'intermediario ha già valutato e speso originariamente nel tasso corrispettivo richiesto.

Separando dal credito ordinario il credito in mora e prevedendo per quest'ultimo un più alto tasso soglia si opera una distinzione che la legge non consente. Nel credito in mora non si configura una diversa Categoria di credito ma un credito che – salvo i casi di momentanee ed impreviste carenze di

liquidità – si presenta deteriorato, in un momento successivo all'erogazione. Non si ravvisa alcuna natura oggettiva della tipologia di credito diversa dallo scadimento del merito di credito. L'obbligazione originatasi con il mutuo o con il finanziamento in conto è unica e alla stessa vanno congiuntamente riferiti i costi corrispettivi e moratori senza discriminazione alcuna fra la fase fisiologica e quella patologica. Alla mora non corrisponde alcuna erogazione, ma esclusivamente un cambiamento nel piano di rimborso, con un tasso diverso: si conviene, in altri termini, che il credito erogato possa seguire, entro i limiti e le modalità contrattualmente stabiliti, un piano di ammortamento più ampio nel tempo nel quale, per una parte o tutto il capitale erogato, ai tassi corrispettivi seguono i tassi di mora.

La morosità alla scadenza non determina un nuovo credito, ma più semplicemente una modifica del piano di rientro, a condizioni modificate. Non è concepibile una soglia della mora distinta da quella del tasso corrispettivo: il credito è unico e, in caso di inadempimento, al tasso corrispettivo sul capitale ancora in scadenza si accompagna il tasso di mora sulle rate scadute il cui pagamento risulta differito nel tempo. Sotto questo aspetto, la penale insita nella maggiorazione del tasso di mora rispetto al tasso corrispettivo non è dissimile dalle spese di incasso e legali che vengono incluse nella verifica dell'usura.

Per il limite d'usura la norma fa esplicito riferimento al tasso effettivo annuo (TAEG), riferito al credito erogato, riconoscendo implicitamente il computo di interessi su interessi nei finanziamenti al di sopra del breve termine, prassi ordinariamente impiegata sul mercato finanziario. E' riconosciuto il computo, non il pagamento di interessi su interessi: nei mutui viene di regola indicato sia il tasso effettivo (TAEG), ricomprensivo di capitalizzazione, oneri e spese, sia il corrispondente tasso semplice (TAN), pagato alle singole scadenze, congiuntamente agli oneri e spese, ma è il tasso effettivo che deve essere comparato alla soglia d'usura.

La legge non consente la previsione contrattuale di un tasso effettivo debordante la soglia, neanche in via eventuale; tutte le ipotesi contrattualmente previste devono soggiacere ai limiti di legge: diversamente si creerebbero agevoli canali di elusione.

Non ha alcun senso il semplice confronto della mora con la

soglia d'usura. Il tasso di mora costituisce un tasso semplice, riferito alla rata e/o al capitale scaduto, mentre quello che, al momento pattizio, occorre riferire alla soglia è il tasso effettivo annuo del credito erogato, sia nello scenario di pieno rispetto del piano di ammortamento convenuto, sia in ogni possibile scenario alternativo nel quale – a seguito dell'inadempimento ad una o più scadenze, con l'applicazione del maggiore interesse di mora e il mutamento nel piano di rimborso – si modifica conseguentemente il tasso effettivo annuo del credito erogato⁴⁶.

Nella circostanza indicata, il tasso effettivo annuo risultante dai ritardati pagamenti sarà la combinazione ponderata dei tassi corrispettivi e tassi di mora convenuti. Si può mostrare che la mora, che si cumula nel tempo in capitalizzazione semplice, entro margini dipendenti dal tasso corrispettivo, della durata del finanziamento e dalla modalità di ammortamento, può ben estendersi moderatamente oltre il tasso soglia senza pregiudicare il fermo presidio della soglia d'usura, posto al rendimento effettivo del credito concesso, comprensivo sia degli interessi corrispettivi sia degli eventuali interessi moratori nei quali può incorrere il mutuatario nel piano di rimborso del finanziamento ricevuto⁴⁷.

Nel contratto si prevede un tasso diverso e alternativo per differenti ipotesi, fissando una misura dell'interesse più elevata ove il rapporto entri in una condizione di patologia, cioè il mutuatario, non risultando in condizioni di rispettare i termini contrattuali, apporti implicitamente una modifica al piano di ammortamento, alla quale corrisponde un innalzamento del rendimento effettivo riconosciuto al mutuante sul credito originariamente erogato.

Risulta incongruente prevedere, per il credito originariamente erogato, prima l'ordinaria soglia della Categoria di appartenenza del credito e successivamente una

⁴⁶ Considerato che nel tasso effettivo si vengono sostanzialmente a fondere sia il tasso corrispettivo che quello moratorio, non vi è dubbio alcuno che, più che l'Ordinanza del Tribunale di Milano (L. Cosentini, 28/1/14, in Ex Parte Creditoris) che limita la nullità conseguente all'usura alla clausola moratoria, appare corretta la pronuncia della Corte d'Appello di Venezia (Sez. III Civ., Presid. G. Silvestre, 18/2/'13, n. 342) che fa discendere dall'usurarietà degli interessi la nullità e, *tout court*, la non debenza di alcun interesse, sia esso corrispettivo che moratorio.

⁴⁷ Cfr. R. Marcelli, 'La mora e l'usura: criteri di calcolo', 2014, in www.assoctu.it.

soglia più elevata al verificarsi della patologia, anziché ricomprendere quest'ultima nello *spread* connesso al valore medio relativo alla Categoria di riferimento: si pretenderebbe misurare un tasso medio della patologia sul quale stabilire un limite d'usura più elevato in un momento successivo all'erogazione. In presenza di morosità alla scadenza, di riflesso al maggior rischio emerso nel mancato pagamento verrebbe alzata l'asticella di riferimento e il tasso risulterebbe significativamente innalzato proprio quando il prenditore, in difficoltà economico-finanziarie, non dispone di liquidità né di finanziamenti alternativi.

Lo *spread* dal tasso medio di mercato rilevato dalla Banca d'Italia, nello spirito della legge, è volto a coprire ogni componente di patologia del rapporto creditizio. L'intermediario bancario, con il tasso medio copre i costi di raccolta, struttura, organizzazione e il rischio ordinario del credito, oltre al margine di profitto; con il differenziale fra il valore medio del tasso fisiologico e il margine superiore della soglia d'usura può compiutamente ammortizzare i rischi eccedenti l'ordinario, le relative sofferenze, con i nocumenti che da queste statisticamente derivano, stimati all'atto dell'erogazione.

Il legislatore, nel ricomprendere entro la soglia d'usura gli interessi, commissioni e spese inerenti al credito, a qualunque titolo percepiti, non ha necessariamente disconosciuto la diversa funzione degli interessi di mora e degli interessi corrispettivi, né ha inteso precludere una penale nel caso di mancato pagamento. Ha voluto invece porre, all'atto dell'erogazione, un limite superiore perentorio, entro il quale ricomprendere tutti i costi del credito, relativi ad ogni criticità e/o patologia presente e eventuale. In questo si qualifica il presidio all'usura.

Se il tasso praticato dall'intermediario si colloca nell'intorno del valore medio di mercato, vi sono ampi margini per una maggiorazione della mora⁴⁸. Se, invece, il tasso praticato si colloca a ridosso della soglia d'usura, già sconta il rischio di insoluto alla scadenza; l'intermediario non incontra ulteriori costi oltre quelli il cui rischio è già statisticamente coperto dal

⁴⁸ E' sempre più frequente nei contratti di finanziamento la previsione di un tasso mora pari alla soglia d'usura, che si pone a ben quattro punti più il 25% sopra il tasso medio di mercato.

tasso corrispettivo più elevato. Nulla impedisce all'intermediario di limitare le iniziative finanziate entro un tasso corrispettivo che consenta altresì un'adeguata mora a presidio di comportamenti opportunistici di inadempimento alla scadenza.

La soglia d'usura, – ancor più nel valore ampliato dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11 – si colloca su un limite apprezzabilmente discosto dal valore medio, che rappresenta appunto l'interesse usualmente richiesto dal mercato. Ricomprendendo la penale della mora nel limite di soglia, si rimette all'intermediario la gestione completa dello *spread* da aggiungere al valore medio rilevato, così che possa nella sua discrezionalità stabilire – con riferimento al margine necessario a coprire il maggior rischio di credito – quanto ricomprendere nel tasso corrispettivo e quanto porre a deterrente di facili comportamenti di inadempimento. Se sceglie di applicare un tasso corrispettivo a ridosso della soglia, già sconta la maggiore eventualità che alla scadenza il pagamento non venga onorato: il danno eventuale è già compreso statisticamente nel maggior tasso corrispettivo richiesto.

D'altra parte l'evento di morosità, quando non è imputabile ad occasionalità a priori imprevedibili, è riconducibile ad una valutazione fallace dei flussi di cassa da parte del cliente ma deriva altresì da una concessione di credito basata su una fallace istruttoria dell'intermediario, che ha stimato attendibile e capiente il *business plan* del cliente.

Se l'intermediario ha correttamente esperito la valutazione del merito di credito, il connesso rischio di insolvenza e il corrispondente tasso di copertura, la percentuale di inadempimenti a cui va incontro non apporta un danno ulteriore oltre quello previsto nel tasso corrispettivo. La mora ha una funzione di deterrenza e il beneficio economico che ne deriva all'intermediario – eventuale solo nel singolo caso, ma statisticamente stimabile nella globalità della clientela – integra la copertura del rischio precedentemente stabilito, facendo lievitare più rapidamente il costo del credito nel caso in cui l'insolvenza si protragga⁴⁹. Salvo le occasionali e momentanee

⁴⁹ Poiché la condizione contrattuale di mora è un onere, seppur eventuale, posto a carico del cliente, una sua valorizzazione potrebbe essere ricompresa nella rilevazione del TEGM (cfr. nota n. 23).

carenze di liquidità, la mora interviene più incisivamente in uno stato di patologia che, se protratto a lungo, pregiudica la stessa possibilità di recupero dell'equilibrio economico-finanziario. Prevedendo un'apposita Categoria per il credito in mora, con una soglia più alta, si tradisce lo spirito della norma alzando l'asticella del confronto e realizzando lo stesso effetto di un allargamento dello *spread*.

Per altro, si favorirebbe un meccanismo di lievitazione del tasso oltre l'ordinaria soglia proprio quando, in presenza di uno stato di difficoltà finanziaria, la dominanza dell'intermediario diviene massima, non avendo l'operatore economico altra scelta che subire la condizione sospensiva prevista nel contratto di adesione sottoscritto inizialmente.

Creando una Categoria surrettizia per la mora, risulterebbe agevolmente favorita, ancor più di quanto sperimentato con le CMS⁵⁰, una serie di successivi rialzi del relativo tasso medio e di riflesso del tasso soglia (*échelle de perroquet*).

L'aggregato dei costi da inserire nella verifica dell'usura deve esaustivamente ricomprendere ogni onere sopportato per l'erogazione del credito, fisiologico e patologico, salvo le imposte e tasse. Va da sé che un rigido criterio di equiparazione, nella formula e nel contenuto, alla metodologia impiegata dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei valori medi di mercato conduce inevitabilmente a travisare i dettami e le finalità perseguite dalla legge n. 108/96⁵¹.

⁵⁰ La CMS rilevata dalla Banca d'Italia, in presenza di tassi flettenti, è lievitata da un minimo di 0,615 del '98 ad un massimo di 1,26 nel '05.

⁵¹ *“Ovviamente, rilevato che l'individuazione di ciò che deve essere incluso nella determinazione del tasso soglia discende direttamente dalla legge (art. 644 c.p.), non può che rilevarsi l'irrilevanza – ai fini della decisione in merito al superamento del tasso soglia – del cambiamento delle istruzioni della Banca d'Italia, le quali – in effetti – devono essere considerate meramente esplicative del dettato normativo (che nel corso degli ultimi 3-4 anni non è minimamente cambiato), di tal che alle stesse non è certamente consentito di apporvi deroghe, ed analoghe considerazioni devono svolgersi con riferimento alle norme transitorie emanate.*

A voler intendere diversamente (e quindi a volere attribuire alla Banca d'Italia il potere discrezionale di decidere quale onere debba essere conteggiato e quale meno), infatti, si dovrebbe concludere che la Banca d'Italia svolge non un ruolo meramente tecnico nell'ausilio al Ministero del Tesoro nell'individuazione del tasso soglia come delineato dal legislatore, ma un ruolo in senso lato politico e prelegislativo, con annesso potere di determinare addirittura quando (con il mutamento delle istruzioni e con la disciplina transitoria introdotta) la stessa condotta possa essere considerata illecita, il che – anche in considerazione – del

Le posizioni espresse dalla Banca d'Italia e dall'ABF in merito ad una imprescindibile omogeneità e simmetria fra i criteri di rilevazione e di verifica dell'usura palesano una rigida stereotipia⁵². Con la prospettata omogeneità dei diversi principi di calcolo e di inclusione, si verrebbe illegittimamente a traslare la tassatività dell'art. 644 c.p. nella tassatività delle 'Istruzioni' impiegate dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato. *La norma non riserva affatto "compiti 'creativi' alla pubblica amministrazione, affidando a questa*

principio di legalità e di riserva di legge che informano la materia penalistica, non è ammissibile.

Infatti, a tal riguardo era stato precedentemente detto che 'in materia di usura, l'eccezione di incostituzionalità sollevata in relazione al combinato disposto dell'art. 644, comma 3, c.p. e dell'art. 2 della L. 7 marzo 1996, n. 108 per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che le predette norme, nel rimettere ad organi amministrativi la determinazione del 'tasso soglia', oltre il quale si configura uno degli elementi soggettivi del delitto di usura, violerebbe il principio della riserva di legge in materia penale, è manifestamente infondata (La Corte ha affermato che il principio della riserva di legge non viene violata dato che la citata legge indica in modo analitico il procedimento da seguire per determinare i tassi soglia, affidando al Ministero del Tesoro solo il limitato compito di 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari, secondo rigorosi criteri tecnici)' (Cass. Pen. Sez. II, 18/3/03, n. 20148).

Ne consegue, pertanto, che, almeno al fine dell'individuazione dell'elemento oggettivo del reato d'usura, le Istruzioni della Banca d'Italia non assumono carattere vincolante per il giudice, il quale conserva sempre il potere di sindacare la correttezza e la conformità delle predette istruzioni al dettato legislativo, istruzioni che del resto assolvono fondamentalmente alla più limitata funzione di fornire dei dati statistici al Ministero del Tesoro sulla base di comunicazioni omogenee ricevute dagli operatori creditizi, e nulla più." (Tribunale Ordinario di Alba, Sez. I, Giudice Martinat, 15/12/10 n. 660). Ciò che discende dalla legge (art. 644 c.p.) è ciò che deve essere incluso nel tasso di interesse (per la verifica del rispetto), non ciò che deve essere incluso nel tasso soglia: il riferimento riportato in sentenza è presumibilmente dovuto ad un rifiuto.

⁵² *"Le decisioni dell'Arbitro hanno difeso l'orientamento assunto dalla Vigilanza in materia. Qualche volta anche a 'oltranza', se così si può dire. E' il caso del Collegio Napoli, n. 1364/2010 (massimata in n. 1.10.20), la quale ha tenuto ad affermare, da un lato, che le imprese non possono non conformarsi alle indicazioni della Vigilanza; dall'altro, che occorre seguire le indicazioni della medesima perché, altrimenti, si finisce con il comparare dati non omogenei. Entrambi i rilievi si manifestano alquanto avventurosi. In effetti, la Banca d'Italia non potrebbe vietare alle banche di tenere comportamenti più prudenti delle sue indicazioni, né risulta, del resto, che lo abbia fatto. Quanto al confronto tra dati non omogenei, la petizione di principio del ragionamento della decisione si mostra evidente: in effetti, la decisione proprio non spiega la ragione per cui il dato 'zoppo' dovrebbe essere quello della legge e non già quello della Banca d'Italia." (A.A. Dolmetta, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole. Ed Zanichelli, 2013).*

*marginì di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinario*⁵³; non lascia margini, né nei criteri di calcolo che non abbisognano di alcuna definizione in quanto di comune impiego in materia finanziaria, né nei criteri di inclusione per i quali il principio stabilito dall'art. 644 c.p. rimane chiaro ed ineludibile.

Per altro – come rileva De Poli⁵⁴ – il TEGM indicato dal MEF, una volta che sia fatto oggetto di pubblicazione nella G.U., costituisce pienamente ed esclusivamente il necessario ed unico *tertium comparationis* per il giudice, posto che, ai sensi della l. 108/96, art. 2 comma 4, “il limite previsto dal comma 3 dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella G.U. ai sensi del comma 1 relativamente alle categorie di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà” (ora aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali). Di riflesso ‘il giudice deve considerare quale misura di riferimento al fine di valutare l'usurarietà dell'agire bancario solo il TEGM, non essendo autorizzato ad effettuare altri confronti’.

I calcoli e i criteri di determinazione del TEGM rimangono fuori dalla pubblicazione delle soglie: il valore del TEGM, una volta pubblicato nel decreto ministeriale, acquisisce una sua autonomia, realizzando il completamento della norma penale.

Tale aspetto viene ripreso e sviluppato in una recente sentenza della Corte d'Appello di Torino: “Per chiarezza, va innanzitutto evidenziato che le Istruzioni della Banca d'Italia, di cui si discute nella presente causa, non sono dettate al fine di indicare in generale come debba essere conteggiato il TEG, ossia il tasso effettivo globale applicato dalla banca sulla singola operazione con il cliente, ma sono rivolte alle banche e agli operatori finanziari per rilevare il TEGM, ossia il tasso effettivo globale medio applicato per operazioni omogenee in un determinato periodo, sulla base del quale il competente Ministero dell'Economia e delle Finanze emana trimestralmente un decreto nel quale indica appunto il TEGM e il conseguente tasso soglia ai fini dell'usura.”. La Corte –

⁵³ Cass. Pen. Sez. II, n. 20148/03.

⁵⁴ Costo del denaro, commissioni di massimo scoperto ed usura, in Nuova giur. Civ. comm., 2008, UU, 53.

che nella circostanza era stata chiamata a valutare l'inclusione della polizza assicurativa nel calcolo del TEG⁵⁵, ritenuta non corretta in quanto elemento di disomogeneità con la determinazione del TEGM – ha osservato: *“va rilevato che la usurarietà o meno di un TEG, da effettuarsi mediante il procedimento di comparazione con il tasso soglia di cui al D.M. relativo al periodo interessato, è strettamente ancorata ad un parametro di natura oggettiva, costituito appunto da quanto pubblicato con D.M. sulla Gazzetta Ufficiale; in altre parole la norma integratrice della fattispecie penale di cui all'art. 644 c.p., con riflessi anche civilistici, è costituita dall'art. 2 della L. 108/96 e quest'ultima fa esclusivo riferimento al dato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale per il periodo di riferimento a cura del Ministero. (...) il procedimento per pervenire alla fissazione del tasso soglia trimestrale con D.M. del Tesoro, non prevede l'automatica assunzione dei dati rilevati dalla Banca d'Italia, la quale ha funzione semplicemente consultiva al pari dell'U.I.C., ed inoltre stabilisce anche un correttivo, riferito al tasso ufficiale di sconto, per pervenire alla indicazione del tasso soglia. Non può dunque effettuarsi una automatica equiparazione fra le risultanze delle rilevazioni della Banca d'Italia e il TEGM, sia dal punto di vista formale, atteso che quest'ultimo è stabilito con D.M. del Tesoro solo 'sentita la Banca d'Italia', sia dal punto di vista sostanziale perché la norma prevede comunque ipotesi di correttivi da apportarsi dal ministero competente.*

⁵⁵ Anche per le spese relative a forme di assicurazione che accompagnano l'erogazione del credito, serie perplessità insorgono nel criterio di inclusione indicato dalla Banca d'Italia. Nelle Nota Metodologica di accompagnamento al D. M. 24/12/09 e nelle FAQ si indica un criterio di calcolo che appare finanziariamente scorretto. In particolare nella FAQ del novembre '10 alla domanda: *“Per i contratti di leasing, in considerazione della difficoltà di stima degli oneri assicurativi per furto ed incendio relativi all'intera durata del contratto, è stato stabilito che il calcolo del TEG debba tenere conto unicamente del premio assicurativo noto relativo al primo anno (cfr. Nota Metodologica allegata al DM del 24/12/09). Tale disposizione è applicabile anche a finanziamenti diversi dal leasing che prevedano il pagamento di premi assicurativi con cadenza periodica?”* si è fornita la risposta: *“Sì, anche per le altre categorie di finanziamento va incluso nel TEG il premio assicurativo per furto e incendio relativo unicamente al primo anno (ad esempio in caso di polizza su auto acquistata tramite credito finalizzato o di polizza incendio per un immobile acquistato tramite mutuo).”* Se l'impegno alla copertura assicurativa è esteso all'intero periodo del contratto di finanziamento, la difficoltà di stima dei futuri premi annuali di assicurazione non sembra una ragionevole motivazione per escluderli.

Non può quindi ritenersi corretto il rilievo dell'appellante circa il fatto che la comparazione, ai fini dell'accertamento del superamento del tasso soglia, debba essere effettuata fra il TEG e il TEGM rilevato dalla Banca d'Italia; la comparazione va invece condotta fra il TEG e il tasso soglia fissato per il periodo indicato con D.M. pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, alla cui determinazione certo concorrono le rilevazioni della Banca d'Italia ma che non costituiscono esse stesse il 'secondo termine di paragone', con conseguente irrilevanza del loro eventuale illegittimo procedimento di formazione." La sentenza conclude: "In ogni caso l'integrazione dell'art. 644 c.p. – norma penale in bianco – non viene effettuata certamente, ai sensi della L. 108/1996, dalle Istruzioni della Banca d'Italia via via emanate nel tempo ma, per il tramite dell'art. 2 della citata legge, dalla rilevazione pubblicata trimestralmente sulla Gazzetta Ufficiale con D.M. del Ministero del Tesoro.⁵⁶".

Risulta pretestuoso sollevare un principio di non contraddizione per pretendere la perfetta omogeneità dei criteri di verifica con i criteri di rilevazione del TEGM. Le voci di costo non incluse nella rilevazione rimangono 'spesate' entro il margine consentito dalla legge (25% + 4 punti). In tal senso, entro tale margine vanno ricomprese le CMS sino al provvedimento legislativo che ne ha obbligato l'inclusione tra i costi oggetto della rilevazione della Banca d'Italia: in termini analoghi vanno intesi gli altri costi – in primis le spese di assicurazione – prima escluse e poi incluse nelle ultime 'Istruzioni' del '09.

Certamente motivi di equità e contiguità concettuale suggeriscono un accostamento del TEG impiegato per la rilevazione statistica del tasso medio di sistema (TEGM) al tasso impiegato per l'applicazione dell'art. 644 c.p., non certamente il viceversa. Non è previsto alcun criterio di omogeneità, che risulterebbe impraticabile oltre che illogico, non potendosi condizionare le finalità dell'art. 644 c.p. alle finalità di rilevazione del TEGM.

Né la rilevazione campionaria del '01 sugli interessi di mora può essere intesa come un'integrazione per ricondurre i criteri

⁵⁶ Corte d'Appello Torino, 20/12/2013, Rel.: F. La Marca, Pres.: L. Grimaldi; Cfr. anche Trib. Pordenone, P. Toffolo, 7 marzo 2012, in il caso.it; Trib. Ferrara, Sanguuolo, 6/8/12 n. 1040; Trib. Taranto, G. Coccioli, 25/10/12 e da ultimo Trib. Padova 14/3/14 E. Bellavitis, in Dirittobancario.it.

tecnici di verifica a quelli di rilevazione statistica, trascurando che i primi, quelli di verifica, ubbidiscono ai principi fissati dall'art. 644 c.p. e spetta eventualmente ai secondi omogenizzarsi ai primi: il viceversa configurerebbe un ulteriore aspetto di gestione dell'usura che la riserva di legge non consente⁵⁷.

Occorre tenere separati i due criteri, funzionali a obiettivi accostati ma non sovrapponibili, senza pretese di assoluta omogeneità che non trovano ragione nella natura delle diverse finalità perseguite; l'intermediario può darsi criteri funzionali e coerenti con l'art. 644 c.p. nel rispetto delle soglie vigenti, rimanendo al tempo stesso ligio alle 'Istruzioni' della Banca d'Italia nella segnalazione dei tassi per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM). E' una falsa immagine il letto di Procuste che gli intermediari avanzano nel prospettare l'obbligo di soggiacere alle disposizioni impartite dall'Organo di Vigilanza. Non si tratta di discostarsi dalle direttive dell'Organo di Vigilanza, alle quali fa riferimento l'art. 3, comma 2 dei Decreti ministeriali di pubblicazione delle soglie d'usura. Nulla impedisce all'intermediario finanziario di adottare una politica dei prezzi del credito coerente con i limiti impliciti nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia che al tempo

⁵⁷ "... Non sembra lecito desumere che debba essere esteso agli interessi moratori, per i quali è stata effettuata solo un'indagine 'statistica', lo stesso criterio stabilito per i corrispettivi dalla legge, che ha espressamente previsto di aumentare della metà i tassi medi risultanti dall'ultima rilevazione pubblicata nella gazzetta ufficiale. L'applicazione analogica, al di fuori di un'espressa statuizione di legge, farebbe sì che l'individuazione del limite oltre il quale dovrebbe essere ritenuto sempre sussistere il reato, sarebbe rimessa a una semplice rilevazione, condotta per finalità dichiaratamente diverse e certo inidonee a riempire di contenuto la fattispecie delittuosa dell'usura riguardo agli interessi di mora. Infatti, le rilevazioni debbono avvenire con cadenza trimestrale per la conseguente pubblicazione nella gazzetta ufficiale, affinché ai contratti che saranno stipulati nel trimestre successivo siano applicati tassi d'interesse nel rispetto dei limiti vigenti. Tutto ciò non avviene per la rilevazione 'una tantum' effettuata per i moratori, che, dunque, non sono oggetto di adeguamento nel tempo. Inoltre, si ricorda che differente è il campione delle operazioni prese in esame: la base di calcolo dei dati da segnalare è costituita, infatti, da tutti i rapporti 'intrattenuti', riguardo alle aperture di credito in conto corrente, ai finanziamenti per anticipi su crediti, documenti e sconto di portafoglio commerciale, al credito revolving e al factoring; invece, per le altre operazioni – segnatamente per i mutui – si tiene conto solo dei nuovi rapporti 'accesi' nel trimestre di riferimento." (Alessandro Cervini, Profili civilistici dell'usura e interessi di moratori. in 'I contratti bancari', a cura di Cesare Maria Bianca, Dike, 2013)

stesso rispetti il più stringente dettato dell'art. 644 c.p..

Non vi è chi non possa notare, nel chiarimento della Banca d'Italia in materia di tassi di mora, un'apprezzabile discrasia fra quanto riportato nello stesso e quanto stabilito dalla norma di legge e dalle pronunce in materia espresse dalla Cassazione⁵⁸.

Come già accennato anche l'ABF ha disconosciuto la validità dei criteri prospettati dalla Banca d'Italia⁵⁹. La

⁵⁸ “La sussistenza di una disparità di vedute tra la Cassazione e le Autorità di vigilanza non è certo una novità - né in sé, né tanto meno nel contesto normativo dell'usura - e sta, per così dire, nell'ordine delle cose che è connaturato al diritto vivente: in questa prospettiva, l'ultimo Comunicato della Banca d'Italia sembrerebbe potere anche suonare, forse, come una «sorta» di replica al più recente arresto del Supremo Collegio (350/13) (...) A me, per la verità, pare che a simile quesito possa darsi solo una risposta negativa. Nell'interpretare le leggi le Autorità amministrative – quand'anche di prestigio grande, com'è nel caso della Banca d'Italia – hanno per definizione un ruolo subalterno nei confronti dell'Autorità giudiziaria. Secondo i principi del sistema, inoltre, la funzione nomofilattica risulta affidata alla Corte di Cassazione. Senza riserve di materie: già per questo motivo, dunque, le rilevazioni trimestrali dell'usura devono mostrarsi specchio fedele degli orientamenti consolidati di quella. D'altro canto, nell'ambito della normativa sull'usura al Ministero dell'Economia e alla Banca d'Italia non risulta affidato nessun potere secondario di specificazione dei precetti primari di legge (secondo quanto capita talvolta nell'ambito della normativa di protezione del cliente; così, ad esempio, nel caso dell'art. 117, comma 2, TUB). Come puntualmente ha osservato proprio il Supremo Collegio, le rilevazioni trimestrali non hanno la funzione di produrre opinioni, bensì quella esclusiva di «fotografare» l'esistente. Di rilevare il fatto storico dei tassi applicati dall'operatività, così; come pure di dare fotocopia alle consolidate letture che del dato normativo esprima la Corte di Cassazione.” (A. A. Dolmetta, A commento della Comunicazione Banca d'Italia 3/7/13: usura ed interessi moratori, in *ilcaso.it*, 8 luglio 2013).

⁵⁹ “La Banca d'Italia ha peraltro di recente riconosciuto che ‘gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura’, con la precisazione che, in relazione ad essi, l'usura andrebbe accertata sulla base di un tasso soglia diverso, risultante dalla maggiorazione di 2,1 punti percentuali dei tassi globali medi periodicamente rilevati e pubblicati con decreti del ministero del Tesoro (ora dell'Economia) ai sensi dell'art. 2, comma 1, n. 108 del 1996 (Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura 3 luglio 2013); maggiorazione che – come si ricava in una nota illustrativa contenuta nei citati decreti – corrisponde a quella rilevata come ‘mediamente stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento’, a seguito di un'indagine statistica eseguita nel 2001 ‘ai fini conoscitivi’ dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi. La legittimità dell'introduzione di un tasso soglia diverso e più elevato per la rilevazione dell'usura, in presenza di interessi moratori, appare tuttavia dubbia, se si considera che le norme in tema di usura non contemplano alcuna deroga, né prevedono alcuna differenziazione del tasso soglia connessa alla funzione assoluta dall'interesse. Sarebbe d'altro canto incongruo ritenere che l'usurarietà degli interessi moratori possa essere accertata sulla base di un tasso soglia

posizione assunta dalla Banca d'Italia nella comunicazione del 3/7/13 in materia di tassi di mora appare stridente e fuorviante per i debiti riflessi di emulazione indotti nei comportamenti bancari, che contrastano altresì con i principi di 'sana e prudente gestione'⁶⁰.

Poiché la previsione legislativa non ha ritenuto di contemplare una specifica soglia per i tassi di mora, considerandoli alla stregua dei tassi corrispettivi e compensativi, la Banca d'Italia, nell'esercizio dei suoi controlli di Vigilanza⁶¹, avvalendosi di una rilevazione parziale e vetusta⁶², elabora una soglia per la mora, in analogia alla CMS

stabilito senza tener conto dei maggiori costi indotti, per il creditore, dall'inadempimento del debitore." (ABF, Collegio di Roma, decisione 260/2014).

"Neppure il dato del 2,1 punti percentuali sembra poter assumere utile rilievo ai fini della detta comparazione, non rivestendo i necessari requisiti tecnici e temporali posti dalla normativa sopra richiamata per le rilevazioni statistiche integrative del dettato dell'art. 644 c.p." (ABF, Collegio di Coordinamento, 19/3/2014).

⁶⁰ *"Anche se è comunque evidente che il servizio di compliance, di cui oggi dispongono le imprese bancarie, non può non conoscere la sussistenza di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione e che di tanto lo stesso deve fare conto necessario e adeguato. Salvo altrimenti accettare senza riserve il «rischio legale» e il «rischio reputazionale» che derivano dall'ignorarlo (consapevolmente o meno). Talvolta si legge – in funzione di legittimazione di comportamenti bancari sulla linea della Vigilanza, seppur contrari agli indirizzi della giurisprudenza, e proprio in materia di usura – che le banche 'debbono strutturare la propria attività in osservazione delle disposizioni emanate dalle autorità di vigilanza' (...) E' sicuro, d'altronde, che la Banca d'Italia non ha vietato alle imprese bancarie la possibilità di tenere comportamenti più prudenti di quelli dalla stessa indicati; né, del resto, lo potrebbe mai fare vista se non altro la regola della 'sana e prudente gestione' (A. A. Dolmetta, Op. cit.)"*

⁶¹ Non si dispone altresì di evidenza alcuna dei controlli esperiti sulla rispondenza alle 'Istruzioni' dei dati forniti dagli intermediari ai fini della rilevazione del TEGM: la delicatezza e rilevanza di un limite che si fonda sulla correttezza stessa delle segnalazioni dei soggetti che lo subiscono, esigerebbe, da 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. Nel contempo l'assenza di statistiche sui dati desunti dalla lunga serie di rilevazioni ai fini della determinazione del TEGM impedisce una corretta valutazione della dimensione ed evoluzione delle poste che intervengono nel calcolo del TEG. La Banca di Francia, per analoghe rilevazioni, ha predisposto studi ed analisi che consentono di valutare sul piano dinamico l'andamento dei tassi praticati dagli intermediari nelle categorie sottoposte a soglie d'usura.

⁶² E' passato un quinquennio da quando nel Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura, Banca d'Italia 2009, si riportava: *'E' allo studio una rilevazione degli interessi di mora, separata dal TEG, che potrà fornire utili*

soglia della Circolare del 2/12/05, priva di alcun sostegno normativo, giurisprudenziale e dottrinale.

Come già accaduto in altre circostanze – ancor più dopo le recenti statuizioni della Cassazione Penale – gli operatori bancari più prudenti si vengono astenendo dall'accogliere le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia, se non altro considerando opportunamente che “... *il ragionevole dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità (cfr. in tal senso Sez. 6, Sentenza n. 6175 del 27/03/1995 Ud. (dep. 27/05/1005) Rv. 201518).*⁶³”.

Gli operatori bancari più prudenti sono stati ingiustificatamente penalizzati, sospinti ai margini del mercato da parte degli operatori bancari che opportunisticamente hanno acquisito maggiori margini di profitto, trascurando le indicazioni della suprema Corte, confidando nell'accondiscendenza dell'Organo di Controllo e valutando conveniente il *trade off* fra i maggiori margini percepiti e i costi reputazionali, legali e di ripetizione dell'indebito sopportati nei ricorsi giudiziari che inevitabilmente e copiosamente sono insorti con le scelte adottate.

Con il chiarimento prospettato dalla Banca d'Italia, si crea un ulteriore varco interpretativo che tende a riproporre lo iato fra l'elemento oggettivo e soggettivo d'usura: tuttavia – dopo le menzionate valutazioni espresse dalla Cassazione sulle indicazioni e circolari della Banca d'Italia e sull'ineludibile responsabilità dei vertici bancari che non ammette circostanze scusanti l'ignoranza dell'effettivo limite d'usura (art. 5 c.p.) – non sembrano ravvisarsi margini che possano ledere il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

informazioni per le valutazioni sulla usurarietà dei tassi, anche nei casi di morosità del debitore'.

⁶³ Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11

5. Le soglie d'usura e l' *echelle de perroquet*.

Più recentemente si assiste a una fenomenologia di comportamenti degli intermediari che, se diffusa a buona parte del sistema, può condurre a scardinare in prospettiva le soglie d'usura e nell'immediato ad eludere i presidi ad una corretta gestione dei tassi e condizioni praticati sul credito in conto corrente.

Come detto in precedenza, sul piano tecnico-pratico l'intermediario, facendo riferimento al costo della provvista, stabilisce le condizioni di credito applicate in funzione dell'affidamento del cliente e del merito di credito dell'iniziativa che deve essere finanziata: i tassi praticati vengono così distribuiti in un arco di valori compresi fra un minimo prossimo all'Euribor ed un massimo pari alla soglia d'usura.

Taluni intermediari hanno iniziato a prevedere, per il credito in conto corrente, sia esso apertura di credito, anticipazione o altro, un tasso variabile che, anziché essere collegato all'ordinario parametro di finanziamento praticato dal mercato, quale l'Euribor, viene riferito direttamente al tasso soglia, sottraendo a questo uno *spread* fisso in funzione del merito di credito del cliente.

In altri termini, la tariffazione del credito in conto corrente di tali intermediari assume a riferimento base il tasso soglia, il valore massimo di tasso praticabile al cliente – variabile in funzione delle modifiche apportate trimestralmente dal MEF sulla base della rilevazione dei TEGM condotta dalla Banca d'Italia – per poi stabilire la decurtazione fissa, in rapporto al merito di credito del cliente stesso. Anziché aggiungere uno *spread* al costo della provvista, si impiega uno *spread* sottrattivo al valore massimo consentito dalla soglia d'usura. A questo tasso vengono poi affiancati gli altri oneri, commissioni e spese (CDF, CIV, spese chiusura, ecc..). La mora, per contro, viene sistematicamente posta eguale al tasso soglia.

Tale sistema di tariffazione, per taluni aspetti è all'apparenza assimilabile ad una ordinaria parametrizzazione ai tassi di mercato, risultando il TEGM, sul quale è costruito il tasso soglia, funzione del valore medio del costo del credito espresso dal mercato. Ma la parametrizzazione è sul valore del tasso soglia, non su quello del TEGM: solo quest'ultimo è un parametro

finanziario di mercato, per altro spurio ricomprendendo altre voci di costo.

Ciò comporta una discrasia che induce un'artificiosa e perversa lievitazione dei tassi che viene a ledere significativamente il mercato del credito. Contiene infatti una super-indicizzazione al valore medio del mercato, in quanto ad ogni variazione di quest'ultimo fa corrispondere la variazione incrementata del 25%, incorporata nella soglia. Se poi il tasso dovesse scendere anziché salire, rimarrebbe pur sempre nella discrezionalità della banca di modificare, con 'giustificato motivo' le condizioni.

A parità di altre condizioni, le variazioni del tasso di mercato possono giustificare un'analogia variazione del tasso praticato: priva di giustificazione appare una variazione maggiore. Inoltre l'effetto risulta ulteriormente distorto dalla circostanza che la variazione del tasso praticato al cliente viene implicitamente indicizzata anche a valori di costo che affiancano il tasso di interesse. Infatti, il valore medio del mercato (TEGM) è ricavato dal TEG segnalato dagli intermediari che si compone sia dell'interesse in senso stretto commisurato al credito concesso, sia delle commissioni, oneri e spese commisurate all'accordato. Così che anche un aumento delle commissioni, oneri e spese mediamente praticate dal mercato induce, attraverso la lievitazione del TEGM, un automatico aumento del tasso di interesse praticato al cliente, che si aggiunge, raddoppiando l'incidenza, se anche l'intermediario adegua le commissioni, oneri e spese ai nuovi livelli di mercato. Di fatto, una parte delle competenze trimestrali, cioè a dire gli interessi in senso stretto, viene indicizzato con un acceleratore del 25% alla variazione del TEGM che, come noto, si compone, oltre che degli interessi in senso stretto, di tutti quegli oneri (commissioni, spese, assicurazione, spese legali, ecc.) che accompagnano ed integrano sostanzialmente l'interesse nel comporre l'aggregato complessivo delle competenze.

Risulta alquanto vessatorio ed ingiustificato ancorare le variazioni del tasso di interesse anche a parametri che con questo non hanno alcuna connessione: una variazione delle commissioni di istruttoria, o dei fidi accordati, determinerebbe una variazione dell'interesse praticato, anche laddove non vi sia fido, per di più con un fattore di accelerazione del 25%.

Si configura nella circostanza descritta un'ingiustificata

lievitazione dei costi del credito con aspetti impropri di duplicazione. Per fattispecie diverse, ma che presentavano analoghi aspetti di lucro ingiustificato o costi duplicati, l'ABF è intervenuto censurando il comportamento dell'intermediario⁶⁴.

Il menzionato sistema di tariffazione lascia trasparire la scarsa concorrenza del mercato del credito e la significativa dominanza dell'operatore bancario nei finanziamenti in conto: anziché partire dal costo della raccolta e dagli oneri di copertura dei costi, per stabilire il proprio margine di intermediazione, si parte dal margine massimo praticabile per sottrarre la minore copertura del rischio che il cliente presenta rispetto allo standard. Da un punto di vista sistemico si può ravvisare in tali comportamenti quella che A.A. Dolmetta configura come *'una rendita da posizione (quale species facente parte del genus espressivo dell'approfittamento da posizione), le cui implicazioni reali vanno colte – pure questo è evidente – con riferimento non al singolo rapporto, bensì alla misura di serialità immessa col prodotto sul mercato'*⁶⁵.

Si può cogliere in questo 'perverso' sistema di tariffazione taluni aspetti di clausola potestativa e di carenza di buona fede, che altresì contrastano con i principi ispiratori dell'art. 118 TUB. Se la banca alza le condizioni di conto alla nuova clientela, induce attraverso la segnalazione del proprio TEG alla Banca d'Italia, una lievitazione del TEGM rilevato sul mercato, realizzando per questa via, anche per la clientela precedente, una modifica *in peius* del tasso di interesse, senza che questa clientela possa esercitare alcun diritto di recesso ex art. 118 TUB. Anche l'introduzione di nuovi oneri avrebbe un effetto di lievitazione del TEGM e di riflesso dei tassi praticati. Se l'intermediario ha un rilievo nazionale e dimensionale, l'influenza sul TEGM è concreta, se invece ha un rilievo territoriale e circoscritto l'influenza risulterà assai marginale; ma questo aspetto non sembra particolarmente significativo, visto le cospicue fattezze di oligopolio che contraddistinguono i rapporti creditorî.

Un'analogha vessatoria incongruenza si riscontra per la mora

⁶⁴ Cfr. Collegio Roma n. 267/11, n. 2853/12, n. 3936/12 (tasso extra-fido esteso all'apertura di credito); Collegio Roma n. 498/11, Collegio Milano 273/12, Collegio Napoli 361/13 (duplicazione costo del servizio)

⁶⁵ A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*. Ed. Zanichelli, 2013.

quando questa viene posta pari al tasso soglia. La mora, come detto, si articola in una componente corrispettiva e in una componente prettamente penale: quest'ultima è spesso specificatamente individuata nello *spread*, in misura fissa, aggiunto al tasso corrispettivo. Per la componente più propriamente corrispettiva, la mora può ben accompagnare i mutamenti del tasso di interesse, mentre per la componente più propriamente penale assai labile appare la parametrizzazione a commissioni di istruttoria, spese di assicurazione ed altri oneri che intervengono nella determinazione del TEGM, per altro accelerate del 25%.

Per altro porre direttamente in contratto la mora pari al tasso soglia pone altresì problemi di rispetto dell'art. 644 c.p. comma 3, secondo periodo (usura in concreto). In tali circostanze, infatti, soprattutto se il tasso corrispettivo risulta marcatamente discosto dal tasso di mora, si verrebbe a pattuire nel caso di una carenza, anche solo momentanea di liquidità, che non pregiudichi una sana condizione patrimoniale, condizioni sproporzionate rispetto al tasso medio praticato per operazioni di credito similari. Sull'usura in concreto, che non ha ricevuto sino ad oggi una particolare attenzione da parte degli intermediari, si è soffermata una recente sentenza della Cassazione (Cass. Pen., II Sez. 7 maggio 2014, n. 18778). Tale sentenza - nel puntualizzare come il legislatore abbia previsto, accanto all'usura presunta (pattuzione di un tasso di interesse eccedente il tasso soglia), una distinta ed autonoma fattispecie di cd. usura in concreto, collegata a quella presunta da un implicito nesso di sussidiarietà - ha espresso, per la prima volta, una serie di principi di diritto che non mancheranno di esplicitare i loro effetti soprattutto in materia di scoperto e di mora⁶⁶.

⁶⁶ “*Perché sia integrata la c.d. usura in concreto (ipotizzata dal P.M. territoriale ricorrente, alternativamente alla truffa, nell'ambito del presente procedimento, e relativamente alla quale non risultano decisioni edite di questa Corte Suprema, che, pertanto, sembrerebbe chiamata ad occuparsene per la prima volta), occorre che:*

- *il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria;*
- *gli interessi pattuiti (pur se inferiori al tasso-soglia usurario ex lege) ed i vantaggi e i compensi risultino, avuto riguardo alle 'concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari', comunque 'sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione'.*

Trattasi di elementi il cui accertamento in concreto (diversamente dai casi di usura cd. presunta) è rimesso alla discrezionalità del giudice. La condizione di 'difficoltà economica' si distingue da quella di 'difficoltà finanziaria' in quanto:

- la prima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana;*
- la seconda investe, più in generale, l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni.*

Pur essendo innegabile che le 'difficoltà economiche o finanziarie' costituiscano concetto affine allo 'stato di bisogno' (art. 644 c.p., comma 5, n. 3), nondimeno è evidente l'intenzione del legislatore di attribuire ad essi significati differenti: a ciò induce già il dato letterale, ovvero la diversa terminologia adoperata nel medesimo contesto (le distinte nozioni sono, infatti, evocate dalla stessa norma, l'art. 644 c.p.), che rivela, a parere del collegio, la trasparente intenzione del Legislatore di fare riferimento a situazioni diverse, poichè, in caso contrario, sarebbe davvero incomprensibile l'impiego, in una stessa norma, di distinti termini per indicare il medesimo concetto.

Alle medesime conclusioni induce la considerazione della diversa natura giuridica a ciascuno riconosciuta (le 'difficoltà economiche o finanziarie' contribuiscono a integrare la materialità della c.d.usura in concreto; lo 'stato di bisogno' costituisce oggi mera circostanza aggravante).

(...) Vanno, conclusivamente sul punto, affermati i seguenti principi di diritto: 'Ai fini dell'integrazione dell'elemento materiale della c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) occorre che il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria e che gli interessi (pur inferiori al tasso-soglia usurario ex lege) ed i vantaggi e i compensi pattuiti, risultino, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione'.

'In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) la 'condizione di difficoltà economica' della vittima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; la 'condizione di difficoltà finanziaria' investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni'.

'In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) le 'condizioni di difficoltà economica o finanziaria' della vittima (che integrano la materialità del reato) si distinguono dallo 'stato di bisogno' (che integra la circostanza aggravante di cui all'art. 644 c.p., comma 5, n. 3) perchè le prime consistono in una situazione meno grave (tale da privare la vittima di una piena libertà contrattuale, ma in astratto reversibile) del secondo (al contrario, consistente in uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile, non tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che comunque, comportando un impellente assillo, compromette fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli)'.

'In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) le 'condizioni di difficoltà economica o finanziaria' della vittima (che integrano la materialità del reato) vanno valutate in senso oggettivo, ovvero valorizzando parametri desunti dal mercato, e non meramente soggettivo, ovvero sulla base delle valutazioni personali della vittima, opinabili e di difficile accertamento ex post'.

Per la remunerazione del finanziamento è ordinario e rispondente ai canoni di mercato un riferimento variabile con i tassi di mercato. Assai meno giustificata appare la predeterminazione del danno implicita nella mora in funzione di una variabile che presenta una connessione scarsa, se non nulla, con il danno stesso. Non bisogna trascurare che si tratta di clausole inserite in ‘contratti di adesione’ dove frequentemente ricorre un’asimmetria informativa e dove l’intermediario assume una posizione dominante, con scarse alternative in un mercato del credito dove l’offerta risulta dispiegata su condizioni uniformi, scarsamente informate ai principi di concorrenza. Anche in tali circostanze si possono ravvisare aspetti di vessazione, di lucro ingiustificato, che appaiono in contrasto con i principi ispiratori dell’art. 118 TUB.

In entrambe le circostanze illustrate non ricorrono le modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali disciplinate dall’art. 118 TUB, ma la parametrizzazione posta direttamente nel contratto originario, viene sostanzialmente a preconstituire variazioni che eludono il disposto dell’art. 118 TUB che, tra l’altro, prevede al 4° comma: *‘Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria, (...), si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.’*

Nella tariffazione commisurata alla soglia d’usura, più che la variazione dei tassi, è la stessa originaria condizione contrattuale che reca pregiudizio al cliente. La circostanza che la banca, in un’apertura di credito, si riservi la possibilità di revocare il fido e conseguentemente applicare un tasso pari alla soglia d’usura, presenta aspetti di vessatorietà, per altro di misura indeterminata, non risultando la soglia propriamente un parametro di mercato. Il cliente non conosce il tasso e la penale di mora che andrà a subire nel caso di mancato rientro entro i

‘In tema di cd. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) il dolo generico, oltre alla coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari, include anche la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all’opera di mediazione’.

brevi termini ordinariamente concessi: l'adesione al contratto lo impegna a pagare il tasso massimo consentito dalla legge.

Un indistinto ed indifferenziato accostamento delle condizioni praticate alle soglie d'usura solleva un serio rischio di incorrere nelle circostanze di usura stigmatizzate dalla Cassazione n. 18778/14.

Su un piano sistemico, un significativo addossamento automatico alle soglie d'usura dei tassi praticati alla generalità della clientela ingenera il menzionato effetto dell'*'échelle de perroquet'*, consistente in un processo che, prescindendo dal costo della raccolta e dalla copertura dei rischi assunti, innesca una successione di rialzi del tasso praticato alla clientela. Il riferimento endogeno ai tassi praticati dagli stessi intermediari sottoposti alle soglie, comporta, nel sistema di tariffazione descritto, che ad un rialzo del tasso soglia segue – attraverso l'automatico addossamento – un rialzo del tasso medio che provoca un ulteriore rialzo del tasso soglia e così via, in una spirale ascendente senza soluzione di continuità.

Se la descritta architettura, riscontrata nei piani di tariffazione praticati da taluni operatori bancari, nell'indifferenza dell'Organo di Vigilanza, trovasse diffusione all'intero sistema bancario, verrebbe rapidamente scardinato ogni presidio all'usura disposto dal legge 108/96.

6. La soglia della mora nei conti correnti: lo scoperto di conto.

La giurisprudenza si è sinora occupata principalmente della clausola di mora riportata nei finanziamenti per i quali è previsto il rimborso rateale. Tale clausola ricorre anche nei finanziamenti in conto, ma per tali forme di credito, con l'introduzione, a partire dal '10, della nuova Categoria 'Scoperti senza affidamento' si è offerta una celata e più consistente forma di interessi moratori.

Nella scarsa trasparenza delle 'Istruzioni' e soprattutto delle FAQ di delucidazione, gli intermediari, collocando i fidi revocati nella nuova Categoria degli 'Scoperti senza affidamento', possono maggiorare i tassi corrispettivi del 30% ed oltre, nel rispetto della più alta soglia prevista per questa nuova Categoria di credito. Gli interessi dovuti sul credito

revocato si vengono a configurare, a tutti gli effetti, come interessi moratori e la creazione di una Categoria dove gli intermediari fanno confluire tale forma di patologia è un alternativo *escamotage* tecnico per introdurre una soglia più alta per gli interessi di mora nei rapporti di conto⁶⁷.

Si è assunta a ‘Categoria’ una forma di credito che dovrebbe ricoprire un ruolo marginale e che ha una scarsa connotazione fisiologica di ordinarietà⁶⁸. Le Categorie di credito previste dalla legge 108/96 sono quelle usualmente previste in un ordinato mercato del credito. Lo ‘scoperto’ non è una tipologia di credito ordinario, è uno stato del rapporto che per altro dovrebbe avere una natura di occasionalità e temporaneità. La norma demanda al MEF il compito di rilevare il valore medio fisiologico del mercato per le ordinarie Categorie di credito, che funga da riferimento per stabilire il limite oltre il quale il tasso diviene usurario. Se si assurge a ‘Categoria’ uno stato del credito nella sua evoluzione patologica si scardina il fondamento stesso della norma. Innalzando l’asticella dal credito fisiologico a quello patologico, con un effetto del tutto analogo all’ampliamento dello *spread* di maggiorazione prevista dalla legge (25% + 4 punti), si innalza il punto di riferimento, riconducendo la patologia a valore medio di mercato.

L’usura si radica nel momento del bisogno: nella circostanza dello scoperto – sia per ‘le concrete modalità del fatto’, sia per le ‘condizioni di difficoltà economica o finanziaria’ – appaiono altresì ricorrere le condizioni contemplate dall’art. 644 c.p. là dove stabilisce: “*Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque*

⁶⁷ Si realizza, per altra via, quel facile aggiramento della norma che: “*ove gli interessi moratori venissero esclusi dal conteggio di quelli rilevanti ai fini usurari, verrebbe facilmente realizzato mediante la previsione (attraverso formule che non tarderebbero a divenire di stile) di termini di pagamento di improbabile rispetto, idonei a rendere ‘normale’ e legittima la corresponsione di interessi sostanzialmente usurari sotto forma di interessi moratori*” (Tribunale Roma 10/7/98, FI, 1999, I, 343; conf. Tribunale Campobasso 3/10/00, FI, 2001, I, 332; Tribunale Bologna 19/6/01, Cor. G., 2001, 1347).

⁶⁸ Una posizione assai critica sull’introduzione della Categoria degli ‘*Scoperti senza affidamento*’ è riportata in due recenti lavori di A.A. Dolmetta: ‘*Scoperti senza affidamento e usura*’, in Studi in onore del prof. Abbadessa, e ‘*Alle soglie dell’usura: tra apertura, sconfinamento e Scoperti senza affidamento*’, il caso.it.

sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”.

Nello ‘Scoperto’ i tassi praticati risultano frequentemente inferiori alla soglia unicamente perché si è innalzata quest’ultima, creando una Categoria di credito per la patologia. Lo scoperto quando si protrae nel tempo con il consenso della banca viene a costituire un affidamento di fatto⁶⁹. Rimane difficile riscontrare per tali forme di affidamento implicito una diversa natura che ne giustifichi un’apposita Categoria con soglie d’usura maggiorate di un terzo.

Il mancato pagamento alla scadenza costituisce un consistente segnale di deterioramento del credito. Non si può fondere e confondere il deterioramento del merito di credito che accompagna il mancato pagamento con la penale posta a presidio della regolarità dei pagamenti alla scadenza. Allineando il tasso di mora, praticato nello scoperto, al tasso che l’intermediario valuterebbe necessario per coprire il rischio di insolvenza, che si è manifestato in un momento successivo all’erogazione, si perviene a tassi inusuali, fuori dall’ordinario. Già ora taluni intermediari pongono espressamente la mora pari al tasso soglia della Categoria degli ‘Scoperti senza affidamento’.

Se si ricomprendono nella determinazione del TEGM anche circostanze di patologia del credito, non avrebbe più senso il

⁶⁹ “Un conto è che lo sconfinamento si protragga nonostante le intervenute richieste di pagamento (che per l'appunto risulta esatto dal creditore) e i solleciti che, reiterati, la banca manda al cliente (nel prosieguo del tempo, pure attivandosi per il recupero forzoso del dovuto): in un simile contesto, la forma tecnica dell'operazione rimane inalterata, per quanto il debito non trovi estinzione. Un altro conto, e ben diverso, è che invece non si muova per nulla, che neppure vada a chiedere al cliente il saldo scoperto: così mostrando di non avere – essa, prima di ogni altro soggetto – interesse a ricevere nell'immediato la prestazione dovutale e di tollerare, e anzi di favorire, la persistenza attuale e il protrarsi futuro del debito da sconfinamento dell'obbligato. Un comportamento di questo tipo viene di fatto a produrre una situazione di stabilità del rapporto che, sotto il profilo sostanziale, risulta equiparabile – mi sembra di poter rilevare – a quella caratteristica dell'apertura di credito. In materia, insomma, si manifesta cosa determinante la ragione, come oggettivamente emergente dal comportamento tenuto dalla banca, per cui lo sconfinamento viene a prolungarsi, e a prolungarsi ancora, nel corso del tempo. In sostanza: un conto è che la situazione si imponga alla banca: un'altra è che sia proprio essa a deciderla”. (A.A. Dolmetta, ‘Scoperti senza affidamento e usura, op. cit.).

marginale (25% + 4 punti) sul tasso medio di mercato. Questo serve a coprire i maggiori rischi rispetto al tasso medio, non ad offrire un ulteriore margine di variazione rispetto al maggior tasso necessario a coprire il rischio patologico. Per analogia, sarebbe come prevedere, in un contratto di assicurazione vita, un innalzamento del premio e/o una riduzione del capitale assicurato al verificarsi del primo infarto.

Questo è quello che si è surrettiziamente introdotto nelle aperture di credito in conto corrente con l'enucleazione della nuova Categoria degli 'Scoperti senza affidamento'. L'introduzione di tale Categoria di credito ha dato la stura ad un incremento di oltre il 30% del tasso praticato per i crediti revocati e posti nella nuova Categoria. I crediti in conto revocati, sulla base delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, vengono esclusi dalla rilevazione del TEGM. Ma se il credito non viene prontamente saldato, prima del giro a sofferenza, viene per lungo tempo mantenuto nella Categoria 'Scoperti senza affidamento' con una lievitazione del tasso ben superiore all'ordinario *spread* previsto per la mora. Se poi tali scoperti vengono altresì compresi nella segnalazione statistica alla Banca d'Italia, ne risulta compromesso lo stesso valore del TEGM, e quindi della soglia⁷⁰.

Quando si verifica l'evento di morosità, il tasso può ricomprendere la penale prevista contrattualmente a presidio del corretto rispetto delle scadenze, ma questo non può essere lo spunto per adeguare il tasso corrispettivo al deterioramento del credito. Tale fenomeno ha fatto presumibilmente lievitare il tasso della Categoria anche per gli ordinari, fisiologici, temporanei e modesti scoperti di conto.

La Categoria 'Scoperto senza affidamento', introdotta dalla Banca d'Italia a partire dal 1° gennaio '10, fisiologicamente dovrebbe ricomprendere forme di credito di breve momento e di importo modesto, rispondenti ad esigenze occasionali ed impreviste: una modesta Categoria di credito, di scarsa dimensione economica.

La nuova Categoria ha presentato, sin dalla sua introduzione, tassi che si collocano ai valori massimi delle 25 categorie censite, contendendo il primato alle carte *revolving* e divenendo in poco tempo una significativa fonte di profitto per

⁷⁰ Non si ha alcuna evidenza dei controlli, delle risultanze emerse e dei provvedimenti adottati nelle ispezioni condotte dalla Banca d'Italia.

gli intermediari.

Prima del '10 gli scoperti senza affidamento erano ricompresi nelle aperture di credito con una soglia, nella fascia di importo più basso, del 17% circa: con le modifiche ai criteri di rilevazione del TEG e lo scorporo in due distinte categorie, la soglia degli 'Scoperti senza affidamento' è balzata sino al 29,9%, marcando un divario di oltre il 50% dalla soglia prevista per i conti affidati (19,28%)⁷¹. Nei trimestri successivi i tassi degli 'Scoperti senza affidamento' si sono solo in parte ridimensionati mantenendo, rispetto ai tassi sugli affidamenti, un marcato divario, nell'ordine del 30% ed oltre⁷².

CONTI AFFIDATI E NON AFFIDATI: SOGLIE D'USURA						
Trimestre di rilevazione	C/c garantiti e non garantiti		Scoperti senza affidamento		Δ %	
	A1	A2	B1	B2	B1/A1	B2/A2
	sino a 5.000	oltre 5.000	sino a 1.500	oltre 1.500		
I trimestre 2010	19,28%	14,39%	29,94%	19,68%	55%	36,8%
II trimestre 2010	18,72%	14,73%	27,74%	19,68%	48%	33,6%
III trimestre 2010	17,25%	13,71%	24,42%	19,82%	42%	44,5%
IV trimestre 2010	17,07%	13,73%	24,71%	20,13%	45%	46,7%
I trimestre 2011	16,70%	13,53%	23,46%	20,31%	41%	50,1%
II trimestre 2011	16,65%	13,64%	22,49%	20,40%	35%	49,6%
III trimestre 2011	18,05%	15,59%	22,31%	21,43%	24%	37,4%
IV trimestre 2011	17,84%	15,53%	22,23%	21,48%	25%	38,3%
I trimestre 2012	17,75%	15,64%	22,20%	21,46%	25%	37,2%
II trimestre 2012	17,59%	15,81%	21,91%	21,53%	25%	36,1%
III trimestre 2012	18,05%	16,41%	22,10%	21,88%	22%	33,3%
IV trimestre 2012	17,85%	16,39%	22,43%	22,48%	26%	37,1%
I trimestre 2013	18,15%	16,68%	23,25%	22,94%	28%	37,6%
II trimestre 2013	18,24%	16,74%	23,85%	23,06%	31%	37,8%
III trimestre 2013	18,24%	16,70%	23,90%	23,01%	31%	37,8%
IV trimestre 2013	18,23%	16,66%	24,22%	22,66%	33%	36,0%
I trimestre 2014	18,28%	16,58%	24,19%	23,11%	32%	39,4%
II trimestre 2014	18,35%	16,58%	24,25%	22,76%	32%	37,3%
III trimestre 2014	18,51%	16,75%	23,85%	22,86%	29%	36,5%

⁷¹ La variazione è risultata particolarmente marcata soprattutto per la Categoria degli 'Scoperti' sino a € 1.500. L'aggregazione dei TEG segnalati dagli intermediari è curata dalla Banca d'Italia attraverso la media aritmetica semplice, non la media ponderata, e questo conduce ad una generale sopravvalutazione del TEGM: le classi di importo più basso presentano ordinariamente tassi più alti e una maggiore incidenza delle spese fisse.

⁷² La soglia d'usura dello scoperto di conto si colloca in Italia – pur considerando la diversa base di riferimento – ben 10 punti sopra la soglia francese: 23,85% e 22,86% contro il 13,33% in Francia.

Anche in questa circostanza le ‘Istruzioni’, alle quali vengono accompagnate FAQ confuse e incongruenti, offrono una equivoca e opaca copertura e gli intermediari ne vengono cogliendo il lato opportunistico⁷³.

A fronte di tassi maggiorati di un terzo, estesi a tutti i crediti revocati o concessi in scoperto, i benefici che derivano al bilancio dell’intermediario sopravanzano di gran lunga i modesti rischi di usura che, per la determinatezza e tassatività della norma penale, vengono giudicati al più limitati all’usura civile.

Del resto anche per l’ABF, secondo il principio stabilito per la mora, i fidi revocati, non compresi nella rilevazione del TEGM rimarrebbero esclusi dal rispetto delle soglie d’usura.

Non si ritiene che un credito scaduto e non saldato possa essere automaticamente collocato in una Categoria con soglia d’usura più elevata, per le medesime riflessioni che si prospettano per il tasso di mora: non vi è alcuna nuova erogazione e la Categoria rimane quella inizialmente pattuita. Al manifestarsi della patologia e soprattutto a discrezionalità dell’intermediario, si alzerebbe l’asticella effettuando un cambio di soglia. Non sembra sia questo lo spirito che informa la legge 108/96. Con il medesimo principio si potrebbe disporre una progressione di ‘asticelle’ al rialzo, prevedendo il passaggio a categorie diverse, ad esempio, per scoperti oltre i 180 gg., per i crediti incagliati o in sofferenza.

La regolamentazione del fido è pervasa da un’apprezzabile opacità: nelle FAQ e nelle ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia si disciplina, il fido, il fido operativo nonché il ‘fido interno’ accordato al cliente, ma non formalizzato né comunicato: queste distinzioni sono pervase dalla più completa opacità. La confusione della regolamentazione della Banca d’Italia, unendosi all’asimmetria informativa e alla dominanza dei contratti di adesione, crea spazi discrezionali di ampio raggio

⁷³ Le ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia distinguono i fidi revocati dai fidi scaduti. I primi, ancorché non saldati, sono esclusi dalla rilevazione, mentre i fidi scaduti e non saldati continuano, anche nei trimestri successivi, ad essere segnalati nella medesima Categoria, con riferimento all’ultimo fido accordato, sino all’estinzione e/o al giro a sofferenza. In entrambi i casi di estinzione del fido la verifica del rispetto della soglia dovrebbe essere effettuata con riferimento alla Categoria del credito affidato e con l’ultimo fido accordato. Ma non risulta che le procedure informatiche delle banche siano organizzate in questo senso, né che la Banca d’Italia sia intervenuta con un chiarimento volto a correggere tali comportamenti.

rimessi all'intermediario.

L'introduzione della Categoria degli 'Scoperti senza affidamento' appare preordinata a creare una differenziazione, non in funzione del rischio associato alla natura del credito concesso, bensì in funzione del rischio di credito del cliente. Se si rimette alla discrezionalità dell'intermediario la concessione del credito nella Categoria degli affidamenti o degli scoperti, si vengono a depotenziare in larga misura i vincoli d'usura.

L'esperienza passata delle CMS, poste al di fuori del TEG, ha mostrato che ogni 'smagliatura' offerta dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, soprattutto nelle categorie più chiuse alla concorrenza, viene opportunisticamente colta per ampliare il costo del credito.

Se si introduce nel comparto del credito rivolto all'impresa una Categoria marginale con tassi marcatamente elevati, è scontato il deflusso in tale Categoria dalle altre forme di credito. In un mercato pressoché privo di concorrenza è l'intermediario che stabilisce la natura, le condizioni e la durata del credito.

Sul piano contrattuale, risultando rimessa all'intermediario la discrezionalità di porre il medesimo credito nell'una o nell'altra Categoria, si rafforza la dominanza della banca sul cliente. In ogni momento la banca, con un brevissimo preavviso, può revocare il fido e, oltre a determinare una repentina criticità nella situazione di liquidità dell'operatore, può di fatto innalzare il tasso del 30%⁷⁴.

La Banca d'Italia sembra indifferente agli aspetti di problematicità che il fenomeno degli scoperti solleva; al contrario, nella Relazione sull'analisi d'impatto della Delibera CICR di attuazione dell'art. 117 bis, ha auspicato l'allargamento della Categoria riservata agli 'Scoperti senza affidamento' alla componente extra-fido del credito affidato⁷⁵.

⁷⁴ Come detto, si ritiene che per un fido revocato l'applicazione del tasso maggiorato del 30% previsto per lo scoperto configura un esubero della soglia, in un'ortodossa applicazione della normativa dell'usura, dovendosi riferire la soglia alla Categoria dell'Apertura di credito' e non alla Categoria degli 'Scoperti privi di fido'.

⁷⁵ *"Come possibile soluzione si potrebbe prevedere lo scorporo della componente extra-fido e la classificazione della stessa nella Categoria attualmente riservata agli 'scoperti senza affidamento', per le analogie che contraddistinguono le due tipologie di operazioni. Tale Categoria presenta soglie strutturalmente più elevate (quelle attuali sono del 21,9% e del 21,5% per le due classi d'importo previste). Da un lato, tale innovazione consentirebbe*

Con gli interventi operati, la Banca d'Italia esercita un ruolo attivo nel diritto, un compito 'creativo' che le risulta precluso. Appare orientato ad un senso di più ragionevole sintonia con il principio di legge separare le aperture di credito garantite da quelle non garantite, per l'elemento oggettivo della garanzia che modifica la natura e il rischio del credito, oltre che l'onere a carico del cliente. Le 'Istruzioni' prevedono nella rilevazione tale distinzione nella Categoria delle Aperture di credito, ma non una differente soglia, come effettuato per la sotto-Categoria degli Scoperti senza affidamento. Le garanzie reali e personali richieste spesso presentano una dimensione multipla del credito concesso. La garanzia richiesta dall'intermediario è una sorta di utilità che integra l'interesse richiesto: appare coerente con l'art. 644 c.p. una specifica distinzione ad essa riferita. Per altro ciò segnala uno scadimento dello stesso processo di selezione del credito, rimesso più alla garanzia prestata che alla qualità dell'iniziativa finanziata. L'intermediario non è un Monte dei Pegni, nel quale la garanzia esaurisce e assorbe completamente la scelta del finanziamento, senza alcuna condivisione delle sorti del prenditore. Nell'allocazione del credito l'intermediario, nei limiti propri al ruolo al quale è preposto, deve farsi carico della responsabilità e rischio dell'iniziativa imprenditoriale selezionata e finanziata: il piano industriale, il *know how* e la capacità imprenditoriale devono costituire le migliori condizioni di garanzia, di sviluppo e, conseguentemente, di ritorno economico.

Appare per altro poco rispondente alle esigenze dell'operatore economico la concessione del credito sotto la forma del fido a revoca, che pone lo stesso in una condizione di estrema precarietà e dipendenza dall'intermediario: è questa una circostanza che assume in Italia una dimensione ragguardevole, maggiore di quanto si riscontra in altri Paesi.

Lo scoperto di conto non dovrebbe costituire un'ordinaria forma di credito. Se si accompagna ad una criticità nella

agli intermediari di applicare tassi più elevati per le operazioni extra-fido, dall'altro, lo scorporo della componente extra-fido determinerebbe una riduzione delle soglie usura per la Categoria 'aperture di credito in conto corrente'. Si dovrà inoltre valutare se l'accorpamento di extra-fido e scoperto senza affidamento comporterà una riduzione dei tassi anche in quest'ultima Categoria, nel caso in cui – come osservato in alcuni contratti – la prima tipologia sia caratterizzata da tassi meno penalizzanti.”

situazione di liquidità, incorpora una gradazione di patologia, non dissimile dal credito scaduto e non pagato. Non appare congruente con una corretta gestione del credito favorire erogazioni e situazioni oltre i limiti del fido o in assenza di fido, che possono protrarsi per lunghi periodi e/o per importi significativi a tassi marcatamente più elevati. Sia negli scoperti senza fido che nell'utilizzo del credito in extra-fido, per evitare anomalie e facili comportamenti opportunistici, si rende necessaria una regolamentazione più stringente: il fenomeno sembra aver già assunto una dimensione ragguardevole, più ampia di quella fisiologica.

La legge prevede la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, *'tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie'*. La distinzione del rischio va riferita alla natura oggettiva della tipologia di credito, chiaramente definita e circostanziata, non all'elemento soggettivo del cliente che dovrebbe trovare copertura nello *spread* di legge. Creando, nella stessa tipologia di credito, soglie diversificate d'usura in funzione del rischio del cliente si introduce un elemento di discrezionalità che vanifica gli obiettivi della legge⁷⁶: teoricamente, scalettando il rischio si perverrebbe facilmente a valori della soglia indefinitamente crescenti, che svilirebbero la funzione dello *spread* dal tasso medio di mercato disposto dalla legge.

Introdurre, all'interno di una medesima tipologia di credito, un'ulteriore distinzione, oltre che per l'importo, anche per classi di rischio, è tecnicamente del tutto equivalente ad un ampliamento dello *spread*. Se per le aperture di credito si prevede la partizione nelle classi di rischio A (affidati) e B (non affidati), ipotizzando un tasso medio originario della Categoria pari al 6% al quale corrisponde un tasso medio del 4% per la partizione A e un tasso medio dell'8% per la partizione B, la soglia d'usura passerebbe dall'11,50% (6% + ¼ di 6% + 4 punti) al 14% (8% + ¼ di 8% + 4 punti), potendo l'intermediario bancario, nella sua discrezionalità, spostare agevolmente il credito dalla partizione A alla B.

E' quello che si è fatto con lo scorporo, dalla Categoria delle aperture di credito, di quelle prive di fido e quello che ulteriormente si prevede di introdurre con lo scorporo del

⁷⁶ Cfr. anche A.A. Dolmetta . Alle soglie dell'usura: tra apertura, sconfinamento e 'scoperti senza affidamento', in ilcaso.it.

credito extra-fido dal credito affidato per ricomprenderlo anch'esso nello 'Scoperto senza fido'.

Già ora gli 'Scoperti senza fido' vengono assumendo una dimensione che travalica i limiti fisiologici. Il fenomeno non sembra rimasto nei limiti di marginalità. Le statistiche sono al riguardo carenti: l'informazione rimane al momento ristretta negli ambiti riservati delle politiche aziendali degli intermediari e in quelli relativi alle rilevazioni della Banca d'Italia, che non vengono rese disponibili.

La distinzione introdotta e quella che si vorrebbe introdurre all'interno delle aperture in conto corrente creano una distorsione nello stesso mercato del credito, con il prevedibile esito di favorire spinte opportunistiche degli intermediari, volte da un lato a condizionare maggiormente la concessione del fido alla presenza di garanzie e dall'altro ad espandere gli extra-fido e gli scoperti privi di fido.

7. Il credito in extra-fido: un'ulteriore criticità per la verifica dell'usura

Più recentemente si è diffusa la pratica di prevedere contrattualmente, accanto al tasso per il fido, un diverso tasso, più elevato, per l'extra-fido. L'extra-fido presenta concettualmente connotazioni che lo accostano al credito scaduto/revocato e in mora: in entrambe i casi si ha una forma di scoperto. Il prenditore di fondi dispone di un capitale non affidato: nel primo caso, con il consenso dell'intermediario, nel secondo caso, subito dall'intermediario⁷⁷.

⁷⁷ Lo sconfinamento dal fido è stato più recentemente definito dal D. Lgs. 141/10, nell'ambito del credito al consumo, come "*l'utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccedenza rispetto al saldo del conto corrente in assenza di apertura di credito ovvero rispetto all'importo dell'apertura di credito concessa*" e viene regolato nell'art. 125 *octies*. Lo sconfinamento si configura come una 'tolleranza' della banca che acconsente, in via temporanea e precaria, al di fuori dell'apertura di credito e per il quale permane il diritto di esigere l'immediato rimborso.

Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, pur potendo stipularsi la convenzione di concessione di credito per *facta concludentia* (v. Cass. 01/07/05 n. 14470; Cass. 15/09/06 n. 19941), la tolleranza dell'intermediario che consenta ripetuti sconfinamenti del conto, ovvero il ripetuto utilizzo del credito in eccesso al fido accordato, non costituisce di per sé prova dell'avvenuta stipula di una convenzione di concessione di credito o di aumento del credito già accordato

A parte scoperti di modesto importo e di breve momento – che assumono, a livello di sistema una dimensione modesta – appare alquanto pregiudizievole e poco trasparente la circostanza nella quale la banca acconsente affinché il fido concesso venga sistematicamente e costantemente sconfinato per importi di rilievo, applicando condizioni di tasso, commissioni e spese più esose⁷⁸.

Quando la banca prevede in contratto tassi e condizioni distinte per la parte compresa entro il fido e per l'eventuale extra-fido, non appare corretto, nella verifica d'usura, calcolare il complessivo costo del credito nel trimestre sommando gli interessi, spese ed oneri applicati entro il fido con quelli più elevati praticati per l'extra-fido.

In generale, se, nel medesimo trimestre, sono convenute condizioni e tassi distinti, per separate linee di credito, ancorché relative alla medesima Categoria e insistenti sul medesimo conto, non appare rispondente al dettato normativo operare un'aggregazione degli interessi ed oneri trimestrali e determinare in tal modo un tasso unico, risultante dalla media

(così ABF Roma, n. 42/10), pur potendo tale reiterata condotta, nel concorrere di ulteriori requisiti, assumere rilievo a tal fine (in tema, si veda ad. es. Cass. 8/01/03 n. 58). Può pertanto ritenersi che, in difetto di una pluralità di indici di una diversa volontà delle parti, la concessione di sconfinamenti, ancorché ripetuti, non sia da ricondursi alla tipologia dei c.d. “fidi di fatto”. *“La tolleranza degli sconfinamenti da parte della banca non integra una manifestazione di volontà idonea a superare le clausole pattuite dalle parti perché l'aspettativa originaria del fatto che l'istituto di credito paghi assegni anche quando l'esposizione creditoria superi il limite di fido concesso non è di diritto, ma di fatto, priva di giuridica rilevanza; pertanto il mancato pagamento di assegni emessi da un correntista su un conto che presenta uno scoperto superiore a quello consentito e il conseguente protesto di tali titoli non costituisce lesione di interesse riconosciuto e garantito dall'ordinamento giuridico.”* (Cass. Civ. Sez. I, 10/2/04 n. 2477).

⁷⁸ *Un sintomo di disfunzione è rappresentato dagli sconfinamenti sui fidi bancari, un fenomeno che si colloca su livelli particolarmente elevati in talune regioni meridionali. La prassi degli sconfinamenti può dipendere da carenze organizzative delle banche. Essa influisce pesantemente sul costo effettivo del denaro, per effetto delle maggiorazioni di tasso e delle commissioni di massimo scoperto. E' indicativa di comportamenti non trasparenti: la banca accorda un fido inferiore a quello che serve al cliente, rendendosi peraltro disponibile a mantenerlo di fatto al di sopra dell'accordato; il cliente dal canto suo accetta questa impostazione, che lo pone in una situazione di debolezza nei rapporti quotidiani con la banca.* (G. Berionne, Consiglio Superiore della Magistratura, incontro di studio sul tema: ‘Usura e disciplina penale del credito’, Frascati 1997).

dei valori applicati⁷⁹.

Analogamente, nel momento in cui l'intermediario acconsente a pagamenti oltre il fido concesso, sui quali di norma applica tassi e condizioni distinti, di fatto risulterebbe accordare un ulteriore finanziamento, seppur eventuale, momentaneo e condizionato all'assenso volta per volta dell'intermediario, giuridicamente distinto dal fido accordato. Non sembra configurarsi nella circostanza un'estensione del finanziamento in essere.

Il criterio di considerare esclusivamente l'aggregazione degli interessi entro il fido ed oltre il fido risulterebbe disattendere lo spirito della norma che espressamente punisce *“chiunque si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari”*. Il disposto normativo non sanziona la previsione e l'applicazione di tassi mediamente usurari, ma più semplicemente la previsione e l'applicazione di tassi usurari⁸⁰. Qualora la banca abbia praticato, anche per la

⁷⁹ La Cassazione penale, seppur in circostanze diverse, ha chiarito la necessità di riferire la verifica del rispetto della soglia d'usura ai distinti finanziamenti. In una prima occasione (Cass. Pen. Sez. II, n. 745/05) si afferma: *“Non giova, perciò, richiamarsi al complesso dei rapporti economici esistenti tra l'imputato e la parte lesa per un conteggio globale degli interessi da quest'ultima dovuti, interessi che, in tal modo valutati e conteggiati, non supererebbero, a quanto si assume, la soglia legale. Quel che rileva è che in alcuni rapporti (quelli, appunto, per cui vi è contestazione), quella soglia è stata largamente superata, integrandosi in ciò il reato d'usura continuata addebitato.”* Più recentemente (Cass. Pen. Sez. III, n. 43840/09) viene ribadito: *“(…) per l'individuazione della natura usuraria degli interessi, nel caso in cui tra il soggetto agente e la vittima intercorra un complesso rapporto economico, occorre avere riguardo ai singoli episodi di finanziamento e quindi alle specifiche dazioni o promesse, non potendosi procedere al calcolo globale degli interessi dovuti in virtù della pluralità dei prestiti.”*

⁸⁰ Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia riportano: *“Se si registrano utilizzi superiori al fido accordato la classe di importo rimane determinata in base all'ammontare del fido accordato”*. Nei chiarimenti forniti dalla Banca d'Italia, alla domanda: *“In quale Categoria devono essere segnalati gli sconfinamenti rispetto al fido accordato sui conti correnti affidati?”*, viene fornita la risposta: *“Gli sconfinamenti rispetto al fido accordato rientrano tra le aperture di credito in conto corrente (Cat. 1.a o 1.b) sia ai fini della segnalazione sia per la verifica dell'eventuale usurarietà delle condizioni applicate.”*. Dalla domanda e dalla risposta si può evincere che lo sconfinamento sia oggetto di un'apposita segnalazione, distinta da quella relativa all'affidamento concesso. Questo sembrerebbe ulteriormente avvalorato dalla risposta fornita alla domanda successiva: *“In un finanziamento revolving su carta di credito può verificarsi un'estensione del credito attraverso la concessione di ulteriori linee di finanziamento. E' ammessa una segnalazione unica nella Categoria 9 (Credito*

sola parte di credito in extra-fido, condizioni di tasso, spese ed oneri superiori alla soglia d'usura, sembra corretto ritenere che questa non possa essere elusa con una metodologia di verifica che, fondendo tassi più alti con tassi più bassi, riconduca il valore medio al di sotto della soglia. Inoltre, non predeterminando un limite superiore all'esposizione in extra-fido, si può configurare un'estensione del credito (fido ed extra-fido), sino a superare la soglia nello stesso valore medio complessivo. In tal modo la pattuizione non esclude l'usurarietà e può ben essere soggetta alla sanzione prevista dall'art. 1815 c.c., 2° comma⁸¹.

La sentenza della Cassazione Pen. n. 46669/11, in un passaggio per il vero poco chiaro, sembra confermare quanto esposto: *“Né possono avere rilievo le differenziazioni del tasso operato in caso di conto corrente non affidato - in cui il credito erogato è superiore al fido concesso, rispetto al conto corrente affidato - in cui l'utilizzo avvenga regolarmente nei limiti del fido, dovendo, comunque, la banca non superare il tasso soglia normativamente previsto indipendentemente dalla circostanza che nel caso di conto corrente non affidato la banca debba fronteggiare un inatteso e irregolare utilizzo del credito da parte del cliente, che, pur rappresentando un costo per l'eventuale scorretto comportamento del cliente, non può*

revolving)?”, alla quale viene fornita la risposta: *“Sì, in caso di mera estensione del credito con le stesse caratteristiche del finanziamento revolving in essere può essere prodotta una segnalazione unitaria.”*

Sembrirebbe evincersi che la condizione per un'unitaria segnalazione sia l'applicazione delle medesime condizioni, desumendo, a contrario e più in generale, che l'estensione di ogni finanziamento, intervenuta a condizioni e caratteristiche diverse, debba essere assoggettata a specifica e distinta segnalazione: nella circostanza tale estensione, non definita contrattualmente, andrebbe rapportata alla connessa massima variazione intervenuta nel trimestre. In altro punto delle risposte ai quesiti, tuttavia, in merito alla variazione in via temporanea dell'accordato, si precisa che, se formalizzata, vanno tenute distinte le segnalazioni dei due contratti, prima e dopo la variazione. Se non formalizzata, la segnalazione rimane unica, ma non si fa riferimento ad una uniformità di condizioni.

Una situazione analoga si riscontra nella circostanza di fidi, scaduti ma non revocati, che, protraendosi nel tempo, con la lievitazione degli interessi, oneri e spese sconfinano e, con il riferimento all'ultimo fido accordato, vengono ad esorbitare le soglie d'usura.

⁸¹ Se, ad esempio, per una soglia d'usura dell'11%, viene previsto un tasso del 10% per il fido di € 100 e il 12% per l'extra-fido, la pattuizione non esclude la concessione di un credito superiore a € 200, che porterebbe il tasso praticato complessivamente al di sopra della soglia dell'11%.

comunque giustificare il superamento del tasso soglia ...”.

Oltre tutto sul piano contrattuale, se si pervenisse ad introdurre, come prospettato dalla Banca d'Italia, una confluenza nella Categoria degli ‘Scoperti senza affidamento’ dei crediti in extra-fido, risultando rimessa all’intermediario la discrezionalità di porre il medesimo credito nell’una o nell’altra Categoria, con un divario delle soglie di circa un terzo, si rafforzerebbe la dominanza della banca sul cliente.

Con la ventilata modifica, prospettata dalla Banca d'Italia nella Relazione sull’analisi d’impatto della Delibera CICR di attuazione dell’art. 117 bis, si verrebbe ad ampliare apprezzabilmente la menzionata Categoria degli ‘Scoperti senza affidamento’, dando la stura a comportamenti opportunistici degli intermediari che, nelle loro valutazioni discrezionali, possono lesinare la concessione del fido e tollerare al contempo lo scoperto di conto e lo scoperto oltre il fido, anche continuativo e di importo significativo. Rimarrebbe nella completa discrezionalità dell’intermediario l’attribuzione del credito al fido, all’extra-fido o allo scoperto, stabilendo se concedere o meno il fido, la natura a revoca o a scadenza, l’ammontare eventualmente accordato al tasso ordinario e gestire poi l’extra-fido e lo scoperto con i più ampi margini di flessibilità e entro i limiti di soglia, maggiorati di un terzo, previsti dalla nuova Categoria⁸². Già da tempo i nuovi contratti di conto corrente riportano, accanto al tasso previsto per il fido, un tasso più alto per l’eventuale extra-fido, oltre alle commissioni di istruttoria veloce introdotte con il D.L. 6/12/11 n. 201.

Con l’inclusione nella Categoria ‘Scoperto senza fido’ del credito in extra-fido si verrebbe a trascinare ulteriormente ogni ragionevole limite di usura, in una delle più diffuse forme di credito. Se dalle aperture di credito si scorpora la parte non affidata, questa presenterà un tasso medio più alto al quale verrà applicato uno *spread* maggiorato per la determinazione della soglia: poiché la Categoria di attribuzione del credito non è oggettivamente insita nella natura del credito stesso ma è riposta nella discrezionalità dell’intermediario, si vanifica

⁸² Verrebbe altresì meno la remora ad un’estensione e durata dell’extra fido costituita dalla circostanza che le ‘Istruzioni’ prevedono nella formula di calcolo il rapporto degli oneri al fido accordato, per cui il debordo dal fido induce una limitazione maggiore nel TEG applicato.

completamente il presidio della soglia d'usura.

8. La rimozione delle soglie d'usura: aspettando che la banca d'italia favorisca la concorrenza

La soglia d'usura, nell'evoluzione subita con la legge 108/96, si è ampliata verso finalità di protezione dell'operatore economico dall'eccessivo potere nella disponibilità dell'intermediario finanziario di fissare il prezzo del denaro.

L'usura nella realtà moderna assume fattezze assai complesse, con risvolti peculiari, propri all'ambito e alle circostanze nelle quali si realizza. Non vi è dubbio che l'usura criminale presenti aspetti che si discostano profondamente dall'usura bancaria, se non altro per le connotazioni di 'violenza' fisica, oltre che psicologica, che la caratterizza. La legge 108/96, seppur concepita come presidio generale all'usura, è calata propriamente sulla realtà bancaria, elemento di congiunzione istituzionale fra i centri di formazione del risparmio e di impiego delle risorse finanziarie⁸³.

⁸³ Gli interessi collettivi ad un corretto funzionamento del mercato del credito, che nella visione del legislatore sembrano accostare e travalicare quelli del singolo, ampliano la prospettiva nella quale si colloca il testo dell'art. 644 c.p. riformulato dalla legge 108/96. Il credito, sia esso rivolto agli investimenti che al consumo, costituisce il volano dello sviluppo economico: la regolarità del mercato e l'opera di calmiera dei tassi praticati alla generalità della clientela trovano fondamento e legittimità nell'art. 41 della Costituzione, ponendo un presidio agli *indebiti riflessi che possono derivare da scelte degli intermediari eccessivamente protese al conseguimento di profitti economici*. "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

La problematica assume aspetti e caratteristiche diverse per le operazioni di investimento e per i finanziamenti al consumo. Per questi ultimi, accanto a valutazioni economiche di impulso alla domanda, intervengono valutazioni umane e sociali, legate alla possibilità di ridurre il risparmio di precauzione e di anticipare l'utilizzo della futura crescita delle disponibilità di reddito. Al credito si riconosce un pregnante elemento di inserimento sociale e di dinamismo economico⁸⁴.

Sul fronte del credito al consumo le soglie d'usura presidiano fenomeni di sovra-indebitamento, indotti da allettanti proposte non compiutamente trasparenti che possono favorire un accesso poco responsabile al consumo immediato, senza una compiuta consapevolezza del costo del finanziamento e delle disponibilità future. D'altro canto le soglie d'usura possono indurre l'esclusione dal credito di imprenditori e famiglie che, pur presentando un merito di credito più basso (credito sub-prime), risultano comunque solvibili.

Anche gli imprenditori che accedono al credito frequentemente non percepiscono compiutamente il costo del prestito: posti nell'immediata esigenza o in una visione ottimistica dei ricavi dell'investimento da finanziare, trascurano le conseguenze di un costo elevato che, procrastinato nel tempo, si avvita in una spirale ascendente che pregiudica rapidamente ogni possibilità di rimborso⁸⁵.

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." (Cassazione penale, Sez. II 18/3/03, n. 20148).

⁸⁴ Il credito al consumo è divenuto uno strumento ampiamente utilizzato per fronteggiare i disallineamenti temporali fra le risorse disponibili e le esigenze che si presentano in maniera talvolta impreveduta. L'accesso ai servizi bancari è ormai divenuto una necessità sociale, risultando il conto bancario il crocevia dei rapporti intrattenuti fra i componenti l'aggregato sociale.

⁸⁵ In alcuni Stati americani, dove è consentito il prestito a giorni, il 'pay-day loan', con costi che ragguagliati ad anno si attestano su un tasso del 500%, si è riscontrata un'ampia diffusione di tale forma di credito, sospinta da offerte che fanno presa su debolezze culturali o necessità impellenti. Tale pratica, definita dalla Consumer Federation americana 'strozzinaggio legale' è ora vietata in numerosi Stati d'America.

The Economist (3/6/99) riporta che i finanziatori dei 'pay-day loan' offrono un piccolo ammontare di denaro, da 100 a 300 dollari, per un breve periodo di tempo, in cambio di un assegno che non viene depositato ma restituito a fronte

Il dibattito in merito alla dimensione dei riflessi, positivi e negativi, sulla protezione dell'operatore economico, imprenditore e consumatore, sulle problematiche della limitazione all'accesso al credito, dei prezzi del credito, dei riflessi sulla concorrenza e del sovra-indebitamento rimane aperto, risultando ampi studi e ricerche che avvalorano ora un aspetto ora l'altro, senza pervenire a conclusioni dirimenti. Permane assai problematico valutare ed apprezzare la dimensione e rilevanza dei benefici economici e sociali indotti da una soglia d'usura in rapporto ai risvolti di limitazione allo sviluppo economico.

Nel corso della storia la pratica di una soglia massima al tasso di interesse e il presidio a forme endemiche di anatocismo hanno spesso costituito una norma che ancora oggi risulta apprezzabilmente diffusa in numerosi paesi, soprattutto nel credito al consumo.

Un libero e perfetto mercato del credito non abbisogna di limiti e controlli: il prezzo espresso dal mercato tende a commisurarsi al costo della provvista, della natura del credito e del rischio dell'iniziativa finanziata, senza oneri impropri.

Un mercato del credito efficiente rende più onerosi e controproducenti i limiti amministrativi, potendo esprimere una flessibilità dei tassi che si adegua costantemente alla natura e rischio della domanda e al costo e disponibilità dell'offerta.

Stringenti limitazioni ai tassi inducono da un lato una generale moderazione al costo del credito favorendo il consumo e le iniziative economiche, ma al tempo stesso possono determinare un più selettivo razionamento, impedendo

del pagamento in contanti dell'importo finanziato maggiorato del 20-25% o, alternativamente, rinnovato in un nuovo finanziamento contro assegno. Per questo tipo di finanziamento è unicamente richiesta la presenza di un conto bancario e la prova di un regolare stipendio. Quando il tasso di interesse per tali prestiti è ricondotto all'anno si perviene a tassi impressionanti. L'osservatorio del Chicago Sun Time dell'Illinois ha accertato un tasso medio annuo del 569%. Il Vittoria (16/11/13) riporta che un certo numero di persone che lottano con i prestiti hanno disabilità intellettuali: pensano ai soldi facili, ma non capiscono le implicazioni di ciò che stanno facendo. Riforme nazionali mirano a proteggere i membri più vulnerabili dai prestiti predatori dei 'pay-day loan' e dalla spirale del debito che tali prestiti possono provocare. I problemi iniziano infatti quando si manca il pagamento e si incorre nelle penalità. Il passo successivo è un altro prestito e così la spirale comincia.

l'accesso al credito a quelle iniziative che pur solvibili presentano un elevato rischio. Non si può trascurare che frequentemente le innovazioni comportano un maggior rischio che richiede un più alto interesse del capitale finanziato: limitazioni al costo del denaro possono pregiudicare il dispiegarsi di tali iniziative.

Si ritengono funzionali limitazioni amministrative al costo del credito nella misura in cui risulta carente un'efficiente concorrenza del mercato che possa minimizzare il prezzo di equilibrio della domanda ed offerta di credito.

Nel processo evolutivo di maturazione verso un efficiente mercato del credito, la presenza di limiti ai tassi tutela gli operatori economici più deboli, ma in uno stadio più maturo detti limiti, se eccessivamente restrittivi, possono divenire per contro fonte di distorsioni e pregiudizio per lo stesso funzionamento del mercato. Una diffusa letteratura in materia segnala i pregnanti rischi finanziari ed economici che possono derivare da eccessivi condizionamenti ai tassi del credito, che possono sopravanzare i benefici che con la normativa si intende perseguire⁸⁶.

La presenza di limitazioni ai tassi di interesse è una pratica assai diffusa, realizzata attraverso modalità ed intensità alquanto diversificate che rispecchiano dappresso la sensibilità e cultura, l'organizzazione e lo sviluppo del mercato del credito⁸⁷.

⁸⁶ Contrari ad una regolamentazione dell'usura che impedirebbe transazioni mutualmente vantaggiose: Baudassé e Levigne "pourquoi et comment légiférer sur l'usure?", revue d'Economie Financière, n. 58,2000; Blitz e Ling, "The Economics of usury Regulation", Journal of Political Economy, 1965. Favorevole per gli effetti sociali svolti da una regolamentazione: K. Avio "An Economic Rationale for Statutory Interest Rate Ceillings", Review of Economics and business, 1973.

⁸⁷ In uno studio curato nel 2010 presso i Paesi della Comunità Europea si riporta: "While modern interest rate ceilings are typically imposed administratively, courts in germany have transformed the ancient subjective principle of good morals into a modern objective interest rate ceiling, a process that would in principle be open to Member States with non interest rate ceiling; some initial forms of this may also be identified in Estonia, Spain and Sweden.

- From the perspective of the contractual interest rate itself there are three countries with an **absolute ceiling** in the tradition of usury, and this does not seem to have impact on the economy (Greece, Ireland and Malta).

- Countries which use **relative interest rate ceilings** based on an average market rate, multiplied by a quota such as that applied in France of one-third, or based on a money market rate multiplied by four, as in Poland, have developed fairly new systems with a high degree of effectiveness (Belgium, Estonia, France,

Lo sviluppo economico del Paese può trovare un adeguato modello di sostegno e protezione in ‘calibrati’ vincoli amministrativi ai tassi fintanto che il mercato del credito non acquisisca un sufficiente grado di trasparenza e concorrenzialità⁸⁸. Mano a mano che il mercato del credito evolve su superiori livelli di maturità ed efficienza, scemano i benefici apportati dai vincoli amministrativi e si palesano i costi ed inefficienze che ne derivano.

L’articolazione dei parametri previsti a presidio dei tassi praticati nelle specifiche categorie di credito, se attentamente posti entro ampi limiti che consentano un corretto dispiegamento del mercato del credito, non configura una forma surrettizia di amministrazione dei tassi creditizi. Assume invece una significativa funzione surrogatoria di un’efficiente concorrenza, contrastando un drenaggio abusivo di risorse, non commisurato al costo del credito, che sortirebbe riflessi di significativa incidenza nello sviluppo produttivo e nell’equilibrio dei rapporti fra credito e consumo. Nei comparti del mercato creditizio calmierati da una proficua concorrenza, i limiti imposti divengono ininfluenti e laschi, più propri ad una funzione residuale, di presidio a forme patologiche del credito.

Il mercato del credito risulta in Italia ancora in una fase iniziale. La concorrenza, con le riflesse sinergie di calmiera, è pressoché assente in buona parte delle categorie di credito. Il prezzo del credito si discosta significativamente dal costo della provvista, tendendo a schiacciarsi sull’utilità marginale del

Germany, Italy, the Netherlands, Poland, Portugal, Slovakia, Spain Slovenia).’’ (iff/ZEW (2010): Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project N. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim; submitted by Prof. Dr. Udo Refner, Sebastien Clerc-Renaud, RA Michael Knobloch).

⁸⁸ *“Per quanto l’opinione sia diffusa in letteratura, la trasparenza non si esaurisce nell’informazione. Intere tematiche della vigente normativa di trasparenza bancaria non risultano oggettivamente raccordabili con l’idea di un semplice flusso di notizie, pur orientato, che dal produttore va verso il cliente. Né le vanno dati – o riconosciuti – compiti sostitutivi: per dirla in breve, sapere che le uova sono marce non le fa diventare fresche. Pensare che una riduzione delle asimmetrie informative conduca a riequilibri, o a parità di forza delle posizioni è una mistificazione. L’informazione non rende in specie un’operazione equilibrata, posto se non altro che l’equilibrio è misura di rapporto oggettiva. Tanto meno l’informazione potrebbe surrogare l’adeguatezza: in un’ora non si diventa professionisti. E meno ancora l’informazione del cliente viene da sé a rendere diligente l’agire dell’impresa.”* (A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, 2013).

prenditore. La soglia d'usura dello 'Scoperto senza affidamento' si colloca ad oltre 100 volte l'Euribor a tre mesi⁸⁹.

Lungi dal porre problemi di razionamento del credito, le soglie, nei dilatati margini di operatività sopra indicati, sono parse assumere una forma di copertura a comportamenti opportunistici che hanno condotto il costo del credito su livelli tra i più alti in Europa: in tali circostanze il costo del credito presenta per l'impresa nazionale un sovraccarico economico, alla stregua di quello energetico e fiscale.

La confusione e le incertezze che hanno accompagnato l'applicazione della normativa dell'usura ne hanno ostacolato un efficiente presidio, generando forme di opportunismo non tempestivamente controllate e rimosse.

La presenza sul mercato di una diffusa schiera di intermediari non è in grado, da sola, di assicurare una situazione di concorrenza: vari vincoli ne impediscono una compiuta esplicazione. I costi relativi allo spostamento dei rapporti bancari, accresciuti dagli oneri informativi necessari a comparare le diverse offerte del mercato costituiscono seri ostacoli ad un libero mercato del credito.

Non sembrano riscontrarsi le condizioni che possano giustificare una rimozione delle soglie d'usura, come sostenuto dalla Banca d'Italia⁹⁰, mentre si avverte l'esigenza di una rivisitazione dei criteri, di maggiore trasparenza e definizione dei ruoli e funzioni assegnati dalla legge 108/96 all'Organo

⁸⁹ Cfr. R. 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?'*, 2013, in www.assoctu.it.

⁹⁰ *"a oltre dieci anni dall'entrata in vigore della legge, e alla luce del mutato contesto in cui gli intermediari operano, appare necessario tornare a riflettere sul tema dell'opportunità della fissazione in via amministrativa di tassi bancari soglia (...) La riduzione dei tassi registrati nel periodo è stata molto significativa, per effetto dell'ingresso dell'Italia nell'Unione monetaria europea, dell'intonazione generale espansiva della politica monetaria e dell'aumento della concorrenza nel mercato bancario. In questo quadro generalmente positivo per la disponibilità di credito, il meccanismo dei tassi soglia previsto dalla l. 108 ha invece avuto effetti distorsivi."* (Giovanni Carosio, intervento in Commissione permanente Giustizia del Senato del 27/3/07).

La menzionata flessione dei tassi non trova particolare riscontro nei valori del TEGM. Dalle considerazioni del Vicedirettore della Banca d'Italia emerge che, o la flessione dei tassi è concreta e il TEGM rilevato dalla Banca d'Italia fornisce un'informazione distorta, o, più plausibilmente, quest'ultimo fornisce una stima, presumibilmente per difetto, del tasso medio praticato nel mercato del credito, e non vi è stato, almeno per talune categorie di credito, alcuna flessione dei tassi.

Amministrativo, oltre che un esercizio più incisivo e pervasivo dei poteri di vigilanza, previsti dall'art. 5 del TUB, con riguardo all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Una depenalizzazione dell'usura bancaria, così come insistentemente sostenuto dopo la rimozione di tale presidio in Francia, renderebbe oltremodo più aggressive le politiche di prezzo praticate dagli intermediari creditizi, informandole esclusivamente al trade-off costi benefici, senza alcuna remora di sostanziale rilievo. Un più pervasivo monitoraggio dell'Organo di Vigilanza e un apparato sanzionatorio più incisivo appare una condizione necessaria e propedeutica.

Le soglie d'usura italiane, dopo il recente ampliamento dello *spread* sul tasso medio di mercato, si collocano su valori marcatamente discosti sia dai valori medi di mercato, sia soprattutto dai costi di raccolta degli intermediari finanziari. In tali circostanze appare poco plausibile ritenere che una rimozione (totale o parziale) delle soglie d'usura possa consentire un più ampio accesso al credito.

Per le imprese francesi, dopo la parziale rimozione delle soglie d'usura, alcune indagini e analisi hanno evidenziato – pur nella difficoltà di trarre valutazioni certe ed incontrovertibili – indicatori che lasciano trasparire un miglior accesso al credito, ma le limitazioni in Francia erano ben più stringenti di quelle italiane. Non appaiono trasponibili alla situazione italiana le considerazioni e valutazioni che in Francia hanno seguito la riduzione dei limiti al costo del credito. Sussistono connotazioni peculiari al tessuto industriale, al mercato del credito e ai parametri di contorno dell'assetto normativo italiano: la dispersione dei tassi sul territorio nazionale è particolarmente estesa e la presenza di una soglia può risultare lasca e sostanzialmente inefficace per aree territoriali e comparti produttivi a minor rischio e più selettiva per aree e comparti produttivi a maggior rischio; tuttavia assai labili appaiono i margini di esclusione dal credito riconducibili alle soglie d'usura: con gli attuali valori appare modesta la fascia di clientela che, pur solvibile, presenta un rischio di credito richiedente un margine di copertura più ampio di quello consentito.

D'altra parte, accanto al credito direttamente rivolto al consumo, la peculiare diffusione di micro imprese pone una

pregnante esigenza di tutela e protezione⁹¹.

In Italia il credito bancario rimane prioritario coprendo il 91% dei finanziamenti totali (dati BCE). La quasi totalità delle imprese italiane sono PMI, distinte in PMI-retail (fatturato fino a 5 milioni e finanziamenti fino a 1 milione) e PMI-corporate (fatturato compreso tra 5 e 50 milioni e finanziamenti superiore a 1 milione). L'importanza della PMI è particolarmente accentuata in Italia dove assorbe l'81% della forza lavoro contro il 46% del Regno Unito e il 39% di Francia e Germania (dati Eurostat 2008).

L'Eurobarometro 2009 segnala le maggiori difficoltà di accesso al credito delle PMI italiane a causa dei più elevati tassi di interesse, dei maggiori costi di finanziamento e soprattutto dell'aumento delle richieste di garanzie⁹². Da un'indagine condotta dal Financial Times e ripresa dal Sole 24 Ore, per un tipico finanziamento a medio termine le imprese italiane pagano un tasso medio del 6,24% contro il 4,1% dell'impresa francese e il 4,04% dell'impresa tedesca.

La soglia d'usura deve essere posta su valori sufficientemente accostati ai valori espressi dal mercato per evitare l'acquisizione di rendite 'abusiva' a carico di imprenditori e consumatori, ma al tempo stesso deve essere sufficientemente discosta per non condizionare il libero svolgimento del mercato del credito e consentirne l'accesso ad

⁹¹ Mentre il mercato dei capitali offre alle grandi imprese apprezzabili opportunità per raccogliere risorse finanziarie, la gran parte delle piccole e medie imprese possono contare soltanto sul finanziamento bancario: per altro per queste ultime la misura del rischio è più complessa rispetto alle grandi imprese per le quali esiste una maggiore abbondanza di informazioni pubbliche; solo stabilendo rapporti prolungati nel tempo si pone in condizione la banca di apprezzare correttamente il rischio dei finanziamenti concessi.

Anche per tali motivi le PMI italiane si caratterizzano per l'elevato indebitamento e la scarsa liquidità. I tassi applicati alle PMI risultano particolarmente elevati e non sempre rispecchiano il rischio di credito dell'impresa.

⁹² Poco più dell'85% delle imprese non ha obblighi contabili, in quanto non costituite nella forma di società di capitale e le esigenze di carattere informativo necessarie per l'applicazione delle regole prudenziale introdotte da Basilea non possono essere soddisfatte appieno. Il rapporto con l'intermediario assume peculiarità poco formali e strutturate e la conoscenza della realtà aziendale si fonda scarsamente su analisi puntuali dei vari indicatori reddituali, finanziari e patrimoniali: le analisi risultano per lo più sintetiche e il patrimonio ricopre un ruolo centralissimo, come dimostra la ormai consueta richiesta ai propri clienti da parte della banca di fornire garanzie personali.

ogni iniziativa economicamente efficiente. Il mercato deve poter esprimere tassi che variano entro margini idonei ad allineare il costo del credito al rischio dell'iniziativa finanziata, sino a quel valore massimo tendenziale di rischio oltre il quale il costo stesso del finanziamento pregiudica l'investimento. *“Sul piano della teoria economica, la correlazione tra rischio e rendimento non ha un andamento sempre crescente. Oltre un certo livello, nessun aumento di tasso può compensare l'aumento del rischio, anzi l'onerosità del tasso aggrava il rischio in una spirale perversa. La curva di offerta dei prestiti – che raffigura la quantità di credito offerta dagli intermediari in funzione del prezzo a cui il finanziamento viene erogato – diviene a quel punto anelastica, insensibile al tasso”*⁹³.

La soglia d'usura pone pertanto un delicato equilibrio, dove gli effetti virtuosi e perversi sono connessi in un particolare rapporto di *trade-off*, reso complesso e multi-variegato in funzione della diversificazione geografica e di settore economico, oltre che dimensionale.

Le soglie d'usura, nonostante le inefficienze applicative, hanno esercitato, negli ultimi diciotto anni, una forma di tutela a favore di imprenditori e consumatori, sopperendo alle marcate inefficienze del mercato del credito. Senza un corretto equilibrio, che contemperi la stabilità dell'intermediario alla concorrenza del mercato del credito, ogni forma di rimozione delle soglie d'usura sortirebbe unicamente un indebito travaso economico dalle classi economico-sociali più deboli.

9. Considerazioni finali

La marcata tensione a cogliere le opportunità di un mercato del credito affetto da un'endemica carenza di concorrenza, dove il prezzo del denaro si forma più sull'utilità marginale del prestatore che sul costo del servizio del datore, spinge gli intermediari ad utilizzare pieghe normative e risvolti elusivi per massimizzare i profitti, valutando, nel calcolo dei costi/benefici, di esiguo rilievo i riflessi reputazionali e giudiziari dei comportamenti opportunistici adottati⁹⁴.

⁹³ G. Berionne, *Usura e Disciplina penale del credito*, CSM, Frascati, 1997.

⁹⁴ Il Governatore Draghi, in un articolo pubblicato sull'Osservatore Romano, a commento dell'Enciclica *Caritas in veritate*, così si esprimeva: *“Un modello in*

Quella dei crediti revocati, posti nella Categoria degli ‘Scoperti senza affidamento’, congiuntamente ai tassi extra-fido in esubero delle soglie d’usura, costituisce alcune delle più recenti ‘forzature’ messe in campo per eludere od edulcorare il presidio dell’usura.

Criticità si riscontrano altresì nei criteri di annualizzazione, disapplicati in talune circostanze, nei finanziamenti ipotecari in conto corrente e nei mutui che, se erogati in due tranches, una prevalente iniziale e l’altra a ‘stato avanzamento lavori’, non rientrano nella Categoria dei ‘Mutui’ ma in quella residuale degli ‘Altri finanziamenti’, con una soglia marcatamente più elevata. Oltre allo Scoperto senza affidamento, enucleato dalla Categoria delle Aperture di credito, gli altri finanziamenti alle imprese sono stati spostati nella Categoria residuale, con evidenti riflessi di innalzamento della soglia.

Non sono disponibili elementi statistici dimensionali delle categorie contemplate nelle ‘Istruzioni’ ma le modifiche e gli andamenti dei tassi più recenti sembrano segnalare un’estensione dimensionale della categoria residuale, alla quale non corrisponde affatto alcun criterio di omogeneità, come previsto dalla legge⁹⁵.

Il legislatore, nel fissare prima al 50%, poi al 25% più quattro punti, lo scarto massimo dal tasso medio espresso dal mercato, ha stabilito un limite assoluto di invalicabilità del costo del credito, quale che sia il titolo al quale viene esatto detto costo. Non ha tuttavia previsto un limite unico, ma ha inteso modellare la limitazione in funzione di caratteri di

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”.

⁹⁵ *“com’è intuitivo, inserire un’operazione in una categoria di carattere residuale – e in cui sono mescolati insieme, tra le altre cose, anche ‘credito su pegno’, ‘crediti connessi con delegazione di pagamento’, ‘mutui chirografari’ -, se può sollevare dubbi sulla portata dell’ampiezza, assicura che questa ‘categoria’ non ha nemmeno un minimo di omogeneità. D’altro canto, più si procede a distinzioni e frammentazioni, più si viene a complicare un meccanismo la cui ragione d’essere sta, all’opposto, nella semplificazione. E’ da chiedersi, a questo punto, se non sia senz’altro meglio risolvere il problema – più che con una categoria residuale priva di oggettivo significato o con un’insensata moltiplicazione di categorie – affidandosi a una valutazione costruita caso per caso (sulla base della sola indicazione di genere, cioè).”* (A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Ed. Zanichelli, 2013).

omogeneità connessi alla natura, oggetto, importo, durata, rischio e garanzia, rimettendo all'Organo Amministrativo il compito di individuare categorie di credito omogenee. Nel concetto di omogeneità, con le distinzioni indicate dalla legge, si è colta una flessibilità discrezionale per allentare il limite d'usura attraverso successivi frazionamenti del credito in categorie la cui omogeneità appare in taluni casi informata a speciosi criteri, con delimitazioni e dettagli – riportati nelle 'Istruzioni' e, più recentemente nelle FAQ – che assumono fattezze di scarsa oggettività. In diciotto anni di applicazione dei limiti d'usura, in plurimi interventi, è stato ampliato il numero di categorie e classi da 15 a 25, inducendo un allentamento dei limiti d'usura non certo inferiore a quanto disposto con il provvedimento legislativo (legge 106/11) che ha modificato lo spread, portandolo dal 50% al 25% più quattro punti⁹⁶.

Gli intermediari finanziari vanno cogliendo le smagliature delle Categorie previste nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia distribuendo le erogazioni di credito prevalentemente nelle Categorie con soglie d'usura maggiori, piegando all'occorrenza le condizioni contrattuali ai laschi parametri di inclusione previsti nelle 'Istruzioni' stesse. Gli *escamotage* posti in campo

⁹⁶ *'Più si segmenta il mercato del credito in distinte categorie più omogenee, più si riduce la variabilità all'interno della categoria e meno stringente risulta, per ciascuna categoria, lo spread posto pari al 25% più 4 punti percentuali. Da un punto di vista tecnico un allargamento del numero delle categorie risulta, in qualche misura, equivalente ad un ampliamento dello spread. (...) Se per le aperture di credito si prevede la partizione nelle classi di rischio A e B, ipotizzando un tasso medio originario della categoria pari al 6% al quale corrisponde un tasso medio del 4% per la partizione A e un tasso medio dell'8% per la partizione B, la soglia d'usura passerebbe dall'11,50% (6% + 1/4 di 6% + 4 punti) al 14% (8% + 1/4 di 8% + 4 punti), potendo l'intermediario bancario, nella sua discrezionalità, spostare agevolmente il credito dalla partizione A alla B. E' quello che si è fatto con lo scorporo, dalla categoria delle aperture di credito, di quelle prive di fido e quello che si prevede di introdurre con lo scorporo del credito extra-fido dal credito affidato. Con questi interventi la Banca d'Italia esercita un ruolo attivo nel diritto, un compito 'creativo' che le risulterebbe precluso. Avrebbe più senso e ragionevole sintonia con il principio di legge separare le aperture di credito garantite da quelle non garantite, per l'elemento oggettivo della garanzia che modifica la natura e il rischio del credito, oltre che l'onere a carico del cliente.'* (R. 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?, 2014, in www.assoctu.it).

sono i più vari, nella totale impotenza della clientela che subisce gli articolati costrutti contrattuali sui quali, nel formale rispetto della libertà contrattuale, la Banca d'Italia non ritiene di poter intervenire.

Si assiste da lungo tempo ad una continua e pervicace tensione degli intermediari bancari a ricercare margini di profitto in forme contrattuali e comportamenti giuridicamente estremi, confidando nei tempi lunghi impiegati dalla giurisprudenza per dirimere dubbi, contraddizioni e discrasie. Le circostanze di scarsa chiarezza e definizione delle regole di condotta pregiudicano la stessa concorrenza nel mercato del credito, inducendo comportamenti 'aggressivi' volti ad acquisire margini di profitto, attraverso strategie di prezzo e condizioni di credito, collocate su posizioni *border line*, dove i limiti di demarcazione legale non trovano un'unanime e condivisa individuazione.

Le ristrettezze nell'offerta del credito e l'anomala dimensione che è venuto assumendo il credito a revoca e a breve termine – ampiamente scollegato dalle esigenze finanziarie dell'impresa – determinano una situazione di oligopolica dominanza. In questa cornice del mercato, l'ampio ricorso allo *ius variandi* per modificare le condizioni contrattuali, vanifica ogni spinta alla concorrenza: ogni ragionata selezione e comparazione degli intermediari creditizi, con gli apprezzabili costi di spostamento dei rapporti, si scontra con l'instabilità e la precarietà delle nuove condizioni economiche ricevute dall'intermediario.

*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 bancari*⁹⁷. *Nelle pieghe della normativa secondaria si è trovato*

⁹⁷ “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 vieppiù 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.

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. Per contro viene riversato nelle aule dei Tribunali un marcato quantitativo di vertenze, per ricorrenti ed uniformi irregolarità, la cui patologica dimensione denuncia la confusione e opacità della regolamentazione, nonché la lacunosità e scarsa incidenza dei controlli dell'Organo di Vigilanza⁹⁸.

Una diffusa elusione delle soglie d'usura induce una lievitazione dei costi e dei rischi generali d'impresa, con conseguenti limitazioni all'espansione degli investimenti e tassi più elevati di *default*, con pregiudizio, in ultima istanza, dello stesso sviluppo economico. Per altro verso vengono oltremodo appesantite le condizioni economiche del settore Famiglie, risultano frenati i consumi ed esasperate le problematiche umane e sociali.

Le soglie d'usura sembrano indurre, in una tacita collusione, un indebolimento della concorrenza, assumendo la veste di valori di riferimento nell'assunzione delle decisioni sul prezzo del credito. La modalità endogena di rilevazione del tasso soglia sortisce, fra un trimestre e il successivo, un effetto perverso di crescita (*échelle de perroquet*) nella misura in cui l'intermediario finanziario è sospinto a praticare tassi prossimi alla soglia.

Non si dispone del dettaglio delle statistiche di rilevazione

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

⁹⁸ Secondo un sondaggio realizzato per Plus 24 da Ipr Marketing, il 68% degli italiani ritiene squilibrato il rapporto dei clienti con la banca e *'quasi la metà degli italiani, ovvero il 45%, ritiene che non ci sia nessuno a sorvegliare le banche. Solo il 22% ritiene che questo sia un compito della Banca d'Italia'*. (A. Criscione, *Sole 24 Ore*, Plus 24, 5 luglio '14)

dei tassi curate dalla Banca d'Italia per la determinazione delle soglie d'usura, ma l'evoluzione dei tassi praticati dopo l'introduzione dell'Euro segnala, per talune categorie di credito, andamenti di crescita che potrebbero essere ricondotti al noto effetto dell''*échelle de perroquet*', che in Francia viene attentamente monitorato e presidiato. In particolari segmenti del credito al consumo e alle imprese – privi di concorrenza, caratterizzati da asimmetria informativa e vincolati da rapporti negoziali di maggiore dipendenza dal credito – l'effetto di trascinamento verso il tasso soglia del tasso medio sembra assumere una pregnante rilevanza.

Per evitare l'effetto di trascinamento del tasso medio verso il tasso soglia, occorre sganciare il secondo dal primo, così che un accostamento al tasso soglia non venga ad alimentare un innalzamento del tasso medio, che poi viene impiegato per determinare un nuovo e più alto tasso soglia. Questo effetto distorsivo della lievitazione del tasso soglia può essere evitato assumendo a riferimento tassi esterni, correlati ma non direttamente dipendenti dai tassi di finanziamento. Una soluzione praticabile può essere individuata in un tasso che, anziché essere riferito al costo medio rilevato sul mercato del credito, sia riferito al costo di approvvigionamento dell'intermediario. Si potrebbe assumere a riferimento il tasso Euribor o il tasso di rifinanziamento della BCE, per i finanziamenti legati ai tassi monetari e un benchmark di riferimento analogo – tassi Eurorirs o BTP decennali – per i finanziamenti a più lungo termine. Con riferimento a tali parametri potrebbe essere stabilito, Categoria per Categoria, un moltiplicatore e uno *spread* assoluto, che possono essere agevolmente stimati sulla base della lunga serie di statistiche che dal '97 la Banca d'Italia rileva per la determinazione del tasso soglia. Un'attenta valutazione degli effettivi costi di intermediazione in ciascuna Categoria di credito può altresì consentire di individuare le correzioni al moltiplicatore che permettano di stemperare quelle divergenze con il prezzo del credito riconducibili alle scelte di opportunità dell'intermediario volte a condizionare le effettive esigenze dell'operatore economico⁹⁹. Una scelta così orientata porrebbe

⁹⁹ Le più recente riforma francese delle Categorie di credito sottoposte alle soglie d'usura è quasi esclusivamente rivolta a contrastare l'effetto dell'*échelle de perroquet* e a favorire un maggiore accostamento dell'offerta del credito alle

per altro fine ad ogni forma di discrasia, opacità e indeterminatezza che ha accompagnato le rilevazioni trimestrali del TEGM, mantenendo la flessibilità e diversificazione delle soglie d'usura, ma restituendo una più cristallina trasparenza al parametro di completamento della norma penale.

Le 'Istruzioni', chiarimenti ed indicazioni della Banca d'Italia, travalicando il ristretto ambito di competenza attribuite dalla legge 108/96, hanno ampiamente condizionato l'applicazione delle soglie d'usura, inducendo criteri di verifica improntati a scarsa trasparenza e sospinta soggettività, più funzionali, in un'ottica di stabilità, a edulcorare i limiti di legge e coprire i rischi legali dell'operato degli intermediari, che a tutelare gli utilizzatori del credito.

La Corte Costituzionale ha più volte precisato che il rinvio della norma penale alla fonte subordinata è legittimo in tanto in quanto la legge indichi con sufficiente puntualità i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti del provvedimento integratore del precetto. La Cassazione, anche recentemente, ha ribadito che la riserva di legge è rispettata, risultando affidato alla Banca d'Italia e al MEF solo il compito di fotografare i tassi di mercato¹⁰⁰.

effettive esigenze del consumatore. *“Indépendamment des explications avancées sur le comportement des organismes prêteurs, le mécanisme même des taux d'usure comporte des effets se traduisant par une hausse des taux. L'application d'un coefficient à des observations sur les taux moyens pratiqués, a pour conséquence d'entraîner le relèvement progressif des taux plafonds, dès lors que les établissements de crédit ont tendance à tarifier des taux d'intérêt se rapprochant du niveau de l'usure (effet dit 'd'échelle de perroquet'). De la même manière, le caractère endogène du mode de fixation de l'usure pourrait se traduire par un baisse des taux plafonds en cas de diminution des taux d'intérêts moyens effectivement pratiqués. (...) Les données issues des observations de la Banque de France en octobre 2008 confirment l'accumulation des taux d'intérêt des crédits non échéancés (crédits renouvelables et découverts bancaires) au voisinage de l'usure.”* (Rapport sur les modalités de fixation du taux de l'usure, J.L. Lépine, F. Laloue, février 2009).

¹⁰⁰ *“Proprio il rilievo che assume la procedura amministrativa per l'integrazione del reato ha fatto sorgere dei dubbi di costituzionalità della norma. Sul punto è intervenuta questa Sezione che ha statuito che: “In tema di usura è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 644, terzo comma cod. pen. e 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108 per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che le predette norme, nel rimettere la determinazione del “tasso soglia”, oltre il quale si configura uno degli elementi oggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, determinerebbero una violazione del principio della riserva di legge in materia penale”* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20148 del 18/03/2003 Ud.

La carenza non è nella legge, ma rimane nell'impiego 'difforme' della norma amministrativa. Gli interventi della Banca d'Italia appaiono andare ben oltre *'l'atto meramente ricognitivo, destinato a 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari distinti per classi omogenee di operazioni, secondo parametri di certezza ed obiettività'*.

Le norme amministrative che fungono da determinazione del precetto penale sollevano delicati problemi di oggettività con i connessi riflessi sul principio di tassatività che presiede la norma penale. A fronte della 'fotografia' reiteratamente richiamata dalla Cassazione, traspaiono interventi dell'Organo Amministrativo che richiamano le pitture di Ferdinando Botero.

Le criticità dell'intervento della Banca d'Italia si pongono sia sul lato della rilevazione dei tassi per la determinazione delle soglie d'usura, sia sul lato delle interferenze con la verifica dell'usura.

La scelta del metodo di calcolo del tasso effettivo, dei criteri di raccolta dei dati statistici, dei criteri di individuazione delle categorie omogenee, incide significativamente sulla determinazione delle soglie e, se intesa in senso creativo, libera eccessivi margini 'in bianco' della norma penale: la discrezionalità amministrativa deve trovare contenimento e limiti invalicabili nell'oggettività dei criteri stessi.

Rv. 226037). Con tale pronuncia la Corte ha osservato che il principio della riserva di legge è rispettato in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministro del tesoro solo il limitato ruolo di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari. Non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari. Questo percorso postula l'intervento della Banca d'Italia che nella sua qualità di Organo di vigilanza deve fornire le dovute istruzioni alle banche ed agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie.

E tuttavia questo intervento tecnico per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari postula comunque delle scelte interpretative da parte dell'Organo di vigilanza tanto in merito alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali effettuare la rilevazione dei tassi medi effettivamente praticati nel trimestre, quanto in merito all'individuazione "delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese (...) collegate all'erogazione del credito", che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche, quanto delle voci che devono essere escluse, in quanto imposte o tasse, ovvero oneri non collegati all'erogazione del credito. (Cassazione, 19/2/10, n.12028).

Le ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato – anche dopo le correzioni apportate nel 2009 – in più aspetti si pongono in contraddizione con il criterio di verifica del rispetto del tasso soglia dettato dall’art. 644 c.p.

In primis, la formula di calcolo del TEG, impiegata dalla Banca d’Italia per la determinazione del TEGM si discosta apprezzabilmente dal tasso annuo effettivo richiamato dalla norma di legge. La formula ideata dalla Banca d’Italia è del tutto sconosciuta alla matematica finanziaria. Con tale formula si realizza un improprio allentamento del vincolo disposto dall’art. 644 c.p. che prevede espressamente il riferimento al credito erogato: *“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.”*

Introducendo una discriminazione fra interessi da un lato e commissioni, oneri e spese dall’altro, nel TEG indicato dalla Banca d’Italia¹⁰¹, ai primi si applica il previsto disposto normativo, riferendoli al credito erogato, mentre ai secondi si applica un diverso e più edulcorato vincolo, riferendoli al credito accordato o, al più, al massimo credito concesso nel trimestre. Tale anomalia è stata prontamente colta dagli intermediari finanziari, che hanno alimentato una rapida proliferazione di oneri e spese, solo da ultimo arginata dall’introduzione della commissione onnicomprensiva di affidamento e dalla commissione di istruttoria veloce¹⁰². Un’altra rilevante contraddizione è emersa nel criterio di annualizzazione delle commissioni, oneri e spese, introdotto

¹⁰¹ La discriminazione in parola si riferisce esclusivamente alle Categorie: Apertura di credito in c/c; Scoperti senza affidamento; Finanziamenti per anticipi su crediti e documenti, sconto di portafoglio commerciale, factoring e credito revolving.

¹⁰² Un’ulteriore criticità viene sollevando la commissione di istruttoria veloce, per l’incidenza che talvolta viene assumendo in rapporto agli interessi e che *‘ingenera il sospetto che, in realtà, e contro lo spirito della legge, la banca non abbia mai effettuato l’istruttoria veloce, ed abbia invece nei fatti considerato la CIV una sorta di equipollente di altre commissioni, variamente denominate (indennità di sconfinamento, penale di sconfinamento, ecc..) invalse nella prassi bancaria in epoca antecedente all’introduzione dell’art. 117 bis TUB.’* (ABF, Collegio di Roma, n.3260/14). Nella circostanza rimane carente la trasparenza della parametrizzazione di tale commissione ai costi effettivamente sostenuti dall’intermediario, il cui controllo è rimesso esclusivamente all’Organo di Vigilanza.

nella formula di calcolo del TEG con le nuove ‘Istruzioni’ ‘09, ma apprezzabilmente edulcorato con le successive modifiche apportate dalle FAQ. Così che uno stesso ammontare, che addebitato come interesse farebbe debordare la soglia, addebitato invece come onere o spesa, risulterebbe rispettoso della soglia.

Ancorché la Cassazione ritenga che *”non v’è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l’autorità amministrativa deve compiere per ‘fotografare’ l’andamento dei tassi finanziari”* (Cassazione Pen. n. 12028/10), si assiste ad un ingiustificato e reiterato interventismo che fa della ‘fotografia’ un simulacro. Dalla lettura delle FAQ, assurde ad integrazione delle ‘Istruzioni’, si colgono pregnanti elementi pervasi da un’accentuata discrezionalità, forse funzionali alla gestione del credito, ma che appaiono poco congruenti con il principio di oggettività che dovrebbe presiedere la definizione delle Categorie e dei TEG di rilevazione del TEGM.

Con i recenti provvedimenti legislativi è stata soppressa l’iniqua CMS ed è stato posto fine ad un impiego ‘sconsiderato’ di oneri e spese, riconducendo ad un’unica voce, commisurata ai costi, le spese di istruttoria e di affidamento che accompagnano la concessione del fido e dello scoperto.

Onde evitare che tali oneri, nell’evenienza di anomale sproporzioni con il credito erogato, conducano il TEG praticato oltre la soglia, gli operatori bancari si sono dotati di algoritmi di ‘cimatura’ che automaticamente riportano entro il tasso soglia gli importi addebitati.

La formula della Banca d’Italia, con l’inclusione nel TEG di tali spese fisse, è divenuta anacronistica, essendo venuta meno la già labile motivazione della sua inedita formulazione. Le commissioni di istruttoria e affidamento – afferenti il servizio preliminare di messa a disposizione dei fondi, distinto dal credito utilizzato – sono ormai regolate da specifiche norme e potrebbero anche essere escluse dalla verifica dell’usura, mentre le altre spese potrebbero ben rientrare, senza distinzione alcuna, nella tradizionale formula degli interessi (TAEG).

Le frequenti modifiche e cambiamenti che intervengono nella classificazione e rilevazione statistica, non trovano spiegazione in alcuna analisi e documentazione resa disponibile dalla Banca d’Italia: gli stessi dati rilevati

rimangono esclusi all'informazione. Gli andamenti storici dei TEG rilevati sollevano apprezzabili perplessità che andrebbero fugate ponendo a disposizione analisi e dati di dettaglio per comprenderne compiutamente l'evoluzione¹⁰³. La ritrosia ad una maggiore informazione sembra voler escludere interferenze e critiche che imporrebbero una maggiore spiegazione e trasparenza delle scelte operate dalla Banca d'Italia. La delicata funzione di imparzialità, oggettività e professionalità rimessa all'Istituto Centrale richiederebbe una maggiore attenzione alle pronunce della Cassazione, a garanzia che i rapporti di coerenza della norma subordinata alla legge penale rimangano nei limiti previsti dall'art. 25 della Carta Costituzionale.

Gli aspetti di conflitto d'interesse, rivenienti dalla circostanza che i dati sono forniti dagli stessi soggetti al cui controllo la norma è rivolta, dovrebbero altresì suggerire un fermo presidio sanzionatorio alla precisione e correttezza delle informazioni trasmesse e un utilizzo più incisivo dei poteri di Vigilanza rivenienti dall'art. 5 del TUB per assicurare, anche sul fronte dell'applicazione dei tassi alla clientela, una corretta rispondenza dei comportamenti ai principi stabiliti dalla legge sull'usura.

Nel rispetto della funzione assegnata al giudice, la Banca d'Italia potrebbe altresì esercitare la sua proverbiale *moral suasion* per indirizzare gli intermediari creditizi ad astenersi da comportamenti *border line* che potrebbero risultare illeciti.

Le indicazioni, spesso parziali e di favore, prospettate dalla Banca d'Italia, appaiono più dirette ad amministrare la verifica dell'usura che a curare una corretta rilevazione statistica del tasso medio di mercato. Attraverso il disposto dell'art. 3 comma 2 dei decreti ministeriali, si vorrebbero trasporre i margini 'accomodati' della rilevazione statistica del TEGM alla verifica del rispetto della soglia d'usura. Sembrano

¹⁰³ I dati del TEGM rilevati dalla Banca d'Italia, nonostante l'impiego della formula del TEG che induce un'apprezzabile sottovalutazione del tasso effettivo, risultano marcatamente superiori a quelli di una diversa rilevazione, riportata nel Bollettino statistico, riferita al TAEG, l'effettivo costo del credito, anche se tale rilevazione esclude le esposizioni inferiori a € 30.000, il ventre 'molle' e 'allargato' del Paese dove si concentra numericamente la parte rilevante delle esposizioni creditizie più deboli. Sembra potersi dedurre che la flessione dei tassi, conseguente all'ingresso dell'Euro, abbia riguardato, quasi esclusivamente, i crediti di più elevato importo.

perpetrarsi quegli spazi di scarsa trasparenza e di conflitto con la norma penale che hanno consentito in passato l'ampio ricorso al *favor rei*, in presenza di significative lesioni al rispetto della legge¹⁰⁴.

Seppur tendenzialmente accostati, se non si tengono distinti i criteri di rilevazione del tasso medio (TEGM) dai criteri di verifica del rispetto della soglia, continuano a permanere ampie zone di criticità dove la rilevazione del TEGM non fotografa l'effettivo tasso di mercato e la verifica dell'usura mutua dai criteri di rilevazione aspetti in aperto conflitto con i principi dell'art. 644 c.p.. Comportamenti opportunistici degli intermediari, dietro la formale copertura dell'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali e le confuse indicazioni della Banca d'Italia, hanno per lungo tempo reiterato problemi di determinatezza e tassatività della norma, aprendo il varco a condotte che, pur oggettivamente illecite, non hanno integrato il reato penale per mancanza dell'elemento soggettivo.

La norma che regola l'usura è chiara, semplice, di immediata comprensione ed applicazione.

La norma amministrativa, rivolta alla rilevazione di un dato statistico, risulta al contrario articolata in dettagli e specificazioni necessari a cogliere compiutamente il dato fisiologico medio di mercato. Le perplessità ed incertezze insorgono quando i criteri di calcolo ed inclusione della rilevazione statistica vengono trasposti sulla norma di legge

¹⁰⁴ Come hanno evidenziato le vicende della CMS, le scelte della Banca d'Italia dispiegano frequentemente un velo di opacità sui contenuti operativi della norma penale, ponendo un ostacolo all'ineludibile presupposto della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla chiarezza, riconoscibilità e tassatività dell'effettivo contenuto precettivo della norma penale: *“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).

penale, ponendo una variegata casistica di fattispecie concrete nelle quali il TEG risulta entro la soglia, mentre il tasso annuo effettivo (TAEG) richiamato dalla norma si colloca, anche apprezzabilmente, al di sopra della soglia.

Con i fermi principi di responsabilità e di stretto rispetto dell'art. 644 c.p. fissati dalla Cassazione Penale n. 46669/11 – senza alcun riconoscimento di delega al MEF e alla Banca d'Italia, salvo la 'fotografia' dei tassi di mercato – è stata ristabilita la determinatezza e tassatività della norma penale, ripristinando la dignità dell'art. 644 c.p.: dopo la menzionata pronuncia non sembra si possa escludere, anche sotto il profilo soggettivo, il reato d'usura, in quei comportamenti degli operatori bancari riferiti esclusivamente alle indicazioni e 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Con la recente pronuncia della Cassazione n. 18778/14, anche all'usura concreta (3° comma, art. 644 c.p.) è stato restituito un definito ed oggettivo ambito di applicazione, al quale gli intermediari sono chiamati a prestare una pari attenzione.

Se poi l'Organo di Vigilanza non esplica compiutamente i poteri che gli rivengono dall'art. 5, più recentemente rafforzati nell'art. 127 del T.U.B., il presidio della norma rimane affidato esclusivamente alla Magistratura. Nei tempi ritardati di quest'ultima, i fenomeni di reato, per la stessa dinamica del mercato¹⁰⁵, si vengono diffondendo a buona parte degli intermediari finanziari determinando un continuo flusso seriale

¹⁰⁵ *“Le stesse regole di mercato inducono spinte al profitto che esasperano i comportamenti ‘aggressivi’ sino al limite di legge ed oltre: con l’indesiderato riflesso di sospingere ai margini del mercato proprio quegli intermediari più cauti che cogliendo la discrasia fra norma di legge e disposizione amministrativa vengono adottando comportamenti prudenziali a rispetto dell’una e dell’altra. E’ naturale e consequenziale che l’imprenditore bancario adotti strategie di mercato che massimizzino i profitti, nell’ambito delle regole definite dalle norme e dalle indicazioni della Banca d’Italia: la patologica proliferazione di commissioni, oneri e spese, a cui si è assistito negli ultimi quindici anni, è tutta riconducibile alla discrasia insita nella norma amministrativa che ha prevalso sulla norma di legge, discriminando, nella formula del TEG, gli interessi dalle altre competenze. Motivi opportunistici di bilancio hanno suggerito agli operatori bancari di privilegiare le difformi indicazioni della Banca d’Italia rispetto alla incontrovertibile formulazione dell’art. 644 c.p., confidando nella generale moratoria che le recenti sentenze della Cassazione penale hanno dovuto riconoscere per il periodo precedente il 2010.”* (R. 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?’*, 2013, in www.assoctu.it).

di ricorsi giudiziari.

Si avverte l'esigenza di evitare discrasie, interpretazioni ed indicazioni che si frappongono ad una verifica dell'usura riferita esclusivamente al dettato letterale dell'art. 644 c.p.¹⁰⁶, rimuovendo la prescrizione che continua ad essere riportata nell'art. 3, comma 2 dei decreti del MEF di pubblicazione delle soglie d'usura, oltre al richiamo negli stessi all'indagine campionaria della Banca d'Italia del 2001: tali enunciati costituiscono lo sparuto velo al quale si appoggiano i più sospinti comportamenti opportunistici degli intermediari. La pronuncia della Cassazione è categorica: *“La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644, comma 4, c.p.) ...”*, e precisa: *“Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi ...”* aggiungendo ulteriormente: *“Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà ...”*¹⁰⁷.

Nell'attenzione alla verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. occorre altresì non trascurare debordi occasionali e di scarso rilievo, se non riconducibili a casi isolati ed errori accidentali, non seriali. Con una platea estesa a milioni di correntisti, anche un modesto sforamento, se diffuso all'intera compagine, apporta al bilancio dell'intermediario importi significativi: in tali circostanze, l'elemento soggettivo, la volontà di praticare usura, trascende lo specifico rapporto di conto e va individuata nella ricorrenza ed estensione del fenomeno e nella sua

¹⁰⁶ .. *“La legge 108/96, imperniata sull'oggettivo squilibrio delle prestazioni dedotte in contratto, rappresenta il punto di arrivo di una precisa tendenza – espressa già qualche anno prima dal legislatore in materia di credito al consumo, ove assume preminente rilievo la nozione di ‘tasso annuo effettivo globale’ (TAEG) /cfr. art. 122 TUB) – volta ad identificare il concetto di ‘interesse pecuniario’ con il ‘costo del denaro’. Va da sé che ciò comporta inevitabilmente una metamorfosi del bene giuridico protetto dalla norma penale (art. 644 c.p.), che non potrebbe essere più identificato – come la dottrina dominante era orientata a ritenere in passato – con il patrimonio individuale o con la libertà di autodeterminazione (negoziale) della vittima, ma va individuato nel corretto e razionale svolgimento delle relazioni di credito.”* (A. Maniaci, *Le regole sugli interessi usurari, in Il Mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Ed. Zanichelli).

¹⁰⁷ Cassazione Pen. n. 46669/11.

incidenza e rilevanza nel bilancio dell'intermediario.

Una maggiore trasparenza e chiarezza normativa si può conseguire recependo in radice lo spirito espresso nella menzionata Cassazione Penale riconoscendo, anche nelle disposizioni amministrative, la netta separazione fra i criteri di rilevazione del tasso medio di mercato ed i criteri di verifica della soglia d'usura. Seppur accostate le finalità rimangono distinte e la ricerca di una inesistente omogeneità di calcolo finisce per condizionare da un lato la rilevazione statistica e distorcere dall'altro la verifica del rispetto dell'art. 644 c.p..

Nella definizione delle Categorie si rende opportuna una maggiore oggettività dei criteri di omogeneità che discriminano una Categoria dall'altra. Recuperando i margini decisionali che la legge gli affida, il MEF, in termini di maggiore trasparenza, potrebbe richiedere alla Banca d'Italia un'analisi dei dati di dettaglio provenienti dalla rilevazione statistica operata trimestralmente, onde monitorare l'omogeneità e la dinamica delle Categorie di credito, sottoponendo, nella trasparenza, a consultazione pubblica le modifiche che si intendono apportare alla classificazione del credito in Categorie, non trascurando per altro che ogni aumento del numero di Categorie – passate dalle 15 iniziali alle attuali 25 – induce un allentamento dei limiti d'usura.

Lasciando impregiudicata la responsabilità del rispetto delle soglie all'intermediario bancario e circoscrivendo il giudizio di verifica al semplice e chiaro enunciato dell'art. 644 c.p., la Banca d'Italia potrebbe al più esprimere – all'unisono con la Corte Suprema e separatamente dai criteri statistici di rilevazione del valore medio del mercato (TEGM) – una propria autorevole valutazione sui principi di coerenza con il dettato dell'art. 644 c.p. e di cautela negli eventuali margini di dubbio che dovessero insorgere. Tali indicazioni, ove condivise, potrebbero guidare gli intermediari nella predisposizione dei piani tariffari del costo del credito e nei processi informatici di 'cimatura', già ampiamente impiegati nel calcolo e nell'addebito di interessi, oneri e spese.

Chiariti i contorni normativi e riportati ad unità le espressioni di consenso alla corretta applicazione dell'art. 644 c.p. non rimarrebbero margini operativi a spinte opportunistiche che si alimentano e diffondono nelle zone grigie della normativa.

Gli intermediari finanziari avvertono la confusione del coacervo di indicazioni che promanano dall'ABI, dalla Banca d'Italia, dall'ABF e dalla Cassazione, ben consapevoli che solo quest'ultima è istituzionalmente designata a fornire la corretta lettura ed indirizzo della norma; le altre indicazioni, pur provenienti da istituzioni di prestigio, si risolvono in autorevole 'opinioni', che tuttavia non possono pregiudicare la determinatezza e tassatività della norma¹⁰⁸.

In queste circostanze, valutata la generalità delle incertezze e incongruenze determinatesi, che pregiudicano significativamente i comportamenti degli intermediari – sospinti spesso dalle esigenze di bilancio e dai vincoli di

¹⁰⁸ Non si può trascurare che la 'Babele' giuridica che si è venuta a determinare, nonostante la posizione assunta dalla Cassazione, possa essere proprio la risultante di una sostanziale carenza dei principi costituzionali che presiedono la portata applicativa della norma penale. “ (...) non può sfuggire che la fonte primaria non determina i modelli matematici (la formula) da utilizzare per il computo della 'media' e che, ovviamente, a criteri di calcolo diversi corrispondono soluzioni diverse ovvero soglie differenti. (...) Inoltre la classificazione delle operazioni - adempimento annuale che consente l'operatività in concreto della fattispecie incriminatrice, dal momento che alla singola classe corrisponde un determinato tasso soglia – è demandata alla scelta del tutto discrezionale dell'autorità amministrativa; autorità alla quale viene, peraltro, riconosciuto il potere di procedere alla classificazione secondo criteri del tutto indeterminati e privi di reale contenuto, almeno fintanto che vengano apprezzati in linea teorico-astratta quali parametri 'la natura', 'l'importo e la durata' del finanziamento ovvero il beneficiario e le garanzie da questi prestate in ragione del 'rischio' dell'operazione, criteri che, al contempo, concorrono a formare i 'dati' sulla base dei quali vengono effettuate le rilevazioni che conducono alla individuazione del tasso effettivo medio globale. E, per giunta, la articolazione interna di simili classi (di operazioni) per 'categorie omogenee' non è minimamente pre-determinata, in modo che si finisce per affidare (addirittura) all'interprete-operatore giudiziario il compito di qualificare il negozio intercorso fra le parti e, quindi, collocare l'operazione in una, piuttosto che in altra, categoria tipologica; (...) Ora è a tutti nota la posizione da tempo assunta in materia da parte della Corte costituzionale: oltre la determinazione della pena va riservata alla legge 'la sufficiente specificazione del fatto' ovvero la determinazione del 'contenuto politico essenziale' del divieto. Il rinvio ad un atto sub-legislativo (peraltro, preesistente) risulta in tale ottica conforme ai principi di riserva di legge e di determinatezza nella misura in cui non 'perduri la facoltà dell'amministrazione di mutare, sostituire o abrogare l'atto stesso' e sempre che consista nella pura e semplice attività di specificazione di meri elementi tecnici da effettuare sulla scorta dei criteri indicati dalla legge in modo preciso, così da non creare inammissibili 'incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito penale' (R. Rampioni, La fattispecie di usura presunta nel crogiolo della pratica applicativa. Il 'nodo' della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici. Cassazione penale, 2012).

mercato, a perpetrare condotte *border line* – si avverte anche da parte di questi ultimi uno stato di diffuso disagio e l'esigenza di un'urgente definizione e chiarificazione del quadro normativo, che contemperi altresì, nei comportamenti passati, le incertezze insorte con le rilevanti sanzioni previste dalla norma.

In una prospettiva di più ampio periodo, alla rimozione delle smagliature e incongruenze insorte nel quadro normativo, deve accompagnarsi un'accelerazione del processo di revisione del quadro del credito che riconduca alla libera concorrenza le funzioni principe di calmiera dei tassi di interesse e di efficiente allocazione del credito.