

LE SEZIONI UNITE (N. 16303/18) LEGITTIMANO LA RILEVAZIONE USURARIA DELLA CMS, SECONDO LE MODALITÀ DELLA CIRCOLARE BANCA D'ITALIA DEL 2 DICEMBRE 2005

di ROBERTO MARCELLI

1. La sentenza

In un primo passaggio, la sentenza si occupa del discusso carattere interpretativo dell'art. 2 bis d.l. n. 185 del 2008, che ha disciplinato la commissione di massimo scoperto: escludendolo, ma al tempo stesso ritenendo tale esclusione non decisiva per la rilevanza o meno della CMS ai fini della verifica del superamento del tasso soglia. Nella trattazione di questo aspetto, la sentenza coglie l'occasione per rilevare che la medesima definizione impiegata per individuare l'usura – commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse – che si riscontra sia all'art. 644, 4° comma, c.p., sia all'art. 2, 1° comma, l. n. 108/96, indica *‘con chiarezza che gli elementi rilevanti sia agli uni che agli altri effetti sono gli stessi’*. In un secondo passaggio, la stessa riscontra che la CMS *‘non può non rientrare tra le “commissioni” o “remunerazioni” del credito menzionate sia dall'art. 644 c.p., comma quarto, c.p. che dall'art. 2, comma 1 legge 108 del 1996, attesa la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca’*.

Acquisito tale passaggio, la decisione delle SS.UU. - assumendo come indefettibile l'esigenza di omogeneità, o simmetria, fra rilevazione del tasso soglia e verifica dell'eventuale ricorrenza dell'usura a livello di fattispecie concreta - stima possibile «superare» ogni ipotetica illegittimità dei decreti ministeriali (con conseguente, e rilevata, disapplicazione dei medesimi da parte del giudice), a mezzo di adeguata valorizzazione del dato separato della CMS media, pure pubblicato nei decreti stessi (secondo quanto già indicato, del resto, dall'ordinanza di Cass., n. 15188/2017, che ha rimesso la questione al vaglio delle SS. UU.).

Da ultimo, ritenendo ineludibile una comparazione separata, la sentenza riprende e, per così dire, fa proprie¹ le modalità di verifica suggerite nel Bollettino di Vigilanza del dicembre 2005. Tali modalità convergono – la constatazione ha segno oggettivo – con i criteri enucleati, in tempi precedenti, dall’Associazione Bancaria Italiana per il tema del rapporto tra usura e mora (circolare ABI n. 4681/2003).²

¹ *‘Con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all’entrata in vigore delle disposizioni di cui all’art. 2 bis d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell’usura presunta come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale d’interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata – intesa quale commissione calcolata in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento – rispettivamente con il tasso soglia e con la CMS soglia, calcolata aumentando della metà la percentuale cella CMS soglia indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell’art. 2, comma 1, della predetta legge n. 108, compensandosi, poi, l’importo della eventuale eccedenza della CMS in concreto praticata, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con il “margine” degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l’importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati’.*

² A partire dal marzo ’03, una fonte di polemiche e confusione veniva sollevata dall’ambigua indicazione introdotta nei decreti del MEF. Gli stessi, mentre individuano all’art. 1 la Tabella dei tassi medi determinati ai sensi dell’art. 2 della legge n. 108/96, in separato articolo (art. 3, 4° comma) – oltre che nella premessa del decreto – menzionavano un’indagine campionaria effettuata dalla Banca d’Italia nel III trimestre ’01, ora aggiornata al II trimestre ’15, nella quale veniva rilevata la maggiorazione media della mora stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento (2,1 punti). Nei mesi successivi alla prima pubblicazione in decreto, l’ABI, prendendo spunto dalla menzionata indicazione, indirizzava alle proprie associate una nota nella quale sottolineava che: *“In merito a tale importante chiarimento normativo, prime autorevoli interpretazioni della dottrina hanno espresso un orientamento positivo, evidenziando come il tasso soglia degli interessi moratori vada quindi oggi determinato nella percentuale prevista per gli interessi corrispettivi, maggiorata di 2,1 punti percentuali, aumentata della metà.”*. Nel parere della prof.ssa Severino di Benedetto, unito alla nota, a supporto dell’interpretazione suggerita, si sostiene l’avviso che la citata indagine, condotta ai fini conoscitivi su un campione di intermediari, non assume un valore meramente statistico, ma riveste una valenza di più ampia portata sottolineata dall’espreso richiamo del decreto ministeriale. Da detto richiamo, in mancanza di altra indicazione, si fa discendere l’individuazione di uno specifico tasso soglia per gli interessi moratori, dato dalla somma del tasso medio, individuato dalla Banca d’Italia per gli interessi corrispettivi, e della maggiorazione di 2,1 punti

Su quest'ultimo profilo della sentenza si impone, subito una prima notazione. Non risulta di immediata percezione la ragione di questo coinvolgimento in una materia che coinvolge il mercato creditizio, con significativi risvolti penali, di un criterio ordinatore che origina dalle stesse imprese bancari; né la sentenza spiega come collegare il detto criterio con il tessuto normativo della legge sull'usura, in proposito non andando sostanzialmente oltre l'affermazione, secondo cui «tali modalità ... appaiono rispettose del dettato normativo».

2. Riflessi operativi

Da un punto di visto applicativo, la sentenza in argomento va congiunta con la precedente sentenza della Cassazione S.U. n. 24675 del 19 ottobre 2017, che ha ricondotto l'accertamento dell'usura ex art. 644 c.p. e 1815 c.c. esclusivamente all'equilibrio del rapporto fra le prestazioni convenute al momento pattizio. Il principio stabilito da detta Cassazione S.U. risulta coprire, oltre ai mutui, anche i rapporti di credito in conto corrente, dove ricorrentemente, accanto alla stipula iniziale, intervengono successive pattuizioni di adeguamento ex art. 118 TUB, alle condizioni di mercato.³ A ciò sembra riferirsi la sentenza nel

percentuali, il tutto aumentato del 50%. Nel parere si affronta anche l'eventualità che la maggiorazione della mora superi il valore di 2,1 punti maggiorato del 50%, cioè 3,15 punti, e si sostiene che la circostanza non è sufficiente a configurare l'usura se l'interesse corrispettivo, incrementato del maggior margine di mora, rimane comunque inferiore alla soglia d'usura. Tale costrutto verrà ripreso e proposto dalla Banca d'Italia per le Commissioni di Massimo Scoperto nella nota del 2/12/05 e, successivamente, fatto proprio e suggerito anche per la Mora soglia nella comunicazione del 3 luglio 2013.

³ *‘A fare propendere per la riconduzione anche della situazione in discorso all'alveo dell'usura originaria, tuttavia, sta la constatazione dell'equivalenza effettuale della struttura ex comma 2 dell'art. 118 con quella del patto di cui all'art. 2 legge n. 24/2011. Naturalmente, la gratuità dell'operazione per il cliente è soluzione predicabile, per la specie in questione, solo a partire dal periodo successivo a quello in cui è stato esercitato il ius variandi da parte della banca’.* (A.A. Dolmetta, *Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta*, 2014, incaso.it). Giova osservare che l'esercizio dello *jus variandi* che introduce un tasso debordante la soglia, è sanzionato con la nullità che investe tutti gli interessi addebitati nei trimestri successivi, a prescindere che si collochino sopra o sotto la soglia: la nullità della condizione non sembra sanabile da un successivo esercizio dello *jus variandi* che riporti nella soglia il tasso di interesse.

menzionare i ‘patti successivi’: ‘*E’ priva di fondamento, infatti, la tesi della illiceità della pretesa del pagamento di interessi ad un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione (con il contratto o con patti successivi), alla soglia dell’usura definita con il procedimento previsto dalla legge n. 108, superi tuttavia tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi*’.

Il riferimento al momento genetico del patto creditizio, sancito dalla menzionata Cassazione S.U rende anacronistico trasportare nella verifica dell’art. 644 c.p. la formula del TEG impiegata nella rilevazione del TEGM per i finanziamenti ad utilizzo flessibile. Infatti, la formula del TEG, che riporta al denominatore della prima frazione i numeri debitori maturati nel trimestre e nella seconda l’affidato, è preordinata ad una rilevazione statistica che interviene *ex post*; al momento genetico del contratto, *ex ante*, non vi è ancora alcuna erogazione: queste intervengono gradualmente nel tempo con modalità continuative e ripetitive, che richiederebbero una verifica *in continuum*; né intervengono ancora, alla genesi del contratto, numeri debitori che possano giustificare una formula che si discosta da quella del TAEG prevista per i finanziamenti con piano di ammortamento predefinito; né ancora l’art. 644 c.p. ammette deroghe, o formule edulcorate, per i costi fissi collegati a finanziamenti ad utilizzo flessibile, quando l’importo dell’utilizzo risulti moderato, inferiore all’accordato. Non si ravvisano ormai più ragioni legittime per rilevazioni e ‘computi’ diversi e distorti: le commissioni di affidamento che hanno sostituito la CMS, come gli altri oneri fissi, potrebbero essere gestite contrattualmente, in termini coerenti con il rispetto dell’art. 644 c.p., attraverso clausole di salvaguardia e l’impiego dei meccanismi di cimatura dei quali sono dotati i sistemi informatici degli intermediari. L’impiego della formula del TEG, a doppia frazione, trasfusa nella verifica dell’art. 644 c.p., per utilizzi del fido inferiori all’accordato, restituisce una misura del costo del credito errata, che può risultare anche marcatamente inferiore a quella effettivamente sopportata dal cliente.⁴ Continuare a negare questa evidenza, o giustificarla per

⁴ La discrasia fra TAEG e TEG diviene ancor più paradossale con le ultime Istruzioni ‘16. Per i crediti sconfinati rispetto al fido, per i quali sino alle precedenti Istruzioni era previsto al denominatore della seconda frazione del TEG l’accordato, con le nuove Istruzioni, senza alcuna consultazione, si prevede il saldo

esigenze operative – in oggettiva contraddizione con il dettato dell'art. 644 c.p. – esprime un indebito appiattimento sulle indicazioni della Banca d'Italia, a scapito di una diffusa platea di consumatori ed imprenditori. L'equilibrio economico delle operazioni di credito di più modesto importo, su un ampio aggregato di clientela, può trovare soluzioni diverse, nel più rigoroso rispetto della norma.

Premesso questo quadro operativo della verifica dell'usura in conto corrente, e limitando adesso l'attenzione agli aspetti attinenti alla CMS, un primo risvolto che discende dalla riconduzione della verifica al momento originario appare palese: il contratto deve essere rispettoso della soglia d'usura, quale che sia l'importo affidato ed utilizzato. Poiché le condizioni contrattuali vanno a regolare ogni possibile scenario di impiego del credito affidato – e talora anche del credito in extra fido – anche il *worst case* dovrà risultare entro le soglie d'usura. In ogni scenario

liquido massimo. Nel documento posto in consultazione nell'aprile del '15 si riportava: *'Nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo; nel caso di operazioni di factoring su crediti acquistati a titolo definitivo e di sconto di effetti deve essere considerato l'importo erogato. (...).'* Nella versione definitiva, resa pubblica il 29 luglio, senza che alcunché fosse riportato nel resoconto della consultazione, né alcuna giustificazione avesse accompagnato la modifica, nel trattare i conti non affidati – con un'espressione alquanto equivoca e contraddittoria - si introduce 'una forzatura' per ricomprendere anche gli sconfinamenti dei conti affidati: *'Nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente predeterminato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati e degli sconfinamenti rispetto al fido accordato deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo; nel caso di operazioni di factoring su crediti acquistati a titolo definitivo e di sconto di effetti deve essere considerato l'importo erogato. (...).'* Una modifica, introdotta 'alla chetichella' *ad usum Delphini*, con la quale si crea un'ulteriore discriminazione a favore degli intermediari: se l'utilizzato è inferiore all'accordato, nel TEG si considera l'accordato, se l'utilizzato è superiore all'accordato, si considera il saldo massimo, amplificando l'asimmetria fra TAEG e TEG.

possibile, il margine liberato dal tasso di interesse praticato (rispetto alla soglia) dovrà sopravanzare l'eventuale debordo della CMS dalla rispettiva soglia. Considerata la modalità "gabellare" di incidenza della CMS, di regola indifferente alla durata dello scoperto, è facile verificare come un piccolo debordo della CMS dalla soglia, anche in presenza di una 'marginale' degli interessi ampio, determina il supero della soglia.

Ad esempio, per un fido di € 100.000, se il tasso di interesse è il 10% annuo e la CMS è posta all'1,05%, con una soglia dell'interesse al 15% e della CMS all'1%, nel caso di utilizzo nel trimestre del fido completo per un solo giorno, gli interessi risulterebbero pari a € 27,8, con un margine disponibile – rispetto agli interessi di € 41,7 corrispondenti al tetto del 15% - pari a € 13,9, mentre l'esubero della CMS (€ 1.050) rispetto alla soglia (€ 1.000) è pari a € 50; un risultato analogo potrebbe ravvisarsi in presenza di extra fido, se il contratto consente il libero utilizzo, contingentato o meno, dell'extra fido stesso, prevedendo una specifica CMS per tale evenienza.

In coerente applicazione del principio stabilito da Cassazione S.U. n.16303/18, che qui si annota, la verifica dell'usura per i rapporti di credito che ricomprendono fra i costi la CMS, stipulati sia prima che dopo la Circolare della Banca d'Italia del 2 dicembre 2005, dovrà ricomprendere il rispetto della CMS soglia pubblicata nei decreti ministeriali, in ogni possibile evenienza di utilizzo del credito: **sostanzialmente con una CMS superiore alla soglia, salvo casi molto particolari, non vi è tasso di interesse, ancorché esiguo, che possa coprire una CMS superiore al valore medio rilevato.**

La modalità stessa di verifica dell'usura per la CMS, che combina e compone il valore della stessa con il margine reso disponibile dal tasso di interesse praticato, fa ritenere applicabile, in caso di esubero della CMS soglia – a prescindere dalla dimensione del tasso di interesse -, la nullità dell'art. 1815 c.c. estesa a tutti gli interessi, nel significato allargato previsto dall'art. 644 c.p.⁵

⁵ La Cassazione parla di '*comparazione separata – ancorché coordinata – rispetto a quella riguardante i restanti elementi rilevanti ai fini del tasso effettivo globale di interesse*'.

3. Considerazioni critiche sulla sentenza

La sentenza delle SS. UU., anche al di là del fatto che la stessa si pone in posizione diametralmente opposta alle reiterate posizioni assunte dalla Cassazione Penale,⁶ lascia – lo si è già anticipato – molto perplessi.

Senza entrare nelle argomentazioni di dettaglio (Cfr. R. Marcelli. Usura Bancaria: ad un ventennio dalla Legge: un impietoso bilancio, Banca Borsa e Titoli di Credito, Supplemento n. 4/2017), si possono richiamare sinteticamente solo alcune delle più palesi contraddizioni che insorgono, distintamente, sia nel principio di omogeneità, sia nell'impiego della CMS media.

In tema di asimmetria di confronto si rileva:

i) nello spirito della legge, la rilevazione del TEG della Banca d'Italia rileva, e quindi ricomprende, esclusivamente i costi fisiologici, mentre la verifica posta dall'art. 644 c.p. mira soprattutto a contenere i costi della patologia entro i limiti di soglia; verifica e rilevazione assolvono a funzioni diverse, alle quali tecnicamente non possono che corrispondere calcoli e modalità di inclusione diversi, accostati ma non identici;

⁶ *‘Il contrasto insorto tra la giurisprudenza penale e la giurisprudenza civile circa il computo delle commissioni di massimo scoperto (CSM) nel calcolo del tasso effettivo globale (TEG) fino al 31.12.2009 rappresenta un caso quasi unico nella storia della nostra giurisprudenza di legittimità, atteso che la Cassazione Civile ha di fatto invaso il campo della Cassazione Penale in materia di reato (art. 644 c.p.), senza che tale conflitto, tra l'altro, sia risolvibile ricorrendo alla Sezioni Unite, in quanto non è contemplata nel nostro ordinamento giuridico vigente una soluzione a Sezioni Unite (Civili o Penali) per contrasti sullo stesso argomento tra la Cassazione Civile e la Cassazione Penale, anche se la giurisprudenza penale ha una tendenziale prevalenza su quella civile (ciò è desumibile implicitamente anche dall'art. 651 c.p.p.), dal momento che è destinata a garantire una maggiore tutela della collettività rispetto a quella civile. Non si può sottrarre che la materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legalità si verifica solo mediante il confronto con la norma (art. 644, 4° comma, c.p.). È evidente che il contrasto in questione ha generato una grande sfiducia nella Giustizia da parte dei cittadini consumatori bancari, nonché una loro inevitabile confusione, poiché assistono inermi ad un contrasto giurisprudenziale senza precedenti, dannoso e non sanabile, in pregiudizio del sistema economico, nonostante la funzione di nomofilachia della Corte Suprema di Cassazione.’* (L. Iosa, ‘Contrasto insorto tra la Cassazione Penale e la Cassazione Civile in materia di computo della CMS nel calcolo del tasso effettivo globale (TEG) fino al 31.12.2009’, aprile '17, in www.cblive.it).

ii) la verifica dell'usura coglie essenzialmente il momento originario, le condizioni contrattuali pattuite, mentre la rilevazione ricomprende, per i finanziamenti ad utilizzo flessibile, le condizioni applicate in ciascun trimestre;

iii) la rilevazione è rivolta a cogliere una stima statistica, attraverso modelli che mutano nel tempo, accompagnando l'evoluzione del mercato (n. 10 versioni delle Istruzioni); la verifica dell'usura rimane immutabile nella sua determinazione del costo, certa e univocamente determinata;

iv) la rilevazione statistica costituisce una parte rilevante, ma non esaustiva della determinazione della soglia d'usura: le soglie pubblicate, sono state interessate da n. 26 integrazioni sulla base delle variazioni del tasso di riferimento BCE;

v) la verifica dell'art. 644 c.p. ricomprende ogni remunerazione associata all'erogazione, indipendentemente dal percettore, mentre la rilevazione è circoscritta dall'art. 2 della legge 108/96 alle remunerazioni degli intermediari.

In tema di asimmetria nell'impiego della CMS media si rileva:

i) non ha fondamento la motivazione della rilevazione a parte della CMS in quanto non aggregabile agli interessi: nel calcolo del TEG intervengono gli importi addebitati, non le aliquote; la CMS poteva essere inclusa tra gli oneri, come si è fatto nelle Istruzioni del '09;

ii) la rilevazione del valore medio della CMS non concerne l'aliquota applicata ad ogni rapporto di credito: la media è calcolata esclusivamente sull'aggregato dei rapporti ai quali è applicata la CMS stessa. La differenza non è trascurabile in quanto la media che risulta dalla rilevazione della Banca d'Italia viene sopravvalutata, non rappresentando il costo del credito mediamente applicato, a titolo di CMS, ma più semplicemente la media della CMS sui rapporti ai quali la commissione è applicata. L'accostamento della CMS agli interessi, nel criterio riportato nella Circolare del 2 dicembre 2005 della Banca d'Italia risulta tecnicamente scorretto in quanto riferito ad aggregati diversi: se, correttamente, fossero stati ricompresi anche i rapporti di credito con CMS nulla, la CMS media sarebbe risultata sin dall'inizio più bassa, rallentando apprezzabilmente la lievitazione

successiva; inoltre, nell'accostamento agli interessi, una CMS media più bassa avrebbe richiesto un margine da compensare più alto;

iii) con l'algoritmo proposto nella circolare del 2 dicembre 2005, l'usura viene a dipendere dalla natura dell'addebito. La presenza o meno dell'usura non viene a dipendere esclusivamente dall'ammontare del corrispettivo richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo — se interessi o CMS — dell'addebito operato;

uno stesso importo riconosciuto per il credito erogato, se addebitato a titolo di interesse può risultare usurario e, al contrario, risultare regolare (entro la soglia), se addebitato in parte come interessi e in parte come CMS: la denominazione dell'addebito determinerebbe la presenza o meno dell'usura.

Dagli aspetti sopra elencati, si trae l'impressione che la Cassazione, assorbita dallo stereotipo dell'omogeneità, sia entrata nel merito della prestazione, solo consultiva, assegnata dalla legge alla Banca d'Italia. La prestazione consultiva, passando da 'norma tecnica autorizzata', assegnatale da taluni, è approdata a principio di diritto⁷.

4. Un cenno su usura e mora

Forzando il nesso analogico e consequenziale, non desterebbe meraviglia l'allargamento ad una sorte di 'spezzatino' della

⁷ Osserva il Tribunale di Massa: *‘Come del resto chiarito dalla stessa Suprema Corte in altra precedente pronuncia, “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.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere le <<remunerazioni a qualsiasi titolo>>, ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto”, non potendo l'intervento dell'Istituto di vigilanza bancaria e della stessa normazione secondaria contrastare con il principio di riserva di legge, ciò che si risolverebbe in un “aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”, precisando, con perentoria eloquenza, che, nella materia in esame, “le circolari e le istruzioni non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi” (cfr. Cass. Pen. n. 46669/2011). Non a caso, forse, le stesse precitate sentenze della Corte di Cassazione n. 12965/2016 e n. 22270/2016 non hanno fatto alcuna menzione dell'art. 3 dei Decreti del già citato Ministero dell'Economia e delle Finanze, in tal modo escludendo implicitamente la legittimità di tale previsione’.* (Tribunale Massa, 11 Ottobre 2017. Est. Provenzano, in assoctu.it).

soglia,⁸ con l'applicazione del principio di simmetria e omogeneità, esteso dalla CMS alla mora soglia con l'adozione, anche per quest'ultima, del criterio di confronto, suggerito a suo tempo dall'ABI e solo tardivamente fatto proprio dalla Banca d'Italia nella comunicazione del 3 luglio 2013, in palese contraddizione con il principio di unicità e onnicomprensività del tasso soglia.⁹

⁸ Matematicamente se si fraziona il costo del credito nelle distinte componenti (interessi propriamente detti, CMS, mora, ecc.) e per ciascuna di esse si calcola la media nelle modalità utilizzate dalla Banca d'Italia, ne risulta una somma delle medie marcatamente più elevata, che induce un'indebita edulcorazione del presidio.

⁹ La Banca d'Italia, nel perseverare – dopo la CMS soglia - il riferimento alla Mora soglia, ha già provveduto ad aggiornare la rilevazione campionaria del valore medio della mora applicato dagli intermediari creditizi; nel Decreto del MEF, relativo ai tassi soglia del I trimestre 2018, si riporta: *‘Secondo l'ultima rilevazione statistica della Banca d'Italia d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, i tassi di mora pattuiti presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti’*.

Non si può introdurre una discriminazione al verificarsi dell'insolvenza elevando la soglia per la mora; la Cassazione (n. 5286/00) ha avuto modo di rilevare 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’*. 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. (R. Marcelli, Usura Bancaria: ad un ventennio dalla Legge: un impietoso bilancio, Banca Borsa e Titoli di Credito, Supplemento n. 4/2017).

‘Lo squilibrio delle prestazioni risulterà ancor più stridente con le recenti modifiche introdotte dalle Istruzioni della Banca d'Italia del 2016. Nelle nuove Istruzioni '16, infatti, si riporta: ‘il mancato rientro di un'apertura di credito scaduta o revocata dovrà essere segnalato, dalla data di scadenza o di revoca, tra i passaggi a debito dei conti non affidati’, che corrisponde alla Categoria degli ‘scoperti di conto’.(...) Con tale modifica, introdotta a partire dal 1 aprile '17, senza patto successivo e senza alcun riferimento all'erogazione della prestazione prevista dall'art. 644 c.p., con la scadenza del fido o con la revoca dello stesso, unilateralmente disposta dall'intermediario, in presenza di insolvenza, cioè di credito in mora, si escogita un finto momento genetico del contratto per introdurre una ‘sopravvenuta’ soglia d'usura, innalzata del 48% (dal 15,15% delle Aperture

Al contrario, non sembra propriamente estendibile alla mora le conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione n. 16303/18, in quanto la rilevazione della mora ad opera della Banca d'Italia esula dal disposto normativo, risultando ancor più arbitraria e discrezionale nella composizione campionaria e nel tempo di rilevazione, aspetti questi che, invadendo oltre misura l'area penale, stridono ancor più marcatamente con la tassatività della legge.

Come per i costi di assicurazione - prima esclusi perché non attinenti quelli indicati dalla legge 108/96 (*'praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari'*) e poi ricompresi - per la mora e gli altri oneri la cui inclusione è stata modificata nel corso delle n. 10 edizioni delle Istruzioni, l'aporia dell'omogeneità, condurrebbe a ritenere errate per difetto le soglie d'usura che non hanno ricompreso detti costi, fornendo, in tali evenienze, fondamento alla non conformità dei decreti, via indicata dalla Cassazione stessa, con conseguente illegittimità e disapplicazione degli stessi.¹⁰

Considerando, inoltre, che le Istruzioni nel corso del ventennio hanno ampliato il raggio di inclusione del TEGM, si

di credito al 22,45% del 'Credito in mora', alias 'Scoperto di conto', IV trim. '17). Queste anacronistiche 'manipolazioni' delle Categorie, con la creazione di 'sopravvenute' soglie d'usura, apriranno nuovi e seriali varchi di conflittualità, risultando palmare la contraddizione con la stessa pronuncia della Cassazione S.U. n.24675/17 che ha avuto modo di stabilire: 'Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.; "ai fini dell'applicazione" del quale, però, non può farsi a meno - perché così impone la norma d'interpretazione autentica - di considerare il "momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento"'. (R. Marcelli, Usura e tasso di Mora. Sancita la verifica alla pattuizione: riflessi operativi (Cass. n. 23192/17, Cass. S.U. n. 24675/17).

¹⁰ La Cassazione non ha ritenuto di valutare e ponderare - *'a rispetto di consolidati principi di conservazione degli atti giuridici'* - la via d'uscita, più lineare e chirurgica, suggerita per il superamento dell'illegittimità e disapplicazione dei decreti ministeriali, dalla dottrina e giurisprudenza: *'il giurista positivo non può che risolvere il dilemma prendendo atto che il nodo esiste e non può essere sciolto; deve essere invece tagliato d'autorità disapplicando, perché in violazione di legge, l'art. 3 d.m. nella parte in cui prescrive alle banche di verificare il TEG utilizzando le Istruzioni della Banca d'Italia'*. (E. Astuni, *Le Istruzioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. Riflessioni su CMS e Mora*. Cfr. anche Tribunale Massa, 11 Ottobre 2017. Est. Provenzano, in assocctu.it)

potrebbe, a questo punto, sostenere irrimediabilmente sottostimate e quindi ‘viziate’ le precedenti rilevazioni del TEGM e quindi inapplicabile la legge. Né si potrebbe privilegiare il principio di omogeneità applicato esclusivamente alla CMS; se, come riporta la sentenza, fosse stata, sin dall’origine, ricompresa tra gli oneri la CMS (come anche la mora o le spese di assicurazione, o l’annualizzazione), determinando un TEGM più alto, anche un’usura riveniente dall’esclusiva applicazione di interessi avrebbe potuto non debordare più il nuovo valore del TEGM: l’intermediario che avesse applicato solo interessi avrebbe potuto applicare un tasso più alto nel rispetto delle soglie¹¹.

¹¹ Si cade in un banale errore ritenere che se un costo é incluso/escluso dalla rilevazione e contestualmente anche dalla verifica dell’usura, il presidio rimane immutato. Solo all’apparenza può risultare ragionevole ritenere che, con un rigido criterio di simmetria sia del calcolo che dei criteri di inclusione, un’eventuale distorsione del calcolo del TEGM, si rifletta in pari misura e in pari direzione nella verifica del rispetto dell’art. 644 c.p. Se è pur vero che escludendo (CMS) o riducendo il rilievo degli oneri, nella rilevazione del TEGM e nella verifica, si abbassa sia il limite che le risultanze della verifica stessa, è altrettanto vero che l’algoritmo presta il fianco ad una libera discrezionalità di ampliare a dismisura l’onere escluso (CMS) o l’onere dal rilievo ridotto. Esattamente quello che si è verificato con la moltiplicazione delle CMS e la proliferazione di commissioni, oneri e spese. In funzione del diverso peso che hanno assunto le due frazioni del TEG e dell’esclusione di talune spese, gli intermediari hanno potuto accortamente aggiustare la propria politica tariffaria, per massimizzare i benefici economici rivenienti dalle criticità presenti nella determinazione del TEG. I bilanci degli intermediari bancari evidenziano, nel corso degli anni 2000, un progressivo spostamento dei ricavi dagli interessi in senso stretto alle commissioni ed oneri che in talune circostanze si sono ragguagliati a valori prossimi agli interessi stessi. La diffusa e marcata espansione di oneri e spese sino al provvedimento di legge n. 2/09 e alle nuove Istruzioni della Banca d’Italia, ha spesso comportato un effettivo costo del credito (TAEG) marcatamente più elevato del TEG di segnalazione delle Istruzioni per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM). Se i comportamenti opportunistici degli intermediari fossero stati inizialmente tempestivamente censurati e sanzionati, non avremmo assistito ad una tale proliferazione di spese, oneri e CMS che hanno segnatamente condizionato il corretto svolgimento del mercato del credito e assorbito buona parte delle economie refluite dalla flessione dei tassi di interesse seguita all’introduzione dell’Euro.