

LO STEREOTIPO DELL'OMOGENEITÀ E IL PRINCIPIO DI ONNICOMPRESIVITÀ

(Cass. nn. 12965/16 E 22270/16)

LA RILEVAZIONE STATISTICA DEL TEGM E LA VERIFICA DELL'ART. 644 C.P.: AMBITI TECNICI ACCOSTATI MA NON SOVRAPPONIBILI.¹

1. Introduzione.

Il presidio penale posto dall'art. 644 c.p. si informa ad un principio di onnicomprensività, di chiara formulazione e di agevole verifica: ogni deviazione dal principio fissato dall'art. 644 c.p. pregiudica la tassatività e il rigore della norma. La verifica dell'art. 644 c.p. non può essere ricondotta, con una petizione di principio, informata all'omogeneità e simmetria del confronto con le Istruzioni della Banca d'Italia, a modalità che variano nel tempo, concepite per una finalità diversa - la rilevazione del valore medio di mercato - accostata ma non identica alla modalità di verifica della soglia d'usura.

La legge 108/96 affida al MEF, sentita la Banca d'Italia, l'incarico di rilevare - nel senso di stimare - il tasso effettivo globale medio, riferito ad anno, per operazioni della stessa natura, nelle distinte Categorie fissate dal MEF. La legge è chiara nel principio perseguito: individuato l'ordinario costo del credito, tutto quello che deborda dall'ordinario deve essere contenuto nello *spread* stabilito dalla legge stessa. Il legislatore ha ritenuto opportuno adottare un parametro di riferimento flessibile, sinergico

¹ Tratto dal testo: R. Marcelli, *USURA BANCARIA AD UN VENTENNIO DALLA LEGGE: UN IMPIETOSO BILANCIO. Due omologhe sentenze della Cassazione Civile (nn. 12965/16 e 22270/16), tentano di lavare i panni sporchi della Banca d'Italia, ma vengono prontamente ripudiate dalla stessa Sez. I (n. 8806/17). Le Istruzioni dell'usura, sottratte alla concertazione con l'AGCM, continuano ad alimentare l'endemica carenza di concorrenza e, con essa, le rendite di posizione del sistema bancario: il maggior costo del credito, rispetto alla media dei paesi comunitari, viene ad incidere per almeno il 2% del PIL.*, 2017, in www.assocu.it.

ed endogeno al mercato degli stessi operatori tenuti al rispetto della soglia: in tal modo il libero mercato è rispettato nella sua funzionalità fisiologica ma, risultando carente l'effetto di una proficua concorrenza, si interviene con un limite normativo per impedire gli eccessi.

Nel predisporre inizialmente nel '96 le prime Istruzioni per la rilevazione del TEGM, il modello statistico che, coerentemente con la specifica finalità prevista dalla norma, è stato adottato dalla Banca d'Italia, è informato a criteri volti a distinguere il fisiologico dal patologico, per cogliere quel valore (tasso) che esprima propriamente l'ordinario e fisiologico costo del credito. A tal fine vengono conseguentemente esclusi dalla rilevazione sia i crediti che assumono una natura diversa dall'ordinario, sia i costi che rivestono una veste eccezionale, fuori dall'ordinario, sia, infine, i rapporti che, per la natura stessa della controparte, assumono anch'essi una veste particolare, con valori che fuoriescono dall'ordinario.

La legge prevede che venga rilevato il tasso effettivo globale medio praticato dagli intermediari. Il valore medio è un concetto che teoricamente si definisce in funzione della finalità economica perseguita, che nel caso in esame è data dal tasso che ricomprende tutti i costi che normalmente, ordinariamente e fisiologicamente vengono sopportati nell'erogazione del credito, previsti nell'ambito di predefinite Categorie omogenee. Insegna B. De Finetti: *‘Il concetto informatore di tutti i ragionamenti su medie è in fondo unico e molto semplice: si può ragionare su una collettività (di individui, di oggetti, di eventi, ...) come se le grandezze che interessano, anziché variare da individuo ad individuo, avessero per tutti il medesimo valore: il valore “medio”*. Pur nell'ambito di Categorie omogenee, l'ordinario costo del credito presenta una certa variabilità, principalmente riferibile al merito di credito della controparte: la sintesi è quel valore che, secondo una predeterminata funzione coerente con lo spirito della legge, rende neutralmente uniforme l'aggregato osservato².

² La traduzione in forma matematica è immediata e facile a comprendersi e utilizzarsi. Si dice che X è la media di n numeri X_1, X_2, \dots, X_n , agli effetti di un problema in cui interessa una loro funzione $f(X_1, X_2, \dots, X_n)$ se essa ha lo stesso valore che se tutti gli X_k avessero il medesimo valore X : $f(X_1, X_2, \dots, X_n) = f(X, X, \dots, X)$ [ad esempio: $X(4)$: media (3,4,5) = somma (4,4,4)]. Spesso la funzione che interessa è la più semplice di tutte, e cioè la somma: $f(X_1, X_2, \dots, X_n) = X_1 + X_2 + \dots + X_n$; in questi casi, ma soltanto in questi casi, la media idonea è la media aritmetica: $X = (X_1 + X_2 + \dots + X_n)/n$. Essa dà per es. il reddito medio (che si avrebbe

Nella circostanza del costo medio del credito, la funzione più idonea è la più elementare, la media aritmetica, che può essere calcolata con riferimento ai distinti soggetti finanziati (media aritmetica semplice) o, in alternativa, alle distinte unità (Euro) di credito erogato (media aritmetica ponderata): in quest'ultima, in ciascuna operazione di credito, al tasso praticato a ciascun soggetto finanziato viene associato un peso (importanza relativa) commisurato all'entità del credito erogato ed è spesso privilegiata esprimendo quel tasso che, uniformemente applicato a tutta la popolazione osservata, conduce ad un medesimo costo complessivo.

La Banca d'Italia si è informata al criterio adottato in Francia e, nella discrezionalità consentita dalla legge, ha ritenuto corretto e congruente con lo spirito della legge privilegiare la media aritmetica semplice. Tale media, che considera in pari peso il credito di importo minore e quello di importo maggiore, premia la ricorrenza ed ordinarità, nel senso di individuare il tasso usualmente praticato ai soggetti finanziati, a prescindere dall'importo. Poiché di regola il tasso è decrescente per classi di importo più elevato, la media aritmetica semplice conduce a valori più elevati, mentre la media aritmetica ponderata, valorizzando l'importo relativo a ciascun credito, produce un valore medio di mercato più basso, con un effetto di calmiera più incidente. Se poi, oltre ad impiegare la media aritmetica semplice, si suddividono talune Categorie omogenee in classi di importo, risulta ulteriormente attenuato l'effetto di calmiera della media nelle classi inferiori.³

dividendo n parti uguali il reddito totale: somma invariata), e, nel medesimo senso, il numero medio di persone per famiglia, ecc. Spesso la media che risponde a un problema (consumo di un'unità di prodotto) è la media armonica (reciproco della media aritmetica dei reciproci) o (fattore medio di accrescimento di una popolazione, della produzione, del reddito, ecc..) la media geometrica (la radice del prodotto degli elementi); (...) in ogni caso occorre sapere qual è lo scopo che un concetto dovrebbe avere in determinate applicazioni, e se e fino a che punto e sotto quali condizioni vi risponde, e via dicendo. Sempre tenendo presente che non si deve applicarlo attribuendovi un significato metafisico aprioristico né immaginando che la sua definizione matematica costituisca di per sé una giustificazione valida per attribuirvi significatività per riguardo a qualunque problema.' (B. De Finetti, Oscar Chisini e il suo insegnamento).

³ Suddividendo una categoria di credito in due/tre classi di importo, le classi inferiori, generalmente più numerose, vengono a presentare una media più elevata delle classi superiori; una media unica per l'intera categoria sortirebbe un effetto calmieratore più incidente nelle classi inferiori. Se, ad esempio, per la categoria delle Anticipazioni si rilevassero i seguenti dati:

Il concetto di usura viene parametrato dalla legge 108/96 sulla misura dello scostamento dal costo del credito ordinariamente praticato sul mercato: ne discende l'estrema delicatezza che assume la rilevazione del punto di riferimento dato dal TEGM. Nel modello impiegato per la rilevazione del tasso medio, la Banca d'Italia ha correttamente circoscritto il campo di osservazione, escludendo ogni aspetto diverso dal fisiologico, ricorrente ordinariamente nelle variegate Categorie di credito.

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 l'individuazione del 'normale prezzo' del credito applicato alla clientela.

In presenza di un'endemica carenza di concorrenza, gli intermediari tendono ad innalzare i prezzi; l'inclusione di costi anormali, non fisiologici, nella determinazione del TEGM, accelererebbe, attraverso il meccanismo endogeno di auto-determinazione della soglia, un'ascesa costante in una continua rincorsa dei tassi praticati: evidenze di tale fenomeno, noto nella letteratura come effetto dell'*'échelle de perroquet'*, già si riscontrano per i costi ordinari delle Categorie di credito meno dischiuse agli effetti di calmiera dei tassi esercitato dalla concorrenza⁴.

importo	€ 5.000	€ 100.000	€ 1.000.000
N. rapporti	10.000	3.000	300
tasso praticato	15%	12%	7%

Una media aritmetica unica per l'intera categoria condurrebbe ad un tasso del 14,1% con un effetto di calmiera più incidente per i n. 10.000 rapporti della classe inferiore; se poi la media aritmetica fosse anche ponderata con gli importi il tasso medio scenderebbe al 9,9%. Ben si comprende il minor effetto di calmiera indotto dalla scelta della media aritmetica semplice, in luogo di quella ponderata. In assenza di una puntuale indicazione della legge, la scelta dei criteri di rilevazione viene rimessa nella completa discrezionalità del MEF e della Banca d'Italia, seppur nell'ambito di modelli statistici uniformemente condivisi dalla scienza: la media aritmetica semplice, come quella ponderata, rientra compiutamente nei criteri di rilevazione frequentemente utilizzati nelle valutazioni statistiche.

⁴ Nel credito al consumo e in taluni settori del credito alle imprese – privi di concorrenza, caratterizzati da asimmetria informativa e vincolati da rapporti negoziali di maggiore dipendenza – l'effetto di trascinamento verso il tasso soglia del tasso medio sembra assumere una pregnante rilevanza. La 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 ai costi del servizio, oltre che alle 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*

Nella misura in cui il TEGM incorpora elementi di patologia, diversi dall'ordinario margine di rischio che connota la categoria di credito, si tradisce lo spirito della legge, inducendo una falsa rappresentazione del mercato e un'indebita lievitazione del tasso di riferimento: ne risulta viziato il punto di riferimento (TEGM) dal quale si misura il margine (*spread*) entro il quale deve essere contenuto l'eccesso di costo rispetto all'ordinario. La patologia si differenzia dalla norma per il venir meno del carattere di ordinarietà; nella fattispecie patologica entrano elementi non compresi in quella fisiologica: è proprio la misura di tali elementi che consente di apprezzare la presenza o meno dell'usura. Ricomprendendo all'interno del tasso medio di riferimento elementi di patologia, si vanifica l'obiettivo, in quanto, anziché contenere i tassi anomali, limitandoli e tenendoli accostati a quelli ordinari di mercato, si induce un accostamento del tasso fisiologico a quello patologico, privando di senso la funzione dello *spread* e vanificando in questo modo le finalità stesse della legge.

Può talvolta risultare labile la linea di confine fra il fisiologico e il patologico. Con la scelta del modello di rilevazione statistica del valore ordinariamente praticato dal mercato si adottano criteri che tendenzialmente risultano atti ad escludere le fattispecie di patologia: il criterio di ordinarietà e ricorrenza fisiologica è una scelta metodologica corretta e coerente con la funzione che la legge assegna al TEGM. Così come per rilevare il valore medio fisiologico del colesterolo di una popolazione, oltre il quale intervenire con diete e farmaci, è opportuno escludere dalla rilevazione i malati presenti negli ospedali, per la determinazione del costo medio del credito si devono escludere dalla rilevazione

observations sur les taux moyens pratiqués, a pour consequence 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 une 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).

i crediti speciali, quelli in sofferenza, revocati e in mora che, altrimenti, introdurrebbero nel valore medio una distorsione che non appartiene alla fisiologia del credito⁵.

Nel mercato del credito i tassi praticati dagli intermediari si distribuiscono secondo il merito di credito assegnato al prenditore di fondi al momento dell'erogazione. Al crescere del rischio del prenditore e/o dell'iniziativa finanziata crescerà il tasso richiesto. Per le finalità di presidio all'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 statistica, è già compreso, come rischio, nel tasso richiesto originariamente dall'intermediario sulla base del merito di credito del prenditore.

Nella rilevazione del TEGM deve pertanto essere escluso ogni aspetto estraneo alla sfera fisiologica della Categoria di credito osservata, per cogliere appunto l'obiettivo della legge che relega entro lo *spread* previsto dalla legge (50%; dal maggio '11: 25% + 4 punti) il margine di anomalia che l'intermediario può accettare e spendere nel tasso praticato, margine che rimane tassativo, cioè onnicomprensivo di ogni criticità presente, eventuale o futura. Se si ricomprendessero nella media aspetti che fuoriescono dall'ordinario e/o si collocano nella patologia del credito, si tradirebbe lo spirito della legge, alzando l'asticella della media, in luogo di includere tali patologie nello *spread* all'uopo previsto.

⁵ *L'esclusione della mora (e direi anche dei crediti "difficili") si traduce anche in un effettivo "calmiere" del mercato creditizio, nella misura in cui evita l'inquinamento del TEGM con tassi (quasi per definizione) sopra la media che, se rilevati, porterebbero un aumento del TEGM e quindi, per il tramite dei coefficienti (1,5; 1,25 + 4 p.p.), del tasso soglia. Di passaggio noto che, anche in base alla normativa secondaria sul credito al consumo (d.m. Tesoro 8.7.1992 e d.m. Economia 6.5.2000), la mora non entra nel perimetro del TAEG. Lì tuttavia per ragioni intuitivamente diverse, visto che il TAEG (ISC) è elemento di informazione precontrattuale e quindi non può che rappresentare gli oneri da sostenere per utilizzare il credito (normalmente). Il momento della inesecuzione del contratto resta dunque fuori dall'ambito dell'informazione. Non può dirsi altrettanto con riguardo alla legge anti-usura. Se infatti il rispetto del tasso-soglia deve essere verificato avuto riguardo al contratto come eseguito, l'interesse di mora, non contemplato nella rilevazione del TEGM non è perciò solo estraneo alla verifica del TEG, in quanto si ritenga, in linea con uno stabile indirizzo di legittimità, costo collegato all'erogazione del credito'. (E. Astuni, Le Istruzioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. Riflessioni su CMS e Mora.)*

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 positivo⁶. La moderazione del costo è riposta in una corretta allocazione del credito, in grado di discriminare e classificare efficacemente le iniziative economiche nelle classi di merito e ragguagliare correttamente il rendimento al rischio assunto, così da spendere compiutamente il tasso di insolvenza, statisticamente stimato in ciascuna classe di merito di credito.

Ponendo un limite alla remunerazione del denaro si vengono implicitamente ad escludere quelle iniziative il cui rischio, vuoi

⁶ In generale una probabilità media di inadempienza intorno al 5% era ritenuta, prima della crisi del '08, alta: in tali circostanze, volendo assicurare il completo recupero di capitale, interessi e margine di intermediazione, si riteneva opportuno un premio al rischio di circa 5 – 6%. Prima dell'intervento legislativo di allargamento dello *spread* (25% del TEGM + 4 punti), si lamentava da parte della Banca d'Italia la misura ristretta del margine disponibile oltre il TEGM, ancorché fosse stabilito in una percentuale (50% del TEGM) apprezzabilmente superiore a quella prevista in Francia (33%). *“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). I 6 punti menzionati da Carosio sono riferiti all'extra-premio, non al premio per il rischio. Tuttavia, più che dal valore medio, lo scostamento va misurato dal *prime rate*: in tale intervallo, infatti, l'intermediario distribuisce il rischio del prenditore. La dimensione del margine operativo è commisurata alla dispersione dei tassi intorno alla media della Categoria e classe, compresa fra il *prime rate*, previsto per la migliore clientela – necessario a coprire il costo della raccolta, le spese di gestione e il margine dell'intermediario – e il *top rate* costituito dalla soglia d'usura. A distanza di un decennio si osserva che la perdurante crisi economica ha apprezzabilmente innalzato il livello di insolvenze. Come riporta S. Rossi, il flusso annuo di nuove sofferenze era alla fine del 2015 vicino al 4%, mentre la consistenza dei prestiti con rimborsi non regolari il 18% del totale. Queste risultanze, medie generali, non sembrano affatto giustificare tassi sullo scoperto di conto sino al 25% e cessioni del quinto dello stipendio (coperti da assicurazione) sino al 18%, con l'Euribor attestato su valori prossimi allo zero: l'evidenza di rendite di posizione appare palese.

per la natura dell'impresa, vuoi per la precarietà dei fattori produttivi che intervengono, risulta eccessivo.⁷ 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 (e rischio) della medesima Categoria di credito.

La distribuzione dei tassi praticata dall'intermediario ai 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 semplice del tasso praticato suddivide i prenditori di fondi in due parti: una prima parte, alla quale viene concesso credito ad un tasso inferiore alla media ed una seconda parte 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 con rischio ordinario, il baricentro al quale fa riferimento la legge 108/96. L'intermediario suddivide la clientela in classi di rischio: ciascuna classe di 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 maggiore, 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 statistica-

⁷ L'accesso al credito non induce automaticamente un beneficio per l'imprenditore o il consumatore; un finanziamento ad un tasso eccessivamente elevato – discosto dal ritorno atteso dall'attività dell'impresa o dal reddito disponibile del consumatore – viene a costituire un pesante pregiudizio in grado di depauperare nel tempo il patrimonio dell'impresa o condurre al sovra-indebitamento il consumatore. Si realizza un'efficienza Paretiana nella misura in cui si trasferiscono disponibilità finanziarie da soggetti la cui utilità marginale è bassa, a soggetti che, per carenze di liquidità, presentano un'utilità più elevata; la presenza di soglie d'usura riduce i costi sociali dei default e sovra-indebitamenti, limitando il ricorso al credito oltre i limiti delle future prospettive di reddito.

mente si presentano nella classe di merito in cui è posto. Ovviamente l'eventuale fase di patologia interviene successivamente all'erogazione.

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, compreso fra il tasso di raccolta maggiorato dei costi e la 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, già ricompresa nel tasso corrispettivo e nel tasso di mora – applicati all'intero aggregato di creditori posti nella medesima classe – e stimata congruente statisticamente con il rischio di insolvenza assegnato al prenditore di fondi con il tasso contrattualmente convenuto.⁸

⁸ *'A evidenza, la differenza fra tasso soglia e tasso medio rappresenta la grandezza critica per definire la portata e l'efficacia della norma. Tutti i prezzi del credito incorporano un premio per il rischio che la controparte non rispetti i termini di rimborso, anche se tale valore normalmente non è esplicitato. Quindi i tassi medi comprendono il compenso per le perdite generate dall'aggregato complessivo dei prenditori delle varie categorie censite. Con ragionevole approssimazione, possiamo affermare che incorporino il premio applicato al prenditore medio. La differenza fra il cosiddetto tasso soglia e quello medio rappresenta il limite massimo al surplus di prezzo applicabile a un prenditore con un ridotto merito creditizio, quindi il compenso addizionale per il finanziatore che si assume un extra rischio. A evidenza, l'equilibrio delle condizioni di scambio richiede che esista corrispondenza fra premi e rischi. Tanto maggiori sono le perdite previste da una certa tipologia di prenditori, tanto più elevato è il premio da applicare a tale aggregato. Ne consegue che l'entità della differenza fra tasso medio e tasso soglia definisce il massimale di premio per il rischio applicabile e per conseguenza determina l'ampiezza della platea di prenditori finanziabili. In astratto, secondo una logica cost plus, il tasso di impiego di un intermediario può essere definito come la somma di vari addendi: - il costo del funding; - i costi operativi legati alla realizzazione dell'operazione; - il costo dei mezzi propri necessari per supportare il finanziamento, anche nel rispetto delle norme regolamentari; il premio per i rischi generati dal finanziamento, in particolare per quello di credito. I primi tre sono normalmente indipendenti dalle caratteristiche del prenditore, che invece si riflettono direttamente sull'entità delle perdite presunte. La norma fissa un limite allo scarto fra il tasso medio e quello applicabile ai prenditori marginali, quindi implicitamente fra il premio medio e quello massimo. (...) A prescindere dalla metodologia di calcolo, la definizione di un limite al di là del quale un tasso diviene "usuraio" comporta comunque la fissazione di un massimale di premio per il rischio che un intermediario creditizio può incorporare nel prezzo del finanziamento. Se ipotizziamo un comportamento razionale da parte del finanziatore, l'effetto di questo provvedimento sarà quello di eliminare dalla platea dei potenziali prenditori quelli il cui merito creditizio determina una perdita attesa*

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 che fuoriesce dall'ordinario. L'intermediario bancario, con il tasso medio copre i costi di raccolta, struttura, organizzazione e il rischio ordinario del credito, nonché il margine di profitto. Con il differenziale fra il valore medio del tasso fisiologico e il margine superiore della soglia d'usura, risultante al momento del finanziamento per la Categoria di appartenenza, congiuntamente alla mora, può compiutamente ammortizzare i rischi eccedenti l'ordinario, le relative sofferenze, con i nocuenti che da queste statisticamente derivano, stimati all'atto dell'erogazione.

2. La rilevazione e la verifica: una stima e un valore certo, connotazioni accostate, ma non sovrapponibili.

Le Istruzioni della Banca d'Italia nel '96 hanno delimitato l'ambito di rilevazione statistica del valore ordinario del costo del credito, prevedendo tre diverse discriminanti, relative alle operazioni, alle controparti, alla natura dei costi. In particolare si è previsto:

a) l'esclusione dalla rilevazione delle seguenti operazioni: 1) operazioni con non residenti; 2) operazioni in valuta estera o indicizzate a valute; 3) posizioni classificate a sofferenza; 4) crediti ristrutturati o in corso di ristrutturazione; 5) operazioni a tasso agevolato; 6) operazioni a tassi promozionali e convenzionati; 7) finanziamenti revocati.

b) l'esclusione dei rapporti di credito intrattenuti con: 1) le Amministrazioni pubbliche; 2) le Imprese di Assicurazione; 3) le Istituzioni creditizie; 4) le Società e quasi società non finanziarie; 5) le Istituzioni sociali private e unità non classificabili; 6) il Resto del mondo.

c) l'esclusione dal calcolo del TEG, oltre che della CMS, degli oneri e spese relative: 1) ad imposte e tasse; 2) al recupero spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi; 3) alle spese

superiore al massimo premio per il rischio incorporabile nel tasso. Pertanto, tutti coloro che sarebbero economicamente finanziabili applicando un premio più elevato non potranno essere soddisfatti nelle loro richieste. (M. M. Gentili, La nuova metodologia di calcolo dei tassi soglia per l'usura, *Bancaria* n. 4 aprile 2012).

legali e assimilate; 4) agli interessi di mora e oneri assimilabili; 5) agli addebiti per servizi diversi e accessori; 6) alle spese di assicurazione.

Come si può rilevare, le discriminanti di esclusione dalla rilevazione del TEGM investono plurimi aspetti di disomogeneità con il dettato dell'art. 644 c.p., che, invece, non ammette deroghe, né di operazioni, né di controparte, né tanto meno di natura del costo associato all'erogazione (salvo le imposte e tasse).

Nello spirito della legge il valore medio va rilevato nell'ambito del mercato ordinario, con esclusione di ogni genere di operazione il cui prezzo viene modificato da condizioni speciali, particolari o eccezionali, che non attengono all'ordinarietà della Categoria di credito interessata. Altro aspetto qualificante il valore medio, stabilito dalla legge, è la rilevazione del costo al momento dell'erogazione, praticato esclusivamente dagli intermediari bancari e finanziari: altri costi, riconosciuti a terzi, non sono previsti rientrare nella rilevazione, pur assumendo rilievo ai fini dell'art. 644 c.p., realizzandosi in tal modo una forma di calmiera. Questo è il contesto tecnico-giuridico che delimita l'universo individuato dalla legge per la rilevazione statistica del valore medio di mercato.

Nelle successive edizioni delle Istruzioni sono stati apportati significativi aggiustamenti alla rilevazione, sia per accompagnare l'evoluzione del mercato, sia per migliorare la stima del valore medio.

Risulta tecnicamente e giuridicamente del tutto inconsistente e fuorviante che 'Istruzioni', con le peculiari e mutevoli caratteristiche proprie ad una rilevazione statistica del valore medio ordinario di mercato, possano estendere i complessi ed articolati criteri di rilevazione ai criteri di verifica fissati dall'art. 644 c.p., che ubbidiscono, invece, esclusivamente ad un elementare principio, immutabile nel tempo, di onnicomprensività, senza alcuna esclusione di operazioni, controparti e, tanto meno, di costi inerenti al credito.

La generalità delle operazioni e l'onnicomprendività del tasso stabilito dalla norma penale non sono derogabili, men-

tre pregnant e ricorrenti differenziazioni ed esclusioni si impongono nelle scelte metodologiche impiegate per la rilevazione statistica del valore medio di mercato (TEGM) ⁹.

⁹ *‘Una rilevazione statistica implica di fare una cernita, darsi griglie di organizzazione dei dati. È chiaro che, a questi effetti, Banca d’Italia esercita discrezionalità tecnica e opera scelte (così anche Cass. pen. 12028/2010 e Cass. pen. 46669/11) per rappresentare con un numero (per categoria, importi ecc.) il normale andamento del mercato nel trimestre. Restano fuori operazioni anomale (crediti difficili agevolati in valuta) oppure scarsamente significative (conti con utilizzo 0 nel trimestre). Resta fuori ciò che palesemente appartiene al momento patologico del rapporto (mora). Questo vale però, appunto, ai fini del TEGM. Nessuna norma primaria stabilisce un raccordo tra le Istruzioni (valide ai fini statistici) e il TEG così da circoscrivere il perimetro dei costi rilevanti a quelli soli considerati ai fini TEGM. Esiste per vero una norma secondaria. È l’art. 3 d.m. che ha la pretesa di chiudere il cerchio TEGM-TEG prescrivendo alle banche di verificare la legittimità del tasso utilizzando le Istruzioni della Banca d’Italia. È sufficiente dire che questa norma, se ha per effetto di restringere il perimetro di rilevanza dei “costi inerenti” viene a trovarsi in conflitto con l’art. 644 c.p. Quindi l’art. 644 c.p. è bensì norma penale in bianco, ma soltanto nel senso che non può operare senza la pubblicazione in d.m. del TEGM da cui rilevare il tasso-soglia. Il tasso medio pubblicato vale però in quanto tale e non in funzione dell’aggregato di costi contemplato dalla Banca d’Italia e sintetizzato in quel dato.*

Confutazione dell’argomento dell’omogeneità. “Non è possibile confrontare mele con pere: considerare ai fini del TS (Tasso soglia) grandezze non contemplate nella rilevazione del TEGM”. Chi afferma ciò, sottintende normalmente che introdurre nel TEG una voce di costo (bensì collegata all’erogazione del credito ma) non contemplata ai fini del TEGM implicherebbe una qualche forma di attentato alla libertà della banca di fare credito. La tesi è inconsistente, da qualunque parte si consideri. Stupisce che continui a essere ripetuta senza tentennamenti.

1) Omogeneità delle grandezze. TEGM e TS sono grandezze per definizione eterogenee. Il TEGM corrisponde a una media dei tassi di mercato (per classe di operazione). Il TS (Tasso soglia) rappresenta quindi bensì una restrizione al libero mercato, ma di tipo “relativo” perché basato su una rilevazione del mercato. Come si distribuisce la curva dei tassi di libero mercato (considerati ai fini TEGM)? è questione che non interessa la legge n. 108, visto che ai fini del TS (Tasso soglia) il TEGM è incrementato da un coefficiente arbitrariamente fissato dalla legge (1,5 in sintonia con la “lesione enorme” della rescissione per lesione; 1,25 + 4 p.p.).

Questo “cuscinetto” (buffer) rispetto al costo medio e normale del credito è evidentemente il margine entro cui sono (= devono essere) riassorbiti non soltanto la remunerazione del credito subprime (più rischioso), ma anche le voci di costo che appartengono alla patologia del contratto (mora). Più ampiamente, ogni costo non contemplato dal TEGM, pur se l’esclusione sia frutto di un grave errore di valutazione della Banca d’Italia (come s’è verificato per c.m.s. e taluni premi di polizza: errori corretti nelle Istruzioni dell’agosto 2009).

2) Omogeneità del criterio. Del lavoro di elaborazione dei dati ciò che l’art. 644 c.p. recupera e recepisce è il risultato di sintesi, il numero finale che esprime il costo medio. Nel fuoco di questa sintesi si consumano e perdono di rilevanza le singole voci.

Più in particolare risulta congruente con le finalità proprie della media escludere quelle fattispecie che, per finalità e motivazioni particolari, prevedono valori che si discostano da quelli ordinari di mercato, risultando il loro impiego rivolto a finalità diverse o speciali: è frequente il ricorso a tassi agevolati per orientare il risparmio verso impieghi che rivestono un particolare interesse economico o sociale o, per contro, a tassi penalizzanti volti a contrastare comportamenti patologici di morosità e/o di mancato rispetto dei termini contrattuali.

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 dell'ordinario 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, in funzione di calmiere, il rigore della soglia d'usura¹⁰.

Sulla base di questo costo medio, incrementato del "cuscinetto" (50% o 25% + 4 p.p.), la banca può modulare l'offerta di credito fissando liberamente interessi, commissioni e spese, purché appunto il risultato finale non superi la soglia. TEGM e TEG sono dunque omogenei, ma soltanto nel senso che unico è il criterio normativamente previsto di rilevanza, ossia l'inerenza alla concessione di credito. (E. Astuni, Interessi di mora e usura. Relazione al convegno della Associazione Studi Bancari, Milano 27 ottobre 2015).

¹⁰ *'... restano fuori dalla rilevazione determinate operazioni che, nondimeno, restano assoggettate alla legge n. 108/96. Restano fuori i crediti difficili: deteriorati, ristrutturati, finanziamenti revocati. Del pari fuori crediti in valuta forte (un tempo DEM, ora CHF, normalmente disponibili a tassi di mercato inferiori), a tasso agevolato per provvedimento legislativo, finanziamento infragruppo, prestito a personale dipendente ecc. Dato comune. Esiste un profilo peculiare (oggetto, rapporto intermediario-cliente) non generalizzabile, che allontana queste operazioni dalla "normalità dell'operazione creditizia offerta alla normale clientela". Tale quindi da inquinare, con prognosi ex ante, la serie dei dati rilevati alterando la rappresentazione fedele, il fair picture del normale prezzo praticato alla normale clientela. Un'analoga considerazione deve farsi per quanto concerne i costi rilevanti. La "normalità dell'operazione creditizia" non può evidentemente considerare come "costo normale" del credito la mora e ogni altro costo collegato all'inadempimento, comunque alla patologia del rapporto (ad es. penale di estinzione anticipata). L'esclusione dal TEGM non significa dunque, di per sé, che interesse di mora (penale di estinzione anticipata ecc.) sia irrilevante a fini di usura, ma soltanto che non entra nel paniere di voci che la Banca d'Italia assume rilevanti come rappresentativi del "normale costo del credito".* (E. Astuni, Interessi di mora e usura, Convegno Associazione Studi bancari, 27/10/15).

Solo a partire dal '10 le Istruzioni – anche a seguito della più rigida prescrizione disposta dalla legge n. 2/09 - sono state corrette prevedendo l'inclusione di oneri prima esclusi, divenuti – spesso proprio a motivo di tale esclusione - ormai ricorrenti nelle operazioni di credito; in tal modo si è operato un maggior accostamento della rilevazione statistica del valore medio di mercato al dettato dell'art. 644 c.p. Altri costi, quali la mora e le penali di estinzione, in quanto eventuali, sono rimasti esclusi dalla rilevazione statistica del TEGM per la loro stessa natura che esula dall'ordinario costo del credito. Detti costi vanno comunque ricompresi nella verifica dell'art. 644 c.p. in quanto 'promessi' nel caso si presenti l'eventualità prevista dall'accordo.

Il principio di onnicomprensività, espresso dall'art. 644 c.p., assume una formulazione tassativa: *'si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma prestazioni di denaro o di altra utilità, interessi ed altri vantaggi ...'*; non sussistono margini per escludere costi che siano attinenti all'erogazione del credito, quale che sia il titolo e quale che sia la natura. Come riportato dalla menzionata sentenza della Cassazione n. 8806/17 *'non avrebbe neppure senso opinare diversamente nella prospettiva della repressione del fenomeno usurario, l'esclusione di talune delle voci per sé rilevanti comportando naturalmente il risultato di spostare – al livello di operatività della pratica – la sostanza del peso economico del negozio di credito dalle voci incluse verso le voci escluse'*, aggiungendo altresì che: *'La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia.'*, e pervenendo in conclusione – con riferimento alle spese di assicurazione, ma di indubbia generalizzazione – al principio di diritto fondato sull'inerenza del costo all'erogazione del credito, elemento 'necessario e sufficiente' per il riscontro dell'eventuale usurarietà.

Il legislatore ha voluto ricomprendere ogni forma ‘traversa’ di addebito, disponendo un presidio penale all’usura di estremo rigore, sanzionando, ancor prima del pagamento, ogni forma di pattuizione che comporti un costo inerente al credito che travalichi la soglia di legge, quale che sia la causale e condizione, anche sospensiva, previste nell’accordo/accordi iniziali. Nel ricomprendere entro la soglia d’usura gli interessi, commissioni e spese inerenti al credito, a qualunque titolo percepiti o promessi, non ha necessariamente disconosciuto la diversa funzione risarcitoria e afflittiva degli interessi di mora, né ha inteso precludere una penale nel caso di risoluzione o estinzione anticipata. Ha voluto invece porre, all’atto dell’erogazione, un limite superiore perentorio e invalicabile, entro il quale ricomprendere tutti i costi del credito, ‘dati’ o ‘pattuiti’, relativi ad ogni criticità e/o patologia presente e eventuale. In questo si qualifica il presidio all’usura.¹¹

Se il tasso praticato dall’intermediario si colloca nell’intorno del valore medio di mercato, vi sono ampi margini per prevedere una maggiorazione in caso di mora. Nulla impedisce all’intermediario di limitare le iniziative finanziate entro un tasso corrispettivo che consenta altresì un adeguato *spread* di mora a presidio di comportamenti opportunistici di inadempimento alla scadenza. Se, invece, il tasso convenuto inizialmente si colloca a ridosso della soglia d’usura, già sconta un significativo rischio di insoluto alla scadenza; l’intermediario non incontra ulteriori costi oltre quelli il cui rischio è già statisticamente coperto e speso nel tasso corrispettivo più elevato.

La soglia d’usura, – ancor più nel valore ampliato dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11, con una

¹¹ *‘TEGM e TEG non sono entità omogenee: il primo rappresenta il costo fisiologico medio di mercato del finanziamento, mentre il secondo individua il costo della singola operazione creditizia. (...) La rilevazione del TEGM è cioè “rivolta a cogliere la fisiologia, non la patologia del fenomeno”, sicché è coerente che in tale rilevazione non siano compresi gli interessi di mora convenzionali, data la loro natura di prestazione non necessaria, ma eventuale, che viene in gioco solo in caso di inadempimento del mutuatario. Viceversa, il TEG ricomprende “ogni onere in concreto sopportato per l’erogazione del credito, fisiologico e non, patologico e non”, per cui ben può una voce di costo non essere inclusa nella rilevazione del valore medio di mercato, ma rientrare nel calcolo del TEG per la verifica d’usura.(...) “TEGM e TEG sono dunque omogenei, ma soltanto nel senso che unico è il criterio normativamente previsto di rilevanza, ossia l’inerenza alla concessione di credito”’* (A. Stilo, Interessi moratori e “principio di simmetria” nella determinazione del tasso usurario, I Contratti, 11/16).

spread dal tasso medio di mercato pressoché doppio di quello francese – si colloca su un limite apprezzabilmente discosto dal valore medio, che rappresenta appunto l’interesse usualmente richiesto dal mercato.

Entro il limite disposto dalla norma, 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. In tal modo i costi che derivano all’intermediario dagli insoluti vengono in parte distribuiti sulla totalità della clientela e in parte maggiore sulla clientela che incorre occasionalmente, frequentemente e/o definitivamente nell’insolvenza. 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. L’intero corrispettivo, ordinario e di mora, deve necessariamente essere compreso entro il margine stabilito dalla norma: prevedere un’ulteriore e distinta soglia per la mora corrisponderebbe ad un indebito allargamento dello *spread*.¹²

¹²Da oltre un decennio i decreti ministeriali, nella medesima opacità che ha contraddistinto l’evidenza *a latere* delle CMS, continuano a menzionare l’indagine campionaria, 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 esaminato. 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’* – rimaste del tutto isolate - 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 maggiorazione di 2,1 punti percentuali, il tutto aumentato del 50% (ora 25% + 4 punti). Questo criterio solo recentemente ha incontrato l’esplicito avallo della Banca d’Italia, la quale, a distanza di dieci anni, con la comunicazione del 3 luglio 2013, ha espresso chiaramente le finalità della rilevazione campionaria della mora, menzionata sistematicamente in tutti i decreti ministeriali di pubblicazione delle soglie d’usura e mai esplicitata nella sua funzione: non è questa la trasparenza che ci si attende dall’Organo di Vigilanza. In tale comunicazione la Banca d’Italia riporta: *‘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.’* Gli

D'altra parte l'evento di morosità, quando non è imputabile ad occasionalità a priori imprevedibili, è riconducibile ad una scorretta previsione dei flussi di cassa da parte del cliente ma deriva altresì da una concessione di credito basata su una carente istruttoria dell'intermediario, che ha stimato attendibile e capiente il *business plan* del cliente. Ben si comprende che taluni oneri eventuali, la cui dimensione è dipendente, in qualche misura, anche dall'*expertise* dell'intermediario nella valutazione del merito di credito, non appartengano al costo medio che fisiologicamente è posto a carico del cliente, ma rifluiscono all'intermediario esclusivamente dalle posizioni deteriorate. Appare corretto e coerente con lo spirito della legge, che tali oneri siano esclusi dalla rilevazione statistica del TEGM, ma debbano inderogabilmente essere inclusi nella verifica dell'usura.

La tassatività del presidio impone un limite assoluto, esteso dalla 'promessa' alla 'dazione', dal certo all'eventuale, ivi comprese le penali: ancorché legittime, quale che siano le motivazioni, risarcitorie o afflittive, il tasso onnicomprensivo deve risultare contenuto entro lo scostamento dal valore medio disposto dalla legge; ogni deroga offrirebbe al mercato una comoda via di elusione in grado di vanificare il rigore della legge. La funzione del presidio all'usura è appunto quella di limitare i carichi anomali del costo del credito che, pur giustificati da elementi di patologia, di non ordinaria rischiosità o di peculiarità non proprie alla Categoria di appartenenza, devono comunque

stessi controlli di vigilanza curati dagli ispettori della Banca d'Italia presso le banche risultano di fatto edulcorati, risultando informati alle indicazioni dell'Istituto in luogo di quelle rivenienti dalla Suprema Corte. 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, 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. Non potrebbe essere diversamente se si considera che storicamente l'usura si configura prevalentemente proprio in situazioni di morosità. Il principio di astensione nelle circostanze di ragionevole dubbio, ribadito dalla Cassazione Penale 46669/11, avrebbe dovuto essere ossequiosamente rispettato anche dalla Banca d'Italia, continuando quanto meno a mantenere un ragionevole silenzio sulle finalità ed impiego della rilevazione del tasso mora del 2001, come fatto del resto da oltre dieci anni, anziché prospettare, nella comunicazione del 3/7/13, una soglia della mora e adottare tale principio nei controlli sulle procedure degli intermediari. Appare non trascurabile la responsabilità che si è assunta la Banca d'Italia, per i debiti riflessi di emulazione indotti nei comportamenti bancari.

essere mantenuti entro lo *spread* consentito dalla norma. Le anomalie eventuali (mora, penali, ecc..) vengono già considerate e coperte inizialmente nel loro valore medio statistico atteso e ricomprese nelle condizioni pattuite, per un tasso ‘offerto’ che ‘mai’ può risultare superiore alla soglia di legge della categoria nella quale è classificato il finanziamento erogato, con il medesimo principio per il quale non è consentito difendere la propria abitazione interponendo fili di corrente ad alto voltaggio. Né si può concepire una modifica della soglia al verificarsi dell’insolvenza: ciò costituirebbe una duplicazione dell’onere già statisticamente considerato all’atto dell’erogazione.

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 specifica verifica del rispetto della soglia d’usura. La rilevazione del TEGM ha una finalità statistica sua propria, volta a cogliere, attraverso una stima il più possibile attendibile, un dato medio di mercato. Sul piano tecnico-scientifico si possono elaborare più metodologie ed algoritmi per conseguire una stima corretta del valore medio di mercato, in funzione dello scopo che la media stessa deve assolvere nel tempo. Le ‘Istruzioni’ della Banca d’Italia parlano correttamente di ‘*obbligo di segnalazione per la rilevazione ai fini statistici*’ e, nelle edizioni che si sono succedute nel tempo, perseguono – quando non interferiscano finalità diverse ed estranee -, attraverso una complessa ed articolata rilevazione, gradi di maggiore attendibilità della stima. I valori del TEG segnalati dalle banche che, adeguatamente aggregati, vanno a comporre – congiuntamente alle variazioni dei tassi di riferimento BCE - il TEGM pubblicato trimestralmente dal MEF, devono rispettare criteri e modalità di calcolo coerenti con tale finalità, soggetti, altresì, alle modifiche imposte dall’evoluzione del mercato e della sua regolamentazione.

I criteri di rilevazione statistica rimangono fissati dalla Banca d’Italia, sono complessi, articolati in dettagli operativi, più volte mutati per migliorare la precisione della stima. Il criterio di verifica, al contrario, non è una stima ma un valore unico, certo, determinato, espresso da un principio semplice e di usuale impiego in finanza, che rimane immutabile nel tempo. La rilevazione statistica concerne una diversa finalità e un distinto processo di calcolo - prossimi ma non identici a quelli dell’art. 644

c.p. - ricomprendenti l'operatività ordinaria degli intermediari bancari e finanziari; al contrario, la verifica dell'usura abbraccia ogni genere di costo attinente al credito, ordinario e patologico, riconosciuto agli intermediari e ad altri soggetti che intervengono nell'operazione.¹³

Vanno tenuti distinti le finalità e i criteri indicati dall'art. 644 c.p., dalle finalità e i criteri metodologici impiegati dalla Banca d'Italia per la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio praticato dal mercato, previsto nell'art. 2 della legge 108/96; il medesimo oggetto di riferimento (tasso effettivo globale, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse) esige una tendenziale accostamento dei criteri di rilevazione al dettato dell'art. 644 c.p., che tuttavia non può tecnicamente risolversi in una identità, né paradossalmente può risolversi in una sostituzione dei primi ai secondi.

La verifica dell'art. 644 c.p. ha in sé il rigore, determinatezza e tassatività di un presidio penale, la rilevazione statistica della Banca d'Italia ha in sé la discrezionalità di una metodologia caratterizzata dalla flessibilità, mutevolezza, complessità e precisione di un algoritmo di stima volto ad estrarre dalle diverse manifestazioni nelle quali si esprime il credito e le sue variegate dinamiche evolutive, una stima significativa e rappresentativa del costo ordinario del credito. Il primo costituisce il dato rigido, il criterio oggettivo necessariamente immutabile nel tempo, il secondo, al contrario, accompagna la naturale evoluzione del mercato, distinguendo quello che, in quanto fisiologico, appartiene allo *standard* medio di mercato, da quello che fuoriesce dall'ordinario, per situazioni di patologia o, più semplicemente, per peculiarità che, nella liberalità delle parti, possono essere previste nello specifico contratto, ma che devono risultare calmierate entro la soglia d'usura.

¹³ 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.*" (Cfr. Allegato 1).

La stessa Banca d'Italia, in occasione delle ultime modifiche introdotte con le Istruzioni del 29 luglio '16, fa presente l'esigenza di *'superare taluni problemi applicativi riscontrati nel corso di oltre un decennio di applicazione, migliorando la significatività della rilevazione'*. Il modello di rilevazione statistica del TEGM presenta i margini tecnici di discrezionalità, significatività e approssimazione di una stima, che mal si prestano nell'accertamento di una specifica operazione che necessariamente deve essere determinato, univoco, invariabile e tassativo; il costo di un'operazione di credito non ha necessità di dettagliate istruzioni, risultando dall'elementare rapporto degli interessi commissioni ed oneri sopportati, al credito erogato.

Il principio di tassatività e determinatezza viene dall'Ordinamento ricondotto esclusivamente alla norma penale, la quale, nella sua formulazione, è immutabile ed inequivocabile, sia nella modalità di calcolo (rendimento effettivo annuo), sia nel criterio di inclusione (onnicomprensività). I momenti e i valori che gli intermediari devono attenzionare nei due distinti processi – rilevazione e verifica - sono prossimi ma distinti, con obblighi, responsabilità e sanzioni diversi.¹⁴

Il legislatore poteva, come in ordinamenti di altri paesi, riferire la soglia ad un tasso fisso, o parametrato all'Euribor o ad altro indicatore 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, sceglie e determina la metodologia di individuazione del parametro di riferimento (TEGM), nei medesimi termini vada curata altresì la verifica

¹⁴ *'Indubbiamente un argomento apparentemente forte e persuasivo sul tema è quello della "omogeneità" dei termini di raffronto. Nondimeno, proprio prendendo atto, in relazione alle disposizioni amministrative di settore, della netta separazione fra i criteri di rilevazione del tasso medio di mercato ed i criteri di verifica della soglia d'usura, si potrebbe chiarire l'equivoco sulla "confrontabilità" dei dati. In parole semplici e poverissime, le banche dovrebbero sapere e tenere conto – almeno per il futuro – che i criteri di individuazione dei dati da comunicare sono necessariamente difforni da quelli che la stessa banca deve utilizzare per evitare di applicare ai clienti un tasso superiore a quello determinato dai D.M. In questo senso quindi il difetto di "omogeneità" non è un profilo "fisiologico" del sistema, ma un dato patologico che deriva dall'aver le banche – per un lungo arco di temporale – erroneamente sovrapposto il criterio di raccolta dati a quello di computo della soglia da rispettare'*. (C. Parodi, R. Carbone, Il reato di usura bancaria, Giuffrè, 2015).

dell'usura, conduce a trascurare le diverse specificità che distinguono la rilevazione statistica dalla verifica dell'art. 644 c.p. Costituisce una mera stereotipia ritenere che, al di fuori dell'omogeneità, si realizzerebbe un paradosso, confrontando 'mele con pere'; sono sempre mele ma di specie diversa: le due operazioni risultano concettualmente prossime ma distinte, accostate ma non sovrapponibili. L'esempio classico è la mora che viene esclusa dalla rilevazione del TEGM, ma viene inclusa nella verifica dell'art. 644 c.p.: la circostanza, pacificamente riconosciuta dalla Banca d'Italia, viene riconosciuta anche dall'ABI in una risalente circolare agli Associati del 5 gennaio 2001, rivisitata il 3 aprile '01, *'tenuto conto degli approfondimenti effettuati nell'ambito della Commissione Tecnica Legale.'*¹⁵ Un criterio di omogeneità, nella formula e nel contenuto, può essere perseguito solo tendenzialmente, mai rigorosamente: diversamente si perverrebbe inevitabilmente a travisare, o i canoni statistici di rilevazione del tasso medio di mercato, o lo stringente dettato dell'art. 644 c.p. Tecnicamente, prima ancora che giuridicamente, non si può avere una piena simmetria ed identità: è questo un principio che forse può sfuggire al giurista, ma che non può essere confuso dall'organo tecnico preposto alla rilevazione statistica¹⁶.

¹⁵ *'Per interessi si intendono quelli pattuiti a qualunque titolo, e quindi gli interessi corrispettivi, compensativi o moratori. Indicazioni espresse in tal senso si evincono dalla relazione al disegno di legge di conversione del D.L. n. 394/2000 (cfr. Atto/Senato n. 4941 presentato il 30 dicembre 2000, pag. 6).'* (Circolare ABI, prot. 3 aprile 2001, LG/OF/RA/002270).

¹⁶ Non sono infrequenti le sentenze che, cadendo impulsivamente nel facile equivoco, hanno ritenuto coerente e logico il principio di omogeneità: *"...Analogamente, quando, occorre confrontare il TEG applicato da una Banca ad un determinato rapporto con il tasso soglia del periodo, al fine di accertare la natura usuraria o meno del tasso applicato, ricorre la medesima esigenza, logica e metodologica, di omogeneità tra le grandezze da raffrontare. Non avrebbe, infatti, alcuna attendibilità scientifica il risultato derivante da un confronto operato tra un TEG calcolato con la modalità A ed un tasso soglia basato su un TEGM calcolato con una differente modalità B. Pertanto, dette Istruzioni in primo luogo rispondono alla elementare, ma ineludibile, esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare ed hanno altresì natura di norme tecniche previste ed autorizzate dalla disciplina regolamentare, necessarie per l'applicazione di tutta la normativa anti-usura"* (dott. Stefani, Trib. Milano, sentenza n. 6160/2015).

"...da un lato non si vede come poter censurare l'operato delle banche, che a tali direttive si siano uniformate, e dall'altro, ove si ritenesse, in conformità al disposto di cui all'art.2 comma 1 L.108/96, che il tasso effettivo globale applicato debba essere conteggiato in termini comprensivi di commissioni, non si vede come potrebbe esserne verificato il rispetto del tasso soglia, ove quest'ultimo, quale

Non è stabilito dalla legge alcun criterio di omogeneità, né questo 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. 2 della legge 108/96 distingue concettualmente, al comma 1, la rilevazione del TEGM e al comma 4 il tasso soglia ai fini dell’art. 644 c.p., 3 comma: solo per il riferimento a quest’ultimo la successiva legge 24/01 (Interpretazione autentica della legge 108/96)¹⁷, ha previsto il momento pattizio, ‘*independentemente dal momento del loro pagamento*’. **La verifica dell’usura riguarda sostanzialmente, ancorché non esclusivamente, le condizioni pattuite contrattualmente, mentre 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**¹⁸.

L’offerta, in 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 riscontro nelle condizioni praticate non po-

riportato nei Decreti Ministeriali e pubblicato in Gazzetta, è stato rilevato come dato medio non conteggiando le CMS si effettuerebbe un confronto tra dati non omogenei”. (L. Cosentini, Trib. Milano, sentenza n. 3268/2014).

¹⁷ L. 24/01, art. 1: *Ai fini dell’applicazione dell’articolo 644 del codice penale e dell’articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.*

¹⁸ Nella Comunicazione della Banca d’Italia 3 luglio 2013, si precisa: “*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.”

trebbe rientrare nella (successiva) segnalazione per la determinazione della media di mercato e il processo di ‘cimatura’ ridurrebbe il tasso entro la soglia; la segnalazione alla Banca d’Italia risulterebbe corretta ma permarrebbe il reato di usura in contratto. I due valori – tasso medio di mercato e tasso contrattualmente pattuito da sottoporre a verifica – non presentano un stretto carattere di omogeneità, ma solo di prossimità¹⁹.

Inoltre, l’art. 644 c.p. ricomprende ogni remunerazione associata all’erogazione del credito, indipendentemente per conto di chi è stata percepita e punisce ‘chiunque ... si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri ...’, mentre l’art. 2 della legge 108/96 prevede la rilevazione del TEGM, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, circoscritto esclusivamente agli ‘interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari’.

La Banca d’Italia già nelle prime rilevazioni, mentre ha escluso l’onere della CMS di spettanza degli intermediari, ha ricompreso nelle stesse alcuni oneri attinenti al credito relativi a terzi soggetti. Anche successivamente nel processo di accostamento della rilevazione del TEGM al rigore dell’art. 644 c.p., nonostante il diverso riferimento dell’art. 2 della legge 108/96, ha esteso l’inclusione nel TEG, ai costi non pertinenti all’intermediario, temperando, ancora una volta ad *usum Delphini*, l’effetto di calmiera implicito nella legge.²⁰ **L’inserimento nel**

¹⁹ La divergenza è fatta oggetto di critica da V. Tavormina che osserva: “*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).

²⁰ “... la stessa norma (comma 4°) 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 all’erogazione del credito”, il che per diffusa opinione ben consente di includere nella rilevazione la commissione in discorso, in piena armonia con la lettera e con lo spirito della norma che vuole individuare non il mero tasso di interesse, ma il complessivo costo del denaro. E non solo consente, a mio parere richiede che di tali voci si tenga conto, senza selezioni più o meno orientate. Si è, infatti, condivisibilmente notato che la formula normativa in parola, “chiaramente diretta ad evitare facili

TEG delle spese di assicurazione e mediazione, riconosciute a terzi, hanno conseguentemente indotto un arbitrario innalzamento della soglia che propriamente non trova alcuna giustificazione nell'art. 2 della legge n. 108/96 che, al contrario, circoscrive la rilevazione agli *'interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari'*.²¹

Ancora, l'art. 644 c.p. prende in considerazione gli *'interessi o altri vantaggi usurari'* mentre la rilevazione statistica regolata dall'art. 2 della legge 108/96 viene circoscritta agli **interessi, comprensivi di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titoli e spese.**

Il più ristretto ambito di operatività definito dall'art. 2 della legge 108/96, induce un effetto di calmiera sull'arco più esteso degli aspetti contemplati nell'art. 644 c.p., che non può essere trascurato in una scrupolosa e coordinata applicazione del presidio d'usura. Con il principio di omogeneità e simmetria, si deroga all'onnicomprendività dell'art. 644 c.p., negando ogni riflesso di calmiera indotto da una rigorosa applicazione del dettato normativo.

Le distinzioni sopra indicate evidenziano che, anche sul piano giuridico, le due distinte prospettazioni presentano ambiti di prossimità, che tuttavia non si risolvono in un'identità: i fattori

*pratiche elusive, importa un superamento del concetto stesso di interesse – inteso come funzione di un capitale e del tempo – perché **non considera tanto il frutto del denaro per il mutuante, quanto il costo sopportato dal mutuatario**” (A. Antonucci, La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto, Nuova giur. Civ. comm. 2009).*

²¹ L'art. 2 della legge 108/96 prescrive: *'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 remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari'*.

Il 2° comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, riferito sia agli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., sia all'art. 2 della legge 108/96 (rilevazione del TEGM) riporta: *'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, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'art. 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.'* Al contrario, le Istruzioni 2009, nella consultazione che le ha precedute, riportano: *'Le nuove Istruzioni tengono conto del dettato normativo che prevede la inclusione nel TEG di ogni onere collegato all'erogazione del credito (cfr. art. 1 L. 108/96) nell'ottica che il TEG rappresenta il costo complessivo sostenuto dal cliente per ottenere il finanziamento e non il reddito dell'intermediario'*.

di distinzione, sia tecnici che giuridici, sono molteplici, l'accostamento può risultare solo tendenziale, orientato dal modello di rilevazione al principio fissato dall'art. 644 c.p., non certo il viceversa²².

Il modello di rilevazione del TEGM, nei dettagli operativi, persegue una stima, il più possibile attendibile, di un valore medio incognito, che risulti coerente e rispetti il principio fissato dalla norma. Non si può commettere, nella rilevazione del

²² *‘anche nell'individuazione delle spese rientranti nel tasso effettivo globale il legislatore ha preferito omettere qualsivoglia elenco ed optare per una definizione in chiave funzionale di mero ‘collegamento’ con l'erogazione del credito. E' poi l'ultimo comma dell'art. 2 della legge n. 108/1996 ad individuare ‘il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari’ in un mero dato numerico quale è ‘il tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso’ con gli aggiustamenti ivi previsti. (...) Non vi è dunque nessuna necessità di qualificare il fatto penalmente e civilmente rilevante in termini di comparazione con gli elementi di costo posto a base del procedimento di individuazione del T.E.G.M. E' solo previsto che l'individuazione del tasso applicabile sia operata previa riconduzione dell'operazione concreta nella categoria di riferimento. In questi sensi è da condividere quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui T.E.G. e T.E.G.M. siano entità distinte e connotate da diversa funzione: il T.E.G.M. rappresenta ‘un indicatore fisiologico medio del mercato’ mentre il T.E.G., per come enucleato dalla definizione del costo del credito data dal quarto comma dell'art. 644 c.p., attiene alla sua quantificazione con riguardo alla singola operazione. **Ben può accadere dunque che ‘l'aggregato dei costi ricompresi nella formula del T.E.G., impiegata per la determinazione del T.E.G.M.’ possa ‘non esaurire tutti i possibili costi che rispondono al principio dettato dell'art. 644 c.p.’.** Trattasi di due rette, che corrono su diversi piani e il cui punto di intersezione è dettato dalla verifica da parte del giudice dello sforamento da parte del T.E.G., relativo alla singola fattispecie di erogazione a titolo oneroso del credito, del tasso soglia, alla determinazione del quale contribuisce il T.E.G.M. per come rilevato nel sistema bancario e finanziario. Proprio dalle considerazioni che precedono si trae il convincimento che, mentre le singole componenti del costo del credito, per come individuate dalla Banca d'Italia nelle sue Istruzioni ai fini della segnalazione a cui sono tenute le banche e gli intermediari finanziari per la rilevazione del TEGM, non hanno rilievo vincolante nella determinazione del TEG della singola operazione di erogazione ai sensi dell'art. 644, comma 4°. c.p., non così è a dirsi con riferimento alla classificazione delle operazioni ‘per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie’. Invero è proprio il quarto comma dell'art. 644 c.p. che individua la soglia oltre la quale ‘gli interessi sono sempre usurari’ nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso’, operando un chiaro ancoraggio della qualificazione della fattispecie in relazione alle categorie di ‘operazioni in cui il credito è compreso’.* (V. Farina, Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica, Banca Borsa T.C. n. 4, 2016).

TEGM, il banale errore di considerare gli interessi annualmente e gli oneri trimestralmente – corretto, senza giustificazione alcuna, nel '09, dopo oltre 13 anni di applicazione – e poi pretendere che lo stesso errore venga trasfuso nella verifica dell'art. 644 c.p.; analogo errore, di portata economica non trascurabile, si riscontra per le CIV che, dal '09 sino alla correzione ultima delle Istruzioni '16, operativa solo dal 1 aprile '17, non sono state annualizzate completamente, inducendo, nei rapporti di conto, che presentavano frequenti debordi dal fido, costi effettivi in palese esubero della soglia.²³ Tali correzioni, come molte altre apportate nelle ricorrenti riedizioni delle Istruzioni, possono costituire opportune modifiche atte a migliorare, nelle pieghe degli articolati e complessi dettagli di rilevazione, l'attendibilità della stima del TEGM; tali 'ravvedimenti' accostano la rilevazione al principio fissato dall'art. 644 c.p. ma, per la stessa riserva di

²³ Il 'pasticcio' delle CIV viene sanato solo dal 1° aprile '17 con l'applicazione delle nuove Istruzioni '16. Nel documento di accompagnamento alle nuove Istruzioni poste in consultazione, si riporta: *'si è riscontrata la tendenza a considerare le commissioni applicate come "occasionalì" (ridefinite "non continuative" nella FAQ) e destinate a non ripetersi, con il conseguente abbattimento del relativo peso nell'ambito del TEG (per gli oneri occasionali, le Istruzioni consentono di evitare il procedimento definito di "annualizzazione" che, moltiplicando per 4 l'onere trimestrale, riporta all'anno il peso dell'onere addebitato in un periodo più breve). In particolare, tale prassi è stata riscontrata di frequente per la CIV, prevista dall'art. 117 – bis del TUB quale unico onere a carico del cliente per gli sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, anche nei casi in cui l'intermediario consente al cliente di sconfinare in modo stabile e sistematico oltre il fido o in assenza di affidamento; in tali circostanze, la CIV rappresenta una componente stabile nella remunerazione percepita dagli intermediari e non può essere ritenuta occasionale'*. Risulta alquanto anacronistico che con un documento dell'aprile '15 si denunci un ricorrente impiego scorretto della CIV, da parte degli intermediari, nella rilevazione del TEGM, per disporre con le successive Istruzioni del luglio '16, la modifica nella segnalazione che trova applicazione alle soglie d'usura operative dal 1 aprile '17: per la determinazione del TEGM si riscontrerebbe pertanto, prima nel '09 l'esclusione dall'annualizzazione degli 'oneri occasionali', subito dopo nelle FAQ del 10 il passaggio agli 'oneri non continuativi', che assecondano l'impiego improprio delle CIV, per poi assistere al ravvedimento ad aprile del '15, che riscontra il massiccio impiego in via elusiva dell'art. 644 c.p., e la disposizione, nel luglio '16, della modifica con decorrenza aprile '17. Essendo la legge rimasta immutata nel tempo, se si adottasse il principio di omogeneità il presidio penale verrebbe completamente rimesso alle scelte 'estravaganti' della Banca d'Italia: stravolgendo i cardini dell'Ordinamento, con un assurda sequenza di significative incongruenze, si creerebbero ampi varchi al presidio di legge che ne vanificherebbero l'applicazione.

legge, non possono certo consentire che incongruenze e discrasie corrette successivamente trovino spazio e riconoscimento, per il periodo precedente, nella verifica dell'art. 644 c.p.²⁴

Se la Banca d'Italia, sviata da finalità diverse, protese alla tutela della stabilità dell'intermediario - in assenza di un debito contrappeso degli interessi in campo, istituzionalmente affidati più concretamente alla tutela dell'Antitrust solo a partire dal '05/'06 - nella rilevazione del TEGM, si discosta dallo spirito della legge sull'usura, questo può sollevare un problema di rispondenza del comportamento ai canoni di correttezza, diligenza, imparzialità e buona amministrazione, richiesti agli organi della P.A., ma non può, in alcun modo, interferire nelle modalità di verifica dell'art. 644 c.p.: prima delle note pronunce della Cassazione Penale (In. 12028/10, n. 28743/10 e n. 46669/11), potevano al più insorgere problematiche in merito alla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo del dolo in capo all'intermediario che ha seguito le indicazioni del proprio Organo di Vigilanza, ma questo prescinde dalla sussistenza dell'elemento oggettivo dell'usura;²⁵ la Cassazione Penale, nelle

²⁴ Cfr. anche R. Marcelli, *Il mercato del credito e le soglie d'usura. La riserva di legge e il paradosso della riserva della Banca d'Italia*, 2015; *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità*, 2014; *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; *La ripetizione dell'indebito bancario: dimensione del fenomeno e problematiche applicative*, 2013; in assocctu.it.

²⁵ Diversa appare la posizione della Banca d'Italia nella specifica funzione di mera rilevazione del TEGM prevista dalla legge 108/96, dalla diversa funzione di Organo di Vigilanza assegnatole dall'Ordinamento, per la quale gode di una marcata autonomia ed indipendenza per l'elevato grado di competenza richiesto nel settore in cui opera. Ma, anche a considerarla nella sua funzione di controllo, a presidio di una 'deriva tecnocratica' permane pur sempre un sindacato, anche penetrante. E' rimasta comunque sino ad oggi inesplorata la responsabilità del controllore autore mediato che ha indotto in errore. Si pone questa domanda V. Pacileo: *Ma le eventuali colpe dei regolatori possono determinare un ristoro a favore dei risparmiatori che ne hanno subito le conseguenze? A certe condizioni la risposta è positiva. Infatti, il nostro ordinamento ha previsto con l'art. 6-bis della L. 262/2005, introdotto dall'art. 4 co. 3 lett. d) del D. Lgs. 303/2006, una responsabilità per dolo o colpa grave per gli atti compiuti dai componenti degli Organi di vigilanza, tra cui Banca d'Italia e Consob, e dai loro dipendenti, che abbiano cagionato danni a terzi. La giurisprudenza ha riconosciuto che la domanda di risarcimento del danno proposta dai risparmiatori nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare è devoluta al giudice ordinario, anche in base al regime di riparto della giurisdizione introdotto dall'art. 7 della L. 21.7.2000 n. 205, il quale ha sostituito, fra l'altro, gli artt. 33 e 35 del D. Lgs. 31.3.98 n. 80. Invero, si è detto, i risparmiatori vantano una*

circostanze esaminate, ha previsto l'assoluzione *'perché il fatto non costituisce reato'*, riconoscendo nel fatto concreto il fatto tipico descritto dalla norma penale, seppur mancante dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma stessa.

Si possono tecnicamente condividere o non condividere la formula e i criteri che - nella funzione rimessa dalla legge 108/96 al MEF e da questo trasposti alla Banca d'Italia, nonché nella ristretta discrezionalità compresa fra l'omogeneità delle Categorie e il rigore scientifico-oggettivo di calcolo - sono stati impiegati per la rilevazione statistica del TEGM, ma - fissato in G.U. il limite di soglia - non si possono travisare i perentori e inequivocabili termini di onnicomprensività e determinazione del tasso effettivo globale stabiliti dall'art. 644 c.p.

Nell'algoritmo di rilevazione, per cogliere il valore del TEGM, valore sintetico di un ampio aggregato di crediti, si possono utilizzare anche formule che si discostano dal TAEG implicitamente stabilito nell'art. 644 c.p., dovendo impiegare un complesso ed articolato modello di rilevazione, idoneo a stimare il menzionato valore sintetico, aggregando e mediando nella formula le specificità di ogni singola rilevazione.

La formula del TEG, concepita dalla Banca d'Italia nel '96 e rivisitata nel '09, è del tutto sconosciuta alla matematica finanziaria: propriamente è un indicatore sintetico del costo del credito, tecnicamente non esprime neanche un tasso, né tanto meno un tasso di interesse e, ancor meno, un tasso di interesse annuale, intervenendo, nel secondo elemento della formula, un'aliquota non commisurata al tempo, né al credito erogato.²⁶

posizione di diritto soggettivo, che determina appunto l'accesso alla giurisdizione ordinaria, in quanto soggetti 'tutelati' dall'ordinamento; il che peraltro non escluderebbe in radice la giurisdizione amministrativa ove ricorresse un caso di giurisdizione esclusiva da tipizzare legislativamente. (Cass. SS.UU. 2.5.2003 n. 6719; Cass. SS.UU. 29.7.2005 n. 15916)'. (V. Pacileo, I derivati, Eutekne, 2015).

²⁶ L'intervento della Banca d'Italia si è appuntato, oltre che sui criteri di inclusione degli oneri, sul metro di misura del costo, piegando la matematica finanziaria entro un algoritmo inedito (TEG) che, per superare talune difficoltà che avrebbero pregiudicato l'attendibilità della rilevazione stessa, restituisce un valore del costo che approssima per difetto l'incidenza degli oneri e spese (rapportati al credito accordato anziché utilizzato). Con tale formula, se impiegata anche per la verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., si realizzerebbe un improprio allentamento del vincolo disposto dallo stesso art. 644 c.p., che viene riferito esclusivamente al credito erogato. Introducendo una discriminazione fra interessi da un lato e commissioni, oneri e spese dall'altro, nel TEG indicato dalla Banca d'Italia, ai primi si applica il previsto disposto normativo, riferendoli al credito erogato, mentre ai secondi si

La Banca d'Italia, per la precipua finalità di determinazione del TEGM, può ritenere tecnicamente congruo superare talune difficoltà di rilevazione del valore medio, ricorrendo ad una formula che, discostandosi dal rendimento effettivo annuo, si esprime nella somma di due distinti rapporti diversamente costruiti²⁷. Per evitare i riflessi di anomalie e distorsioni che possono derivare dalla presenza di costi fissi, non parametrati al

applica un diverso e più edulcorato termine, riferendoli al credito accordato o, al più, al massimo credito concesso nel trimestre. Inoltre, il TEG di rilevazione per i finanziamenti in conto si compone di due frazioni: una corrispondente agli interessi, correttamente annualizzati e l'altra corrispondente agli oneri che, senza alcuna plausibile ragione logica, non venivano annualizzati (l'errore è stato corretto solo con le Istruzioni '09). Appare evidente la discrasia: gli oneri, oltre ad essere riferiti al credito massimo o fido accordato, non venivano calcolati su base annuale, per cui riflettevano sul TEG un peso ridotto ad oltre un quarto (base trimestrale) dell'effettiva incidenza sul costo del credito. L'asimmetria nell'inedita formula di calcolo delle 'Istruzioni' fra l'incidenza degli interessi e quella degli oneri è stata prontamente colta dagli intermediari bancari che, oltre ad ampliare ed estendere ad altre Categorie di credito l'applicazione delle CMS, completamente escluse dal TEG, hanno moderato gli interessi per accrescere a dismisura gli oneri e spese, aventi nel TEG un peso relativo apprezzabilmente più basso. In altri termini, anziché caricare € 1.000 di interessi, hanno trovato più conveniente caricare € 4.000 di oneri e spese, così che, a parità di TEG, l'effettivo costo del credito (TAEG) subisce un incremento quadruplo.

²⁷ Come menzionato, nella rilevazione del valore medio occorre individuare un algoritmo di calcolo in grado di fornire una corretta sintesi della eterogeneità di condizioni e termini che caratterizzano l'universo delle operazioni di credito poste nella medesima categoria. Ciò può anche richiedere un algoritmo più complesso della semplice formula del TAEG, per non inficiare la sintesi stessa con operazioni che condurrebbero ad una distorsione di tale obiettivo. Può ben impiegarsi, per il dato aggregato, la formula del TEG, con la doppia frazione, assimilando l'accordato all'utilizzato nel trimestre, per evitare le distorsioni che deriverebbero da un utilizzo esiguo dell'accordato. Diversa è la situazione per la specifica verifica del rispetto della soglia, per la quale il costo del credito non può che essere espresso dal TAEG e **non vi è alcuna motivazione tecnica per utilizzare una formula diversa da quella scientificamente preordinata a tale finalità**. Appare irragionevole, e soprattutto derogatorio dalla norma di legge, prevedere in talune operazioni - quelle nelle quali il credito utilizzato è esiguo rispetto all'accordato - un costo effettivo del credito (TAEG) superiore alla soglia, come d'altra parte appare parimenti irragionevole, in senso opposto, per le operazioni nelle quali l'utilizzato supera ampiamente l'accordato, considerarle in usura se presentano un TEG superiore alla soglia ma un costo effettivo del credito (TAEG) entro la soglia (questa discrasia a sfavore dell'intermediario è stata corretta nelle ultime Istruzioni '16). La formula del TEG ritenuta dalla Banca d'Italia funzionale alla rilevazione statistica del TEGM, se impiegata, *sic et simpliciter*, al costo del credito dello specifico finanziamento, conduce a distorsioni che, in termini opposti, si pongono in contrasto con il rigoroso dettato dell'art. 644 c.p.

Le criticità nella rilevazione statistica del TEGM insorgono in particolare per le commissioni di affidamento e per le commissioni di istruttoria veloce: le prime,

tempo, si può far impiego del credito accordato in luogo di quello erogato, ma, individuata la soglia, per lo specifico finanziamento non sussistono problemi di aggregazione che consentano deroghe, il relativo costo rimane espresso dall'unica formula che correttamente lo misura. In matematica non allignano spazi per opinioni o interpretazioni: il costo della specifica operazione è certo e univocamente determinato dal TAEG, definito – dai Babilonesi ai giorni nostri – in ogni manuale di matematica, né quanto previsto dall'art. 3, comma 2, dei D.M. del MEF può sovrapporsi e sovvertire il disposto dell'art. 644 c.p.; il TAEG, come tasso annuo onnicomprensivo, si attaglia perfettamente al concetto di interesse allargato espresso dall'art. 644 c.p., che non opera alcuna distinzione tra interessi in senso stretto e commissioni, oneri e spese.

La Legge n.108 del 7 marzo 1996, nel riformulare l'art. 644 c.p., da un lato ha previsto (art. 644 c.p. 3 comma), che il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari è definito (art. 2, c. 4, l. 108/96) *“nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella G.U. ai sensi del c. 1 ..”*; e tale tasso viene definito dall'art. 2, c.1 l. 108/96 come *“il tasso effettivo ...”*; dall'altro ha previsto (art. 644 c.p. 1 comma) 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 all'erogazione del credito”*.

L'algoritmo di calcolo che risponde compiutamente al criterio di onnicomprensività disposto dell'art. 644 c.p. è il rendimento effettivo annuo (TAEG), che viene anche espressamente richiamato dalla legge 108/96 all'art. 2 per la rilevazione del tasso medio di mercato. Al concetto di rendimento effettivo annuo corrisponde in matematica finanziaria un unico e determinato algoritmo di calcolo (TAEG), correntemente impiegato nel mercato

per la quota riferita al servizio di messa a disposizione - agevolmente determinabile in funzione del tempo e del credito accordato ma non utilizzato – potrebbero, a rigori, essere escluse dalla verifica, rispondendo ad un diverso servizio, mentre per la quota riferita al credito utilizzato, così come per le commissioni di istruttoria veloce, l'inderogabile presidio disposto dall'art. 644 c.p. impone l'inclusione nel TAEG, senza edulcorazione alcuna. Con la soppressione della CMS, prevedendo, per la verifica dell'usura, lo scorporo, dalla commissione di affidamento, della parte maturata in funzione del servizio di messa a disposizione, che non attiene propriamente al costo del credito, non si ravviserebbero più i presunti ostacoli tecnico-statistici ad un impiego dell'ordinaria formula del TAEG anche nella rilevazione statistica del TEGM.

per il suo funzionale carattere di onnicomprensività dei costi convenzionalmente riferiti in capitalizzazione annuale; l'art. 644 c.p. ne ribadisce l'onniconcomprensività, prevedendo solo l'esclusione di imposte e tasse: sia l'algoritmo di calcolo che gli interessi, oneri e spese da includere, risultano univocamente individuati²⁸. La dizione impiegata dall'art. 644 c.p. 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

²⁸ M. Rossi, in suo recente intervento (Assoctu, Convegno Roma 12 e 13 maggio '16, Anatocismo e usura: una normativa confusa e travagliata), in termini molto chiari ed elementari, facilmente accessibili ai non tecnici, riporta: *‘Non v'è dubbio che, da sempre e ovunque, l'uomo dispone di una conoscenza che gli consente di calcolare il costo di un finanziamento. Si tratta di uno strumentario di matematica finanziaria che appartiene all'esperienza di tutti fin dalla prima elementare: la divisione. Dividere (rapportare) gli interessi (I) – espressi in euro – di un finanziamento con il capitale finanziato (C) – espresso in euro – restituisce il tasso d'interesse (i):*

$$i = \frac{I}{C \times \Delta t}$$

Nel nostro ordinamento, per convenzione, il tasso d'interesse (i) si esprime su base annuale (365 giorni o 366 in caso di anni bisestili):

$$i = \frac{I \times 365}{C \times \text{giorni}}$$

Ai sensi dell'articolo 644 cp, tuttavia, ciò che rileva ai fini dell'usura non sono solo gli interessi propriamente detti, ma tutti gli oneri connessi all'erogazione del credito (remunerazioni a qualsiasi titolo: commissioni e spese vari), con la conseguenza che la formula deve esprimere un tasso globale:

$$i = \frac{(\text{Interessi} + \text{commissioni} + \text{oneri}) \times 365}{\text{Numeri debitori}}$$

Poiché, nella tecnica bancaria, il capitale (C) moltiplicato per i giorni di utilizzo viene comunemente denominato “numeri debitori” e al fine di ottenere un tasso espresso in numeri interi e non decimali, la formula diviene:

$$i = \frac{(\text{Interessi} + \text{commissioni} + \text{oneri}) \times 36.500}{\text{Numeri debitori}}$$

Poiché anche i giorni valuta vanno considerati come costo per il cliente, i numeri debitori vanno depurati dell'effetto “valuta bancaria”, moltiplicando il capitale (C) per i giorni effettivi (contabili). In ultimo, al fine di tenere conto dell'effetto anatocistico, sarà necessario utilizzare la formula di equivalenza finanziaria (la stessa utilizzata nel 1555 da Re Enrico per confrontare due prestiti bancari), che restituisce un costo effettivo e non solo nominale:

$$\text{TIU} = (1 + i/n)^n - 1$$

ove “n” è il numero di volte in un anno in cui viene anatocizzato l'interesse (se c'è anatocismo trimestrale, “n” sarà quindi pari a 4). Questo è l'unico modo riconosciuto dalla scienza (id est dalla matematica finanziaria) per calcolare un costo globale effettivo su base annua di un finanziamento con utilizzo flessibile come quelli di apercredito su conto corrente (per i finanziamenti con piano di ammortamento predefinito, invece, si usa il Tir).

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.)²⁹.

Se la Banca d'Italia, per esigenze riconducibili ad una corretta stima del valore medio di mercato, ha ritenuto opportuno discostarsi dall'ordinaria ortodossia matematico-finanziaria, elaborando una inedita formula di calcolo per la rilevazione statistica, questo non si può riflettere in una edulcorazione dell'effettivo costo del credito, così come usualmente calcolato dal mercato e disposto dall'art. 644 c.p. Una palese evidenza di tale discrasia viene offerta dalla stessa Banca d'Italia nel documento sulla 'Disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari', posto in consultazione nel marzo del '09: in uno degli esempi riportati nel documento si calcola un TAEG (ISC) del 257,41%, quando la formula del TEG delle Istruzioni conduce ad un valore del 16%. Dalla stessa esemplificazione riportata dalla Banca d'Italia si appalesa come il rispetto della legge 108/96 viene conseguito, non riconducendo il tasso effettivo praticato dalle banche al limite d'usura, bensì 'coniando' un apposito metro di misura del tasso (TEG), idoneo a giustificare le condizioni praticate dalle banche.³⁰

²⁹ Occorre nella circostanza tenere distinto il criterio di calcolo, ricondotto alla formula del TAEG, dal criterio di inclusione: la formula di calcolo è la stessa, ma nell'informazione preliminare al consumatore occorre correttamente includere i soli costi fisiologici all'operazione (compresi gli oneri fiscali), mentre nella verifica dell'usura rimane funzionale l'inclusione di tutti i costi, salvo quelli fiscali.

³⁰ Le Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini d'usura, emanate nell'agosto del '09, erano state precedute, il mese precedente, dalla Disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Nella versione di quest'ultimo documento - posta in consultazione degli operatori nel precedente mese di marzo - nell'estendere l'obbligo di riportare l'ISC anche nelle anticipazioni bancarie e nelle aperture di credito offerte a clienti al dettaglio, per la determinazione dell'ISC si riportava la formula matematica già impiegata per il TEG.

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

La contraddizione con le finalità stesse del provvedimento appariva evidente: le applicazioni esemplificative prospettate nel documento travisavano i più elementari principi di trasparenza. Risultava per altro disattesa la Direttiva 2008/48/CE di imminente recepimento. Le osservazioni pervenute al documento provvisorio avevano pertanto sospinto la Banca d'Italia a rettificare la disciplina proposta. Nel provvedimento definitivo sulla trasparenza, emanato alla fine di luglio del '09, si abbandonava la formula dell'ISC proposta inizialmente, adottando, anche per le

Non sussiste alcuna discrezionalità tecnica autorizzata che possa estendersi oltre l'ambito del TEGM e anche questa risulta alquanto ristretta dovendo necessariamente rispondere a rigorosi principi di tecnica statistico-finanziaria se non si vuole dislocare altrove la tassatività della norma penale³¹. Ogni formula diversa

aperture di credito e le anticipazioni in conto corrente, la formula del TAEG, già impiegata per le altre forme di credito.

$$\text{ISC} = \frac{(\text{Interessi} + \text{Commissioni} + \text{Oneri}) \times 36.500}{\text{Numeri debitori}}$$

Analoghe osservazioni per la formula del TEG, avanzate nel maggio dello stesso anno al documento provvisorio della rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura, non venivano accolte. Ne consegue che, per le aperture di credito e le anticipazioni in conto corrente, nel prospetto informativo e nel contratto, viene indicato un costo del credito calcolato con la tradizionale formula del TAEG, mentre per la verifica d'usura si continua ad impiegare la formula del TEG. La discrasia è di palmare evidenza: viene mascherata nei prospetti informativi resi disponibili dagli intermediari, riportando il TAEG ai fini della trasparenza riferito all'intero utilizzo del fido e rinviando, per il TEG, non alla soglia, ma al valore medio (TEGM), per altro non indicato nel prospetto ma 'consultabile in filiale e sul sito della banca': di fatto per ogni caso di utilizzo parziale del fido il TAEG risulterà superiore a quello dichiarato, mentre il TEG esprimerà un falso valore del costo, pari a quello del TAEG dichiarato. Nell'Allegato 5 al Documento provvisorio sulla trasparenza, posto in consultazione nel marzo del '09 (reperibile in http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/Disposizioni-trasparenza_Doc.-di-consultazione_1.pdf), si riportava, per tre esemplificazioni di scoperto di conto, il calcolo dell'ISC, del tutto analogo a quello del TEG, da riportare nel foglio informativo rilasciato alla clientela. Nelle tre esemplificazioni prospettate dalla Banca d'Italia, impiegando la formula del TAEG successivamente adottata, si sarebbe pervenuti ad un valore di 257,41%, 179,11% e 17,27%, da riportato nel prospetto informativo e nel contratto, mentre il TEG impiegato dalle banche per la verifica del limite d'usura, segnala un costo rispettivamente pari a 16%, 14% e 12%, valori privi di alcun senso finanziario. Naturalmente queste tre esemplificazioni sono state abbandonate e si riporta esclusivamente l'esemplificazione dell'utilizzo massimo del fido, dove tale discrepanza non appare. E' questa un'altra vistosa evidenza che, seguendo le indicazioni della Banca d'Italia, si perviene a paradossi finanziari privi di senso. (Cfr. R. Marcelli, 'TAEG e TEG: La contraddizione non trova soluzione', 3/9/09, in www.assoctu.it). Appare alquanto incongruo e in contraddizione con lo spirito della norma che, nelle Istruzioni per la rilevazione del TEGM, per lasciare impregiudicata la possibilità di addebitare oneri e spese scollegati dal tempo e/o dall'importo effettivamente erogato, si rinunci alla correttezza, trasparenza e semplicità della formula del TAEG. Gli algoritmi di cimatura, di cui sono dotati i sistemi informativi degli intermediari, consentono un pieno rispetto della legge e, parallelamente, anche una corretta rilevazione attraverso il TAEG, senza alcuna deroga.

³¹ 'Siamo d'accordo che la Banca d'Italia esercita discrezionalità tecnica. Ma il punto è precisamente un altro, qual è l'oggetto su cui questa discrezionalità deve esercitarsi. L'art. 2 co. 1 è chiarissimo: si tratta della rilevazione del TEGM e non c'è una cinghia di trasmissione normativa che dia a Banca d'Italia il potere

dal TAEG, se utilizzata per la verifica dell'art. 644 c.p., è suscettibile di introdurre significativi scostamenti che, quand'anche funzionali alla determinazione del TEGM, possono apprezzabilmente falsare la misura del costo del credito, discostandosi dal dettato dell'art. 644 c.p., che rimane l'esclusivo riferimento della riserva di legge, della tassatività e determinatezza del reato d'usura. Nell'esemplificazione qui di seguito riportata si evidenzia come risulti finanziariamente incontestabile un effettivo costo del credito pari al 40%, mentre il TEG delle Istruzioni restituisce un tasso che può ridursi sino al 12%.

Affidato: € 100.000 Utilizzato: € 50.000

Confronto TAEG/TEG				
Competenze	Interessi	Oneri	TAEG	TEG Banca d'Italia
5.000	1.000	4.000	40%	12%
5.000	2.000	3.000	40%	19%
5.000	3.000	2.000	40%	26%
5.000	4.000	1.000	40%	33%
5.000	5.000	0	40%	40%

Avendo gli intermediari bancari colto ampiamente la smagliatura offerta dalle Istruzioni, sul piano operativo la fattispecie illustrata nell'esempio presenta, sino alla modifica della formula intervenuta nel '10, una ricorrenza assai generalizzata, costituendo più la regola che l'eccezione. Stupisce come una tale 'marchiana' distorsione sia rimasta operativa per così lungo tempo, nel supino silenzio della giurisprudenza.

L'esclusione della CMS dal TEG e il peso degli oneri e delle spese, ridotto a meno di un quarto dell'effettivo peso sul costo del credito ne hanno favorito, sino al 2010, una crescita incontrollata, arrivata a raggugiarsi, nel bilancio aggregato del sistema bancario, ad un importo prossimo agli interessi stessi. E' venuto meno, sino al '10, un effettivo contingentamento delle

di fissare i "costi inerenti" con determinazioni di inclusione/esclusione (in tesi) vincolanti per il giudice. Quindi è un nonsense parlare di eccesso di potere (questa è la patologia dell'atto amministrativo evocata dalla "non manifesta irragionevolezza") perché in primis non c'è un potere. Il giudice potrebbe anche accogliere le esclusioni di Banca d'Italia, ma non può argomentare tramite semplice relatio alle Istruzioni (che non sono fonte normativa ai fini dell'art. 644 c.p.), ma deve entrare nel cuore della norma primaria e argomentare l'estraneità del costo alla concessione del credito. Impresa già titanica per le polizze vita (sono condicio sine qua non del prestito) e impossibile per la c.m.s. (tanto manifestamente collegata all'erogazione del credito, da essere rilevata, sia pure separatamente)'. (E. Astuni, Le Istruzioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. Riflessioni su CMS e Mora, in www.assocut.it).

commissioni, oneri e spese che sono pervenute paradossalmente a raggugiarsi, e talora a sopravanzare, gli interessi. Moderando gli interessi ed accrescendo commissioni, oneri e spese, gli intermediari hanno potuto godere di margini di aumento ben superiori a quelli che sarebbero stati consentiti da una più rigorosa rilevazione statistica del TEGM.³²

L'art. 644 c.p. non ammette deroghe riconducibili a specieose particolarità di rilevazione statistica o incidenze diverse in funzione della natura del costo, né tanto meno 'spezzatini' della soglia nelle diverse tipologie di onere (CMS, Mora): il costo del credito rimane univocamente determinato dalla matematica finanziaria, non dalle indicazioni della Banca d'Italia: gli algoritmi di 'cimatura', previsti dai sistemi informativi, possono agevolmente evitare gli eventuali esuberi riconducibili a costi fissi, non commisurati al tempo, o ad oneri occasionali il cui ammontare non è prevedibili inizialmente.

Sia per il cliente che per la banca, più che il TEG 'concepito' dalla Banca d'Italia o la CMS-soglia, o la Mora-soglia, assume un rilievo assorbente il rendimento effettivo annuo (TAEG), onnicomprensivo di ogni onere annesso, che costituisce specularmente per l'uno il costo, per l'altra il ricavo

³² Dopo la precisazione e restrizione all'inclusione nel TEG disposta dalla legge n. 2/09, le interferenze e distorsioni si vengono spostando appuntandosi nelle scelte delle Categorie di credito. 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 opportunistico. La confusione indotta dalle Istruzioni, che sono venute assumendo un'impropria veste di regolamentazione del mercato, unendosi all'asimmetria informativa e alla dominanza dei contratti di adesione, crea spazi discrezionali di ampio raggio rimessi all'intermediario. In un mercato pressoché privo di concorrenza è l'intermediario che stabilisce la natura, le condizioni e la durata del credito. 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. (Cfr.: R. Marcelli, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità*, in [assocu.it](http://www.assocu.it)). Una posizione parimenti molto 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', in www.assocu.it.

del credito erogato. Contro questo ineludibile quadro normativo si scontra ogni artificio dialettico e petizioni di principio volti a edulcorare il rispetto del presidio all'usura³³.

3. Le distorsioni implicite nelle Istruzioni e le due sentenze della Cassazione nn. 12965 e 22270 del '17.

La rilevazione statistica operata dalla Banca d'Italia rimane una stima di un valore incognito, il valore medio di mercato: si riscontrano, tuttavia, in detta rilevazione copiose incongruenze e indicazioni che, oltre a discostarsi da rigorosi canoni statistici di rilevazione, travisano i principi stessi fissati dalla legge. Nei criteri di calcolo e di inclusione, come nella classificazione delle Categorie, risulta evidente come l'attenzione della Banca d'Italia, più che alla stima del valore medio di mercato, sia appuntata sulla verifica dell'usura, 'agita' 'ad usum Delphini', attraverso l'interferenza dell'art. 3 dei decreti del MEF³⁴.

³³ Ancor più recentemente la Corte d'Appello di Roma ha avuto modo di precisare: 'Funzione del TEGM, e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è infatti ai sensi dell'art. 2 legge n. 108/96 di "fotografare" l'andamento dei tassi medi di mercato, praticati da banche e intermediari finanziari sottoposti a vigilanza (comma 1), distinti per classi omogenee di operazioni "tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie" (comma 2) ai fini di determinare e rendere noto alla generalità di banche e intermediari "il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari" (cfr. Cass. Pen. n. 20148/03). Assodato che i tassi di mora non concorrano a determinare il TEGM, a ciò comunque non consegue la non assoggettabilità dei medesimi al rispetto della soglia d'usura. (...) Le tesi, consolidata nella giurisprudenza di legittimità, è poi stata avallata dalla Corte Costituzionale che, con la pronuncia n. 29/2002, ha ritenuto che il tasso soglia riguardi anche gli interessi moratori in base al riferimento contenuto nell'art. 1 comma 1 dl n. 394/00 "agli interessi a qualunque titolo convenuti". Pertanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 comma 2 c.c., 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 di mora (cfr. Cass. n. 350/2013 in motivazione). In conclusione, l'art. 1815 comma 2 c.c. esprime un principio giuridico valido per tutte le obbligazioni pecuniarie e, a seguito della revisione normativa operata dalla legge 108/96 e dalla legge 24/2001, prevede la conversione forzata del mutuo da usurario in gratuito, in ossequio alla esigenza di maggiore tutela del debitore: il caso di interessi usurari, la clausola che li prevede è nulla e dunque non sono dovuti interessi per il capitale prestato dal mutuante'. (C. Appello Roma n. 4323 del 7/7/16).

³⁴ Le recenti sentenze della Cassazione n. 12965/16 e n. 22270/16, che pur hanno anteposto il principio di omogeneità e simmetria con le Istruzioni della Banca

L'intermediario può darsi criteri funzionali e coerenti con l'art. 644 c.p. nel rispetto delle soglie vigenti e, nella distinta e diversa segnalazione dei tassi per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM), rispettare le indicazioni delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia. E' una falso problema, un labile pregiudizio se non proprio un mal celato pretesto, il declamato letto di Procuste che gli intermediari avanzano nel prospettare l'obbligo di soggiacere alle disposizioni impartite dall'Organo di Vigilanza³⁵.

La sentenza della Cassazione Pen. n.46669/11 ha esplicitato chiaramente: “... 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. Il principio di onnicomprensività dell'art. 644 c.p. precede e prescinde ogni presunto principio di omogeneità con i criteri previsti dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM.

La stessa riserva di legge in materia penale impedisce che il principio stabilito dall'art. 644 c.p. possa essere rimesso alle esuberanti e mutevoli modifiche delle 'Istruzioni', nonché alle deroghe ed estrosità riportate nelle FAQ e Circolari, prospettate

d'Italia al principio di onnicomprensività dell'art. 644 c.p., nelle articolate argomentazioni avanzate, non hanno minimamente menzionato l'art. 3 dei decreti del MEF, non riconoscendo implicitamente al disposto ministeriale alcuna legittimità normativa.

³⁵ 'Come si è rilevato, 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 di 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. Entrambe 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 fra 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, Zanichelli, 2013).

dalla Banca d'Italia agli intermediari finanziari per la rilevazione statistica del TEGM.

Il comma 2 dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, occupandosi esclusivamente della nuova CMS, introdotta nel comma precedente, ne prevede nell'immediato l'applicazione dell'art. 1815 c.c. e 644 c.p. e, invece, protrae necessariamente al termine del periodo transitorio la relativa inclusione nel TEGM oggetto di pubblicazione trimestrale; risulta, nella circostanza, palesemente esplicitata nella norma stessa la distinzione fra la determinazione del TEGM e la verifica dell'art. 644 c.p. e correttamente anteposto il principio di onnicomprensività al principio di omogeneità e simmetria³⁶.

Appare singolare che la Cassazione Civile n. 12965/16 non colga l'evidenza: l'assunto dell'omogeneità e simmetria, anteposto al criterio di onnicomprensività e trasposto dai criteri di rilevazione del TEGM alla verifica dell'art. 644, quando non è un irriflesso pregiudizio, risulta un'improponibile lettura che sottrae alla norma penale il presidio oggettivo sancito dall'art. 644 c.p., per rimmetterlo alla discrezionalità dell'organo amministrativo. Ergendo ad atto integrativo del precetto penale, in luogo del TEGM pubblicato in Gazzetta Ufficiale, le stesse Istruzioni rivolte agli intermediari per la rilevazione, si apre, per altro, un varco indefinito al principio di retroattività della norma più favorevole (art. 2, comma 3°, c.p.), oltre che a problematiche di 'usura sopravvenuta', in ciascuna delle ricorrenti riedizioni delle Istruzioni stesse.³⁷

³⁶ Non si può trascurare il *decalage* di un trimestre intercorrente fra la rilevazione statistica e la pubblicazione del TEGM (nel senso che il TEGM rilevato nel trimestre precedente quello in corso concorre alla determinazione della soglia applicata al trimestre successivo), oltre al tempo tecnico necessario per le Istruzioni operative. Entrambe le commissioni tipizzate dalla legge – CMS 'riformata' e commissione di affidamento – sono state incluse nelle Istruzioni dell'agosto '09 e ricomprese nel TEGM di riferimento relativo al I trimestre '10.

³⁷ La presunta omogeneità trova un precedente nelle decisioni dell'ABF, che perviene paradossalmente ad accertare 'usura sopravvenuta' nella modifica delle 'Istruzioni' dell'Organo di Vigilanza. Al riguardo osserva lucidamente Dolmetta: *'In più di una occasione l'Arbitro bancario finanziario ha considerato rilevante ipotesi di usura – e di usura sopravvenuta, in particolare – quella che viene a prodursi a seguito di modifiche delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia che sopravvengono durante il corso di svolgimento del rapporto tra le parti. Si vedano così, tra le altre, di recente la decisione del Collegio Roma, 11 gennaio 2013, n. 174 (carico considerato comprensivo anche delle spese di assicurazione a far data dall'1 gennaio 2010 e da lì ritenuto usurario); quella del Collegio Napoli, 3 aprile 2013, n. 1796 (commissione di massimo scoperto); quella del Collegio*

Questa paradossale evenienza è stata ben circostanziata e presidiata dalla Cassazione Penale: “(...) *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.*” (Cass. Pen. 18 marzo 2003, n. 20148).

Ad un ventennio dall’introduzione nell’Ordinamento delle soglie d’usura, si palesa *ictu oculi* come le perplessità, la confusione e l’estesa conflittualità insorta nei rapporti bancari sia riconducibile alle singolari scelte operate dalla Banca d’Italia, manifestamente informate a tutelare la stabilità dell’intermediario, sacrificando rigore, scientificità e

*Roma, 25 luglio 2013, n. 4036 (spese per assicurazione); nonché quella Collegio Roma qui pubblicata, n. 4374/2013 (sempre spese di assicurazione; in via incidentale la decisione sottolinea come gli oneri «estremamente elevati» del finanziamento abbiano comportato – una volta inserita la voce assicurativa – che il costo relativo ha finito per «risulta[re] sempre superiore al tasso soglia dell’usura»). Ora, nei confronti di questo tipo di soluzione – così come astrattamente considerata – non mi pare vi sia nulla da obiettare. Sennonché, a guardare bene le fattispecie concrete, che sono state giudicate, si scopre che ci si trova di fronte (= che ci si può trovare di fronte, *rectius*) a ipotesi in cui la sopravvenuta modifica delle Istruzioni emanate dalla Banca d’Italia altro non è che un (tardivo) adeguamento della Vigilanza a indirizzi interpretativi della legge antiusura già fatti propri dalla giurisprudenza (di legittimità e/o di merito). Per queste ipotesi - e così, dunque, per la decisione qui annotata, per l’appunto concentrata sulla voce economica relativa alla polizza assicurativa a servizio del credito - si può molto dubitare, a me pare, che la soluzione dell’usura sopravvenuta sia davvero corretta: qui, piuttosto, la fattispecie rinvia diretta alla figura dell’usura originaria. Detto in altri termini: un conto è che la Banca d’Italia modifichi il proprio orientamento entro il segno della discrezionalità che la legge n. 108/1996 le consente (come quando rimodula le categorie di operazioni sulle quali ordinare i diversi TEGM, rispettando appieno le prescrizioni di legge al riguardo); un altro conto, e diverso assai, è quando la (precedente) interpretazione della Vigilanza si pone in contrasto con le indicazioni fornite dalla legge (specie se pure avallate dall’autorità della lettura giurisprudenziale). Come spesso vengono a ricordare le sentenze dei giudici (e ormai non solo più di quelle di Supremo Collegio), in effetti, le «direttive e le istruzioni della Banca d’Italia ... non sono vincolanti per gli organi giurisdizionali, non essendo fonti normative» (Dolmetta, Usura sopravvenuta per modifiche regolamentari della Banca d’Italia (quando non originaria, in diritto bancario.it, febbraio 2014).*

trasparenza dei criteri tecnici impiegati nella rilevazione del TEGM.

Sarebbe apparso più consono e rispondente alle numerose criticità operative sollevate in una nutrita schiera di contestazioni seriali, che la Cassazione n. 12965/16 si fosse occupata di sindacare la congruità e le carenze delle scelte operate dalla Banca d'Italia, anziché soprassedervi, limitandosi ad un vago ed inesplorato passaggio: *'quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità'* e legittimarne, nel contempo, le scelte tecniche operate.

Il principio di simmetria/omogeneità fatto proprio dalla Cassazione Civ. n. 12965/16, seguita dalla successiva Cassazione Civ. n. 22270/16, si pone in palese contrasto con la precedente giurisprudenza di legittimità, finanche della Corte Costituzionale, inducendo una proliferazione di criteri, vigenti tempo per tempo, e soglie, del tutto avulsi dal dettato della legge 108/96; quest'ultima fa espresso riferimento ad un unitario, e invariato nel calcolo, *'tasso effettivo globale riferito ad anno'*.³⁸

La tesi dell'esclusione delle CMS sino all'entrata in vigore della legge n. 2/09 viene, dalla Cassazione in esame, inglobata nel più generale principio di omogeneità: con una stringata assunzione di principio, senza alcuna concreta argomentazione, si sostiene: *'è ragionevole debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale'*, per stabilire apoditticamente che se il *'raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo, il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato'*.

La Cassazione 12965/16, pur considerando tale circostanza, si astiene da ogni valutazione e giudizio sulle scelte adottate dalla Banca d'Italia, né si richiama, per l'omogeneità, al dettato

³⁸ Dal '96 ad oggi si sono succedute 10 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). La decima, posta in consultazione nel maggio del '15, è stata diffusa sul sito internet della Banca d'Italia il 29/7/16 (G.U. n. 185 del 9/8/16) e diviene applicativa per le rilevazioni del IV trimestre '16, poste a riferimento delle soglie d'usura del II trimestre '17.

dell'art. 3 dei decreti del MEF, né tanto meno menziona la nota Circolare del 2 dicembre '05, pur facendone proprio il criterio di calcolo: il silenzio su tali riferimenti, strettamente attinenti agli aspetti trattati, appare più eloquente di ogni enunciata censura.

Senza peritarsi di vagliare e conciliare le distinte e diffuse asimmetrie che tecnicamente caratterizzano la rilevazione statistica di un valore medio di mercato, con la stretta, elementare rispondenza del costo del credito al dettato dell'art. 644 c.p., con un generico rinvio alla dottrina, in poche righe, si enuncia – sul semplicistico assunto di una presunta ragionevolezza - un principio di omogeneità, in grado di soppiantare l'onnicomprendività dell'art. 644 c.p. e 'spazzare' ogni criticità di usura diversa da quella riveniente dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Anche la Banca d'Italia, nonostante la posizione contraria assunta dalla Cassazione Penale, ha fatto proprio il principio di

omogeneità³⁹, non dopo che l'ABF ne ha assecondata la validità reiteratamente sostenuta dagli intermediari⁴⁰.

Il principio di omogeneità/simmetria avanzato dalla Cassazione n. 12965/16 esprime una palese stereotipia, una mera petizione di principio. Con una immotivato e compulsivo sillogismo si perviene a ritenere che, in assenza di una rigorosa omogeneità/simmetria con le Istruzioni della Banca d'Italia, il confronto si tradurrebbe in un grave errore non solo di diritto, ma

³⁹ Salvo a contraddirsi allo stesso tempo nella mora, per la quale giustifica l'esclusione dal TEGM per evitare un anomalo innalzamento del tasso soglia, pur condividendone l'assoggettamento alla disciplina dell'usura. Si configura una palese discrasia dell'Ordinamento, rimasta impregiudicata da vent'anni, la circostanza che la Banca d'Italia, ritenendo di ravvisare una carenza della norma, con un'esuberante leggerezza, si sostituisca al legislatore, disponendo d'iniziativa una CMS soglia e una Mora soglia, sulla base di criteri discosti e difformi dai principi ispiratori della legge e a tali criteri uniforma la propria attività di controllo e vigilanza sugli intermediari: di ciò ne viene data informazione, per la mora - dopo dieci anni dalla rilevazione campionaria - nella comunicazione del 3/7/13, senza tuttavia precisare a quali criteri si fosse ispirata l'attività di vigilanza nei sei anni precedenti il 2003. Al riguardo osserva C.M. Bianca: '... nell'attuale ordinamento giuridico vige un unico criterio per l'accertamento dell'usura degli interessi, ricavabile dall'art. 644 c.p. e valido anche per l'art. 1815, comma 2, c.c. In altri termini per comprendere quando, sia sul piano penale che su quello civile, gli interessi siano usurari bisogna far riferimento alla legge n. 108 del 1996 per il tramite dell'art. 644 c.p., che da quest'ultima è stato completamente riformato. A tal proposito, dunque, l'eventuale introduzione nella generale disciplina sull'usura di una distinzione restrittiva di fonte civilistica - fondata sulla diversa funzione o titolo degli interessi corrispettivi e moratori - mal si coordinerebbe con l'esteso ambito a cui si rivolge la legge n. 108 del 1996, alla quale bisogna fare riferimento per individuare la generale nozione, anche civilistica, di interesse usurario. Tale legge, infatti, dettando un unico criterio che spiega i suoi effetti sia in ambito civilistico che penalistico e che amplia l'ambito di operatività della disciplina, non ammetterebbe distinzioni sistematiche, provenienti dal solo campo civile ed idonee a limitarne l'efficacia applicativa. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, conformemente all'ampio e rinnovato ambito applicativo dell'intera disciplina sull'usura, la nozione di interessi usurari dovrebbe includere tutti i tipi di interessi, quindi anche quelli moratori.' (C.M. Bianca, I contratti bancari, Dike 2013).

⁴⁰ "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." (ABF, Decisione n. 77/14 del Collegio di Coordinamento).

anche e soprattutto di logica e di matematica. Posto in questi termini, il principio di omogeneità condurrebbe a smantellare significativamente il presidio all'usura posto dalla legge⁴¹. Con una insolita leggerezza, andando appresso alle scelte della Banca d'Italia e dell'ABF, si viene a stravolgere, con il principio enunciato, i canoni che presiedono l'ordinamento giuridico, prima ancora dei principi statistici e matematici.⁴² Nelle sentenze gemelle n. 12965/16 e 2270/16 si prefigurano i prodromi di uno

⁴¹ Per altro, una stretta applicazione del principio di omogeneità/simmetria potrebbe lasciare 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, potrebbero risultare prive della stretta simmetria con le soglie rivenienti dalla rilevazione della Banca d'Italia. 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 (esteso dalla l. n. 162/14, che ha riformato l'art. 1284, 4° comma c.c., ai rapporti per i quali si è proposta domanda giudiziale). 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 231/02 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)

⁴² Una indicazione opposta riviene dalla Cassazione Penale II sez. 12028/10. In questa sentenza oggetto della vertenza era l'imputazione di concorso in usura in riferimento a rapporti di conto relativi al periodo 1998 – 2003. Come si rileva in sentenza, il Gup aveva ritenuto integrato l'elemento obiettivo del reato di usura accertato utilizzando, dei quattro conteggi prospettati dal CTU, quello che includeva nel TEG la CMS, riscontrando tuttavia la carenza dell'elemento soggettivo e riconoscendo che i funzionari della banca avevano agito senza la coscienza e volontà di porre in essere una condotta usuraria. Nel ricorso in cassazione **si denunciava la manifesta illogicità della sentenza che 'deriverebbe dal fatto che il giudice ha messo a confronto il tasso soglia (TEGM), indicato nel D.M. sulla base delle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia, alla cui formazione non concorre la CMS, con il TEG praticato dalla Banca di Roma, per il calcolo del quale il CTU ha tenuto conto della CMS. A parere dei ricorrenti, qualora si volesse includere la CMS nel calcolo del tasso soglia, ove lo si consideri un costo che deve essere preso in considerazione per la determinazione del tasso di interesse usurario, non si potrebbe prendere in considerazione un tasso soglia che sia stato concretamente determinato senza prendere in considerazione la CMS.**

spurio diritto vivente che vorrebbe riplasmare la norma di legge estendendo, all'occorrenza, senza interferenza alcuna, l'egemonia della Banca d'Italia dal settore del credito al presidio d'usura.

Come menzionato l'incongruenza della Cassazione 12965/16 e 22270/16, con i riflessi distorsivi che ne discendono nell'assetto dei presidi all'usura nell'ambito dell'Ordinamento, è stata prontamente rimossa dalla stessa I Sezione della Cassazione, con successiva sentenza n. 8806/17.

Il riferimento specifico indicato dalla legge non è alla rilevazione statistica, né alle dieci edizioni delle Istruzioni della Banca d'Italia, che si sono succedute nel tempo, né tanto meno alle FAQ e Circolari.⁴³ La legge fa espresso ed esclusivo riferimento ai TEGM pubblicati dal MEF che, oltre alla rilevazione curata dalla Banca d'Italia, recepiscono le variazioni del tasso di sconto e, dal 2004, le n. 26 variazioni intervenute nel tasso di riferimento della BCE.⁴⁴

Ciò perché è evidente che, includendo tale onere (la CMS) nel calcolo degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari, si perverrebbe ad un risultato diverso da quello rilevato dalla Banca d'Italia ed utilizzato dal Ministero del Tesoro per la determinazione del limite oltre il quale gli interessi son sempre usurari. (...) Pertanto la determinazione del tasso usurario non può essere rimessa all'interprete che non può forzare i metodi di calcolo demandati per legge alle autorità amministrative'.

Nella circostanza la Cassazione ha ritenuto di non intravedere alcun vizio di illogicità o di contraddittorietà nella motivazione del Gup: '(...) non possono essere censurate le conclusioni, in punto di diritto, a cui è pervenuto il giudice di merito che ha interpretato l'art. 644 c.p., IV comma, c.p. nel senso che la Commissione di massimo scoperto rientra fra gli oneri che devono essere presi in considerazione per il calcolo del tasso effettivo globale riferito ai rapporti bancari oggetto del presente giudizio.'

⁴³ 'L'art 644 c.p. è una norma penale soltanto parzialmente "in bianco", nella parte in cui descrive la fattispecie dell'usura c.d. oggettiva. Il nucleo dell'incriminazione è descritto in modo compiuto nella norma penale, senza alcun rinvio a fonti secondarie – "farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari". Neppure si può dire che la fonte ministeriale sia delegata dalla norma primaria a individuare le voci di costo rilevanti ai fini della verifica di legalità del tasso. L'art. 644 co. 4 prevede che "per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese" senza fare rinvio a un aggregato di costi predeterminato dai d.m.: criterio funzionale e autosufficiente. L'art. 2 legge n. 108 seppure prescrive alla fonte secondaria di considerare "interessi commissioni spese" inerenti la concessione del credito, tuttavia riguarda la rilevazione statistica e non la verifica di legalità. E questo è il punto.' (E. Astuni, Interessi di mora e usura, Convegno Associazione Studi bancari, 27/10/15).

⁴⁴ Il TEGM pubblicato in Gazzetta Ufficiale è già inclusivo di tali variazioni. Come menzionato, sino al '09 non si dà alcuna evidenza nei comunicati della Banca d'Italia e del MEF ma dal 1 gennaio '04, sono intervenute n. 28 rettifiche

Le Istruzioni della Banca d'Italia esauriscono il loro compito, divenendo non vincolanti nell'ordinamento generale, nel momento in cui i decreti ministeriali, mediando il disposto di legge, ne recepiscono le risultanze e fissano il TEGM. Come rileva De Poli⁴⁵, il TEGM indicato dal Ministero competente, una volta che sia fatto oggetto di pubblicazione nella G.U., costituisce per il giudice pienamente ed esclusivamente il necessario ed unico *tertium comparationis*;⁴⁶ secondo il menzionato autore *'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'*⁴⁷. Pubblicata la

del TEGM, a seguito di n. 26 variazioni che hanno interessato il tasso di riferimento principale della BCE. (Cfr. Allegato 2).

⁴⁵ *Costo del denaro, commissioni di massimo scoperto ed usura*, in Nuova giur. Civ. comm., 2008, UU, 53.

⁴⁶ *'Il tasso medio pubblicato vale però in quanto tale e non in funzione dell'aggregato di costi contemplato dalla Banca d'Italia e sintetizzato in quel dato (...) Il d.m. non è un listino dei prezzi, come i vecchi provvedimenti del C.I.P. anni '70, organizzato in voci di costo. Del lavoro di elaborazione dei dati ciò che l'art. 644 c.p. recupera e recepisce è il risultato di sintesi, il numero finale che esprime il costo medio.* (E. Astuni, Convegno *'L'usura bancaria nel conto corrente e nel mutuo'*, Milano, 27/3/15).

⁴⁷ Nello stesso senso si è espressa una nutrita giurisprudenza: *"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 – che nella circostanza era stata chiamata a valutare l'inclusione della polizza assicurativa nel calcolo del TEG, 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',*

soglia: *‘l’ignoranza del tasso di usura da parte delle banche è priva di effetti e non può essere invocata quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale (art. 5 c.p.).’* (Cassazione, II Sez. pen. n. 46669/11) e *‘non è scusabile l’errore riferibile al calcolo dell’ammontare degli interessi usurari sulla base di quanto disposto dall’art. 644 cod. pen., trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all’ambiente del commercio, non presenta in sé particolari difficoltà’* (Cassazione Penale 5/4/03 n. 36346).

La legge assegna al MEF la determinazione del tasso medio di mercato e niente più: il valore rilevato dalla Banca d’Italia non è propriamente il TEGM, ma concorre con le variazioni del tasso BCE, alla determinazione del TEGM. La rilevazione del tasso medio di mercato viene riportata al MEF al quale esclusivamente spetta la determinazione del TEGM. Non sembra si possano rilevare aspetti contrari alla legge nella scelta della procedura di rilevazione. Le criticità possono insorgere solo se la rilevazione, recepita e fatta propria dal MEF, non è rispondente a rigorosi criteri di scientificità e oggettività, che costituiscono gli ineludibili presidi volti a delimitare la discrezionalità tecnica assegnata dalla legge all’Organo della P.A. Le carenze della rilevazione nel rispetto di una rigorosa aderenza al principio di inclusione stabilito dall’art. 644 c.p. non possono, da sole, configurare un vizio dell’atto amministrativo, tanto più se si collocano nei margini di discrezionalità previsti dalla legge. Né la

sia dal punto di vista sostanziale perché la norma prevede comunque ipotesi di correttivi da apportarsi dal ministero competente. 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.”* (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, Sanguolo, 6/8/12 n. 1040; Trib. Taranto, G. Coccioli, 25/10/12, Trib. Padova 14/3/14 E. Bellavitis; Tribunale Brindisi 9/8/12, Tribunale Roma 23/1/14, Corte Appello Cagliari 26-31 marzo 2014).

semplice presunzione che le Istruzioni presentino gravi distorsioni, tali da inficiare irreparabilmente il valore del TEGM, può giustificare comportamenti che disattendono l'art. 644 c.p. Le norme prevedono la pubblicazione in G.U. del TEGM stabilito dal MEF, non delle Istruzioni della Banca d'Italia. L'authority giudiziaria, per quanto espresso ad oggi, non ha ravvisato nel procedimento amministrativo vizi che possano rendere inapplicabile le soglie pubblicate dal MEF.

La norma non riserva affatto *“compiti ‘creativi’ alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinario”* (Cass. Pen. Sez. II, n. 20148/03). L'operato della Banca d'Italia, nel compito assegnatole indirettamente dalla legge, trova il suo alveo di contenimento e legittimazione esclusivamente nei canoni statistici che presiedono la rilevazione di un valore medio di mercato, senza alcun vincolo che non sia coerente e funzionale ad una stima idonea a completare la norma penale: la pregnante rilevanza pubblica dell'atto ne impone, per altro verso, una stringente oggettività e trasparenza, tali da garantire e presidiare l'accostamento dell'operato ad una mera fotografia. In altri termini, fissati dalla legge, i principi guida (ordinari costi del credito, omogeneità delle Categorie per natura, oggetto, importo, durata, rischi e garanzie del credito), le scelte dell'organo amministrativo incontrano ulteriori limitazioni, da un lato nella diligenza, correttezza e trasparenza dell'operato, dall'altro nell'oggettività e affidabilità scientifica delle soluzioni tecniche adottate. Il sinergico concerto di tali condizionamenti conduce le scelte dell'organo amministrativo ad un dipresso della fotografia.

Il valore del TEGM integra la media di mercato rilevata dalla Banca d'Italia con le variazioni del tasso di riferimento della BCE e il valore così ottenuto, stabilito dal MEF con la pubblicazione trimestrale dei decreti, determina il contenuto concreto del precetto penale, completando, senza riserve, né tanto meno sindacato del giudice, la norma penale. L'art. 644 c.p. è norma penale in bianco ma, come riporta E. Astuni *‘soltanto nel senso che non può operare senza la pubblicazione in d.m. del TEGM da cui rilevare il tasso soglia’*. Solo *‘Se tale procedura non venisse portata a termine, con la pubblicazione trimestrale dei Decreti del Ministero del Tesoro (attualmente dell'Economia e delle Finanze) portanti la rilevazione dei tassi globali medi, il reato non*

sarebbe punibile per la mancanza di un elemento essenziale, integrativo della condotta'. (Cassazione Penale II sez. n. 12028/10).

Sia il criterio di calcolo (rendimento effettivo annuo, TAEG) che il relativo criterio di onnicomprensività (tutti i costi, esclusi imposte e tasse), sono univocamente indicati dalla legge 108/96 e dall'art. 644 c.p. La formula di calcolo ideata dalla Banca d'Italia è del tutto sconosciuta alla matematica finanziaria e può condurre a vistose sottovalutazioni nei casi concreti; il D.M. del MEF, all'art. 3 comma 2, nel prescriverne l'utilizzo per la verifica dell'art. 644 c.p., ha indebitamente sopravanzato l'attribuzione affidatagli dalla legge (circoscritta alla rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale). Gli operatori bancari hanno trovato conveniente ancorare i criteri di rispetto del presidio d'usura ai dettami posti dalla Banca d'Italia, preordinatamente laschi, trascurando opportunisticamente i sovraordinati dettami dell'art. 644 c.p.

La modalità di gestione della CMS nelle Istruzioni é, tra i tanti, l'aspetto distorsivo più palese e macroscopico, ma altri significativi aspetti sono rinvenibili nelle altre spese, prime escluse e poi incluse, nella omessa annualizzazione di commissioni, oneri e spese, nella proliferazione di Categorie⁴⁸ - i cui

⁴⁸ In vent'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 significativo allentamento dei limiti d'usura. *'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). Gli intermediari, stretti nei limiti d'usura,

criteri di inclusione e omogeneità sono avvolti nella più assoluta opacità -, nel trattamento preferenziale previsto dalle FAQ per le commissioni di istruttoria veloce, nell'arbitraria discriminazioni introdotta, a partire dal 1 aprile '17, per i crediti scaduti o revocati, ed altre ancora⁴⁹.

La strategia tariffaria e di allocazione del credito degli intermediari bancari è risultata e risulta tuttora sostanzialmente condizionata dai tassi soglia riscontrabili nelle diverse Categorie individuate dalla Banca d'Italia, con palesi distorsioni del mercato del credito⁵⁰: emblematico è l'accentuato ricorso allo scoperto

hanno esteso a dismisura le garanzie a collaterale. In un mercato privo di concorrenza l'intermediario, tende a livellare i tassi sui valori più alti, risparmiando sui costi di un'efficiente discriminazione del merito di credito, giovandosi per contro di garanzie, che non vengono ricomprese nei limiti di soglia: è questa una delle plurime distorsioni indotte dalle Istruzioni della Banca d'Italia.

⁴⁹ Nella più assoluta indifferenza della legge si è altresì mantenuta sino al '09, una differenziazione fra i finanziamenti bancari e quelli delle finanziarie, consentendo tassi sino ad oltre il 40%; solo nel '09, dopo aver assistito ad una proliferazione di finanziarie di estrazione bancaria, la differenziazione è stata soppressa. E' oltremodo palese che tale carattere di differenziazione non risultava contemplato nella norma di legge, né poteva essere compreso nei margini tecnici di rilevazione assegnati all'organo amministrativo, né si ravvisano precetti che potessero legittimare un diverso trattamento fra intermediari bancari e intermediari non bancari. Ancor più stridente appariva la distinzione in rapporto al dettato dell'art. 3 della Carta costituzionale. Un determinato tasso, se applicato dalla banca costituiva reato, se applicato da un altro intermediario non costituiva reato: palese risultava la discrasia con lo spirito della legge, il cui intento è la protezione dell'utente dall'usura, indipendentemente dal soggetto che eroga il credito. Soprattutto **il credito al consumo ha patito dalle finanziarie, spesso di estrazione bancaria, per oltre tredici anni, costi pari ad oltre il doppio di quelli mediamente praticati dalle banche, con tassi soglia che hanno raggiunto il paradosso: oltre il 43% mentre i tassi di mercato si collocavano su valori nell'intorno del 10%.**

Valori del TEGM (fine anno)

	classi di imp.	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Banche	< € 5.164,57	12,20	9,97	7,90	8,51	8,42	7,78	7,07	6,73	6,60	7,18	7,43	7,83	6,48
	> € 5.164,57	10,46	8,82	6,38	7,35	7,26	6,81	5,88	5,75	5,60	6,15	6,63	7,15	5,27
Finanziarie	< € 5.164,57	28,82	24,64	22,13	21,35	20,96	21,34	18,55	17,84	17,53	17,57	16,71	16,16	14,40
	> € 5.164,57	21,42	18,70	15,67	16,41	15,48	15,62	13,79	13,53	12,65	12,72	12,53	12,10	10,94

Valori delle soglie (fine anno)

	classi di imp.	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Banche	< € 5.164,57	18,30	14,95	11,85	12,76	12,63	11,67	10,60	10,09	9,90	10,77	11,14	11,74	9,72
	> € 5.164,57	15,69	13,23	9,57	11,02	10,89	10,21	8,82	8,62	8,40	9,22	9,94	10,72	7,90
Finanziarie	< € 5.164,57	43,23	36,96	33,19	32,02	31,44	32,01	27,82	26,76	26,29	26,35	25,06	24,24	21,60
	> € 5.164,57	32,13	28,05	23,50	24,61	23,22	23,43	20,68	20,29	18,97	19,08	18,79	18,15	16,41

⁵⁰ La patologica proliferazione di commissioni, oneri e spese, a cui si è assistito nel primo decennio 2000, 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. Questi sono stati i criteri che, per

senza fido, assunto dalla Banca d'Italia a categoria di credito, con tassi marcatamente elevati che appaiono più legalizzare che presidiare l'usura.⁵¹

Certamente se la Banca d'Italia si fosse limitata ad un atto *'meramente ricognitivo'*, informato esclusivamente a rigorosi ed oggettivi criteri metodologici di rilevazione del valore di mercato, si sarebbe conseguito un valore medio stimato più attendibile, privo di quei canali elusivi che – nel deviare le strategie del credito e pregiudicare la concorrenza del mercato - hanno drenato dalla clientela bancaria, un flusso economico di dimensioni ragguardevoli, rifluito agli intermediari che hanno trovato conveniente attenersi alle indicazioni della Banca d'Italia, trascurando sin anche il palese ragionevole dubbio che *'doveva'* insorgere in un operatore qualificato, nell'impiegare le *'creative'* ed

oltre tredici anni, hanno presieduto la materia dell'usura, sotto l'egida delle *'Istruzioni'* della Banca d'Italia. I criteri di inclusione, come l'inedita formula di calcolo, più che rispondere ad un'oggettiva metodologia di individuazione del tasso medio di mercato (TEGM), sono risultati orientati a preconstituire margini di flessibilità, dei quali ha ampiamente abusato l'operatore bancario. Nel timore di coartare eccessivamente, con vincoli amministrativi, la funzione creditizia, si sono adottati criteri *'laschi'* di rilevazione del TEG, condizionando – attraverso il forzato inserimento dell'art. 3, comma 2, dei decreti ministeriali – la verifica dell'usura prevista dall'art. 644 c.p. Tali criteri verrebbero automaticamente legittimati con le sentenze della Cassazione nn. 12965/16 e 22270/16, attraverso uno stereotipo di omogeneità, riconducendo agli stessi l'essenza ermeneutica della norma: ben si giustifica il pronto ripudio delle due sentenze gemelle ad opera della stessa I Sezione della Cassazione nella successiva sentenza n. 8806 del '17.

⁵¹ A questo imprescindibile principio, sul quale si incardina l'efficacia applicativa del presidio all'usura, risultano discostarsi apprezzabilmente le più recenti Istruzioni della Banca d'Italia. Lo scoperto privo di affidamento – scorporato dalla Categoria dell'Apertura di credito e, assunto a Categoria a se stante dal '10 - non costituisce un'ordinaria forma di credito. Tale forma di finanziamento, momentanea ed occasionale, affetta da aspetti di patologia, presenta tassi particolarmente elevati e, nell'incontrollato opportunismo dell'intermediario, viene assumendo un'anomala diffusione e ricorrenza: il fido non viene accordato ma si consente di andare in scoperto anche per esigenze che non risultano né momentanee, né moderate. Dall'1/4/17, con le nuove Istruzioni '16, anche i crediti in conto revocati e scaduti vengono fatti confluire nella Categoria degli scoperti che, in tal modo, viene a ricomprendere pressoché esclusivamente forme di patologia: al valore medio della Categoria verrà poi applicato l'usuale *spread* (25% + 4 punti) entro il quale ricomprendere l'ulteriore patologia che esorbita la patologia ordinaria. Con il medesimo principio si potrebbe alzare ulteriormente l'asticella della soglia prevedendo anche la Categoria dei crediti in sofferenza. Con una soglia per gli scoperti privi di affidamento marcatamente fuori dall'ordinario (25%) e l'inclusione nella Categoria rimessa nella discrezionalità dell'intermediario, si introduce una *'breccia'* in grado di vanificare ogni effetto di calmiera rimesso dalla legge alle soglie d'usura.

‘edulcoranti’ indicazioni riportate nelle Istruzioni, nelle FAQ, nelle Circolari e nelle comunicazioni dell’Organo di Vigilanza.

La norma di legge risulta di una semplicità e chiarezza cristallina: in assenza di un bilanciamento dell’AGCM, l’atto amministrativo di completamento, affidato alla Banca d’Italia, risulta sostanzialmente asservito alla stabilità dell’intermediario. La nutrita conflittualità e i relativi ricorsi che vengono impegnando e congestionando gli organi giudiziari ‘marcano’ il diffuso disagio che la clientela viene subendo a seguito dell’ostruzionismo ad ogni forma di calmierazione del prezzo sul mercato del credito, impropriamente perseguito attraverso le Istruzioni per la rilevazione del TEGM.

Le scelte troppo spesso ‘accomodanti’ della Banca d’Italia hanno ingenerato comportamenti degli intermediari che, utilizzando il fianco offerto dall’assetto dato alle Categorie di credito, nonché da FAQ, Circolari e indicazioni poco coerenti con l’art. 644 c.p., hanno modificato in modo ‘acconcio’ l’assetto delle condizioni praticate, per rientrare formalmente nei parametri stabiliti dalle ‘Istruzioni’ e dalle ‘interpretazioni’ offerte dalle FAQ ed eludere o stemperare significativamente i limiti d’usura previsti dall’art. 644.⁵²

Osserva A.A. Dolmetta, anticipando la facile soluzione che da talune parti si voleva prospettare: *‘Il fatto è che, sotto il profilo tecnico, non sarebbe difficile risolvere la problematica ora in discorso: in effetti, basterebbe assegnare valore costitutivo alle rilevazioni poste in essere. Solo che una simile operazione comporterebbe, a mio avviso, un “costo” davvero eccessivo: perché vorrebbe dire dare a delle fotografie fatte dall’Amministrazione*

⁵² “Nonostante l’assoluta chiarezza dispositiva di dette norme (art. 644 c.p.), sono occorsi ben tredici anni di decisioni di merito e di legittimità e una nuova indicazione espressa del legislatore, per indurre la ricalcitante Banca d’Italia a pubblicare in data 12/8/09 le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull’usura, nelle quali per la prima volta, differentemente dalle precedenti Istruzioni, la commissione di massimo scoperto (CMS) viene inclusa nel calcolo del TEGM. (...) 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 Cusano, La relazione Banca cliente, Direkta, 2011).

l'autorità delle disposizioni di legge'. Vorrebbe provvedere la Cassazione n. 12965/16 ad assegnare valore costitutivo a pronunciamenti della Banca d'Italia che, più che fotografie, appaiono prefigurare le figure di Botero.

Gli intermediari finanziari avvertono la confusione del coacervo di diverse 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 norma. Non si può trascurare che la 'Babele' giuridica alla quale hanno condotto le Istruzioni della Banca d'Italia, siano anche la risultante di una sostanziale carenza di rispetto dei principi costituzionali che presiedono la portata applicativa della norma penale. Osserva R. Rampioni⁵³: *' (...) 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*

⁵³ 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

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'.

La restrizione introdotta dalla legge n. 2/09 nella discrezionalità dell'atto amministrativo, viene intesa dalla recente Cassazione n. 12965/16 come un mutamento regolamentare che, incidendo sulla norma, in termini innovativi muta la portata applicativa dell'art. 644 c.p. Solo in questa chiave di lettura della legge n. 2/09 troverebbero consona collocazione, secondo la pronuncia, sia il *dies a quo* riferito alla contestuale/simmetrica inclusione della CMS nel calcolo del TEGM e della verifica dell'art. 644 c.p., sia le disposizioni transitorie che lasciano 'indissipati' i dubbi ermeneutici precedenti⁵⁴.

⁵⁴ Quand'anche sussistesse un dubbio ermeneutico, il valore della soglia pubblicato in Gazzetta, nonché il chiaro enunciato dell'art. 644 c.p. e l'evidente inerenza della commissione al credito erogato, lasciavano ristretti spazi di giustificazione all'operatore professionale che, di fronte a significativi elementi di incertezza, non può che essere indotto all'astensione. Non può trascurarsi 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)." (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11). Il livello di certezza imposto dal rispetto del principio dell'*in dubio pro reo*, viene, nella circostanza, traslato dall'illecito all'incertezza sulla liceità; questo, per un operatore professionale al quale è precluso ogni aspetto di ignoranza, porta a capovolgere il principio '*in dubio pro reo*' nel principio '*in dubio contra reum*'. Nel dubbio, purché esteso entro un ragionevole margine, il comportamento dell'operatore creditizio deve essere necessariamente informato ad una condotta cauta e prudente che si mantenga, non solo entro i limiti 'laschi' rivenienti dalla 'Istruzioni' della Banca d'Italia, ma anche entro i

Appare, invece, del tutto trascurata l'assai più lineare evidenza che la legge n. 2/09, nel regolamentare le commissioni relative al fido, è intervenuta altresì, non sul precetto dell'art. 644 c.p. previsto dall'art. 1 della legge 108/96, ma nella prassi amministrativa prevista dall'art. 2 della legge 108/96 per restringere i margini tecnici di discrezionalità rimessi, attraverso il MEF, alla Banca d'Italia. Prescrivendo espressamente l'inclusione della nuova CMS nella rilevazione statistica del TEGM, per assicurare continuità al presidio penale, ha dovuto necessariamente prevedere norme transitorie per il periodo tecnicamente necessario alla Banca d'Italia per dare attuazione a tale inclusione nella rilevazione statistica del TEGM. Avendo la legge n. 2/09, di fatto, introdotto e tipizzato nell'art. 2 bis due figure di oneri – la nuova CMS e commissione di affidamento – ed avendo riportato, per la CMS riformata, diversa dalla CMS 'storica' dichiarata nulla, la prassi amministrativa di rilevazione statistica del TEGM al rigido principio di inclusione nella determinazione del TEGM (richiamando esclusivamente gli art. 2 e 3 della legge 108/96), appaiono del tutto opportune e coerenti sia il *dies a quo* che le norme transitorie.

A rinforzo della precarietà della tesi della valenza novativa attribuita alla legge n. 2/09 per l'esclusione della CMS dalla verifica dell'art. 644 c.p., la sentenza della Cassazione 12965/16 aggiunge il tema dell'omogeneità del confronto, ricercandola, come detto, non tra il tasso praticato e il dettato dell'art. 644 c.p., bensì, sovvertendo il rapporto di confronto, ritenendo '*ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale*' e recependo pedissequamente i criteri della Banca d'Italia, finanche l'«abborracciata» CMS – soglia.

Non vi è chi non veda nell'espressione '*E' ragionevole che debba attendersi ...*' un assunto apodittico; il termine 'ragionevole', più che una motivazione, cela un pregiudizio.

Senza avanzare alcuna osservazione critica alle arbitrarie scelte adottate dalla Banca d'Italia nella rilevazione del TEGM, la Cassazione in parola osserva che il giudizio di usurarietà si

limiti più ristretti di un rigido rispetto del portato letterale dell'art. 644 c.p. Il margine di incertezza per divenire ragionevole ha un percorso assai breve: come ribadisce la Cassazione, il calcolo previsto dal 644 c.p. '*non presenta in sé particolari difficoltà*'.

basa sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto) e un dato astratto (il TEGM rilevato): da qui, scavalcando il dettato normativo, ritiene il raffronto viziato se non viene effettuato adoperando il medesimo algoritmo di inclusione e di calcolo adottato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM.

Ma la sentenza va oltre: non potendo trascurare le pregnanti critiche avanzate in dottrina e giurisprudenza, afferma che quand'anche le Istruzioni fossero inficiate da carenze, il principio di omogeneità imporrebbe una nuova rilevazione statistica del TEGM e, nell'impossibilità, l'inapplicabilità della legge. In altri termini secondo la Cassazione, il valore del TEGM pubblicato nei decreti del MEF, all'occorrenza non potrebbe essere utilizzato dal giudice il quale, per criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, *'sarebbe tenuto a procedere ad una nuova elaborazione del TEGM'*: l'assunto appare discostarsi apprezzabilmente dallo spirito della legge. Considerando che le Istruzioni hanno ricevuto dieci aggiornamenti che hanno di fatto ampliato il raggio di inclusione del TEGM, si 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 ad una specifica spesa; se, ad esempio, fossero stata, sin dall'origine, ricompresa tra gli oneri la CMS (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 soglie⁵⁵.

⁵⁵ Si cade in un banale errore ritenere che se un costo è 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

Per sopperire alle carenze di una necessitata, imprescindibile ‘ragionevole simmetria’ con il calcolo del TEGM, la Cassazione arriva a ritenere che il giudice di merito sia tenuto ‘*a considerare l’autonomia della CMS, elemento non coincidente ex se con gli altri conteggiati, ratione temporis, nella specifica ricostruzione del tasso soglia usurario*’. ‘... trattandosi di elemento diverso – nella fattispecie storica e perciò – non calcolabile nel medesimo coacervo di fattori di costo’, giustapponendolo al suo valore massimo (dedotto dai decreti di pubblicazione) e aggiungendo l’eventuale esubero all’interesse propriamente detto, ritenendo – anche qui apoditticamente - tale esubero, ‘*operato non come CMS bensì come remunerazione sostanzialmente coincidente con l’interesse*’.

Con ciò l’omogeneità del confronto viene sospinta sino a stravolgere completamente il dettato normativo: con una contorsione ermeneutica si attribuisce alla CMS un’autonomia ed un’esclusione dal ‘coacervo’ dei costi, per configurarne una distinta soglia. Senza operarne una menzione specifica, il criterio descritto dalla Cassazione n. 12965/16 riprende, quasi completamente, quello ‘suggerito’ dalla Banca d’Italia nella Circolare del 2 dicembre 2005⁵⁶: non riportando alcuna menzione della

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 rifluite dalla flessione dei tassi di interesse seguita all’introduzione dell’Euro.

⁵⁶ La metodologia é stata ‘suggerita’ dalla Banca d’Italia come valore indicativo ed orientativo, precisandosi – nella stessa nota – che rimaneva ferma la competenza esclusiva della magistratura nella valutazione dei casi concreti. La Circolare considera anche una maggiorazione del 50% della CMS, che la sentenza non sembra menzionare.

Circolare, appare trattenuta nella penna, per il periodo precedente il dicembre '05, la contraddizione con l'assunto stesso dell'omogeneità.⁵⁷

In una logica consequenziale e in analogia alla CMS soglia, anche per gli interessi di mora, dal principio di simmetria/omogeneità conseguirebbe l'esclusione dalla verifica dell'usura e/o l'applicazione della Mora soglia, con l'adozione del criterio di confronto, suggerito a suo tempo dall'ABI e

⁵⁷ Una rigorosa aderenza al criterio di omogeneità comporterebbe, per il periodo precedente al dicembre '15 la completa esclusione della CMS dalla verifica dell'usura. La successiva sentenza della Cassazione n. 22270/16, occupandosi di CMS applicate nel periodo precedente il '06, perviene alle stesse conclusioni della sentenza n. 12965/16, senza tuttavia riportare alcunché del meccanismo sussidiario, accostato alla Circolare del 2 dicembre '05. Osservano al riguardo P. Martini e M. Nerbi: *'...se da un lato il sistema delle fonti delineato dall'art. 2 L. 108/1996 (art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008) legittima le Istruzioni di Banca d'Italia, che specificano il contenuto della Legge limitatamente alla rilevazione del TEGM, effettuata per conto del Ministero, dall'altro non è dato individuare quale legittimazione ricondurre a questa Circolare, che rimane al di fuori della procedura amministrativa dettata dall'art. 2 comma 1 L. 108/1996, ai sensi della quale la Banca d'Italia ha invero soltanto un carattere consultivo (per la rilevazione del TEGM), e che invece addirittura, come è stato evidenziato, introduce due nuovi valori, la c.d. "CMS-soglia" e il c.d. "Margine di interesse" che non hanno precedenti in alcuna norma di legge e che appaiono, pertanto, manifestamente arbitrari, rappresentando perciò una metodologia del tutto estranea alla disciplina dell'usura prevista dalla legge. A ciò si aggiunga che la singolare tesi della Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005 muove dal concetto di CMS-media, noncurante del fatto che, contrariamente al valore del TEGM, quest'ultimo rappresenta un valore ricavato dai soli casi in cui la CMS è stata effettivamente applicata, mentre il TEGM rappresenta la media statistica di tutti i singoli rapporti in un dato periodo, per categorie omogenee di operazioni, sicché così facendo apre ad un confronto tra due sistemi di computo (TEGM/tasso soglia e CMS-media/CMS-soglia) differenti tra loro, ed anzi, come già osservato da ben più autorevoli commentatori, dal loro confronto ne consegue un divario tanto più marcato quanto più ampio è il numero dei rapporti ai quali non è invece stato praticato alcun addebito di CMS. In parole povere, il correttivo indicato nella Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005 non si cura del fatto che il dato medio del TEGM è disomogeneo al dato medio della CMS-media, sicché la Corte, recependone il metodo di calcolo, con ciò rinnega il principio di omogeneità dei valori, appena affermato. (...) da un lato, si fonda sul principio di omogeneità dei valori per escludere possibili alternative di computo dell'usura rispetto a quelle previste da Banca d'Italia, ma dall'altro, indicando il criterio della CMS soglia/margine di interesse come l'unico legittimo correttivo al criterio di computo dell'usura TEGM-tasso soglia, con ciò legittima un confronto tra grandezze tra loro disomogenee.'* (P. Martini, M. Nerbi, 'Commento a Cassazione Civile n. 12965 del 22/06/16: La suprema Corte recepisce la Circolare della Banca d'Italia del 2/12/2005, in relazione alla rilevazione della CMS nella commisurazione del tasso usurario nel periodo ante 2010', in: <http://www.ateneoweb.com>).

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 soglia⁵⁸.

Con la 'creativa' sentenza della Cassazione n. 12965/16 si interverrebbe nel presidio all'usura riducendolo, come detto, ad uno 'spezzatino', realizzandone una sostanziale edulcorazione sino a tutto il 2010 e riconducendolo, anche per il futuro, sotto l'egida discrezionale della Banca d'Italia.

La posizione assunta dalla Cassazione Civile si pone in posizione diametralmente opposta alla Cassazione Penale, determinando nella giurisdizione di merito incertezze, confusione e pregiudizi, che 'toccano' i fondamenti stessi della democrazia: una prima reazione delle Corti di merito segnala una scarsa condivisione. Ma anche sul fronte della giurisprudenza di legittimità l'orientamento espresso dalle due menzionate sentenze (Cass. n. 12965/16 e n. 22270/16) ha avuto vita breve: il tempo di una falena notturna. All'alba del nuovo anno, la Cassazione Civile, nella stessa Sezione (I, n. 8806/17), è nuovamente intervenuta ritrattando dette sentenze e ripristinando le priorità che presiedono l'Ordinamento.⁵⁹ Nella disparità delle posizioni espresse, appare inevitabile un intervento delle Sezioni Unite.

Sul tema dell'usura, dalle circostanze descritte e dalla formulazione delle norme amministrative di applicazione della legge, si trae una sostanziale opacità e confusione che appare preordinata a creare un margine di dubbio idoneo ad escludere, *in primis*, la sanzione penale. Con il riflesso che, alimentando una disparità di opinioni in dottrina e nei giudizi civili, nell'ampio arco di tempo che impiega la Suprema Corte per dirimere i

⁵⁸ La Banca d'Italia, nel perseverare – dopo la CMS soglia - il riferimento alla Mora soglia, ha già preannunciato l'aggiornamento della rilevazione campionaria del valore medio della mora applicato dagli intermediari creditizi.

⁵⁹ Una sentenza di Cassazione del mese precedente (Cass. Civ., Sez. III, n. 5609 del 7/3/17), nell'occuparsi di anatocismo della CMS, dopo aver richiamato la precedente Cassazione 11772 del 2002, è prevenuta a stabilire: '*Pertanto, la decisione del giudice di merito, che ha ritenuto la nullità della clausola di commissione di massimo scoperto, facendo propri gli elaborati del c.t.u. che avevano epurato il saldo del conto corrente dall'incidenza di tale pattuizione, si sottrae a censure di legittimità.*'. Mentre, con riguardo alla CMS, la Cassazione Civ. n. 12965/16 aveva, al contrario, ritenuto che la legge n. 2/09 '*pur omettendo ogni definizione più puntuale della CMS, abbia effettuato una ricognizione dell'esistente con l'effetto sostanziale di sancire definitivamente la legittimità di siffatto onere e, per tale via, di sottrarla alla censura di legittimità sotto il profilo della mancanza di causa*'.

punti controversi, si consegue la finalità ultima di procrastinare la compiuta applicazione della norma e preservare ai bilanci bancari apprezzabili riflessi economici di dubbia liceità.

Allegato 1

LA LEGISLAZIONE FRANCESE RELATIVA ALLA SOGLIE D'USURA.

La legislazione francese relativa alle soglie d'usura, si basa sugli artt. da L. 314-6 a L. 314-9 del codice di consumo e sull'art. L. 313-5-1 del codice monetario e finanziario. Su queste disposizioni sono intervenute tre leggi negli anni 2003, 2005 e 2010.

Nel 2003 e 2005 è stato rimosso il presidio penale, ad eccezione dei prestiti immobiliari e dei prestiti al consumo. Nel contempo la sanzione civile prevista per gli scoperti di conto relativi agli enti morali esercenti un'attività commerciale è stata estesa alle persone fisiche esercenti attività professionale.

Ai sensi dell'art. L. 314-6 del codice del consumo, costituisce un prestito usurario ogni prestito concesso ad un tasso effettivo globale che eccede, al momento in cui è convenuto, di oltre un terzo, il tasso effettivo medio praticato nel corso del trimestre precedente dagli intermediari bancari e finanziari per operazioni della stessa natura. I tassi effettivi medi praticati, rilevati dalla Banca di Francia e le relative soglie sono oggetto di pubblicazione trimestrale.

L'art. 1 della legge 1/7/10 ha inoltre istituito un Comitato per la riforma dell'usura (presieduto dal Governatore della Banca di Francia e composto da un deputato, un senatore e dal Direttore Generale del Tesoro) incaricato di analizzare l'evoluzione dei tassi di interesse praticati al consumatore, le modalità di finanziamento, nonché i margini praticati dagli intermediari. Il Comitato ha riferito al Parlamento nel corso dei due anni di durata.

La legge 1/7/10 ha riformato il credito al consumo disponendo che i tassi d'usura vengano calcolati in funzione del montante (fino a € 3.000, da € 3.000 a € 6.000, oltre € 6.000), senza considerare la natura del credito. La modifica è stata suggerita dalla constatazione che i prestiti revolving avevano subito un maggiore sviluppo dei prestiti ad ammortamento, per il più elevato tasso e margine riveniente all'intermediario, mentre, per contro, si presentavano di gestione più complessa e meno adatti alle esigenze del consumatore.

Più recentemente la normativa è intervenuta sui prestiti immobiliari concessi ai consumatori distinguendo, per il tasso fisso, le classi in funzione della durata, sino a 10 anni, fra 10 e 20 anni, oltre 20 anni.

Ancorché si debba tenere in debita considerazione la diversa base di riferimento (Famiglie e Imprese) che caratterizza la rilevazione delle soglie in Italia, assai più estesa di quella impiegata per la rilevazione francese (Famiglie, professionisti imprenditori), si riscontra un apprezzabile divario fra i tassi italiani e quelli francesi. Nel comparto dei mutui, caratterizzato da un'incidenza più pervasiva della concorrenza, i tassi medi praticati in Italia, anche tenendo conto della diversa base di riferimento, possono ritenersi sostanzialmente allineati a quelli francesi; rimane apprezzabilmente più ampio lo spread di elasticità del tasso consentito dalle soglie italiane.

Al contrario, nei prestiti al consumo e negli scoperti di conto, si riscontra un divario enorme per il quale non si ravvisano valide giustificazioni, diverse da una sostanziale rendita di posizione, che l'assoluta carenza di concorrenza permette all'intermediario italiano di lucrare.

ITALIA. SOGLIE D'USURA - II TRIMESTRE 2017

Categorie		Tasso medio rilevato	Soglia d'usura	soglia precedente I trimestre
Aperture di credito	fino a 5.000	11,37	18,2125	18,06
	oltre 5.000	9,09	15,3625	15,21
Scoperti senza affidamento	fino a 1.500	17,12	25,1200	23,71
	oltre 1.500	15,36	23,2000	22,2
Anticipi, sconti commerciali e finanziamenti all'importazione	fino a € 50.000	7,32	13,1500	
	da € 50.000 a € 200.000	5,52	10,9000	
	oltre € 200.000	3,58	8,4750	
Crediti personali	int. distribuz.	10,37	16,9625	
Altri finanziamenti alle famiglie e alle imprese	int. distribuz.	10,27	16,8375	
Prestiti contro cessione del quinto	fino a 15.000	11,58	18,4750	
	oltre 15.000	9,42	15,7750	
Credito finalizzato	int. distribuz.	9,87	16,3375	
Credito revolving	fino a 10.000	16,3	24,3000	
	oltre 10.000	11,79	18,7375	
Finanziamenti rateali con carta di credito	int. distribuz.	13,08	20,3500	
Mutui	a tasso fisso	2,65	7,3125	
	a tasso variabile	2,47	7,0875	

(*) Non sono riportate le Categorie relative al leasing e al factoring

FRANCIA. SOGLIE D'USURA MUTUI - II TRIMESTRE 2017		
Categorie	Tasso medio rilevato	Soglie d'usura II trimestre 2017
<i>Contrats de crédit consentis à des consommateurs destinés à financer les opérations entrant dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation, relatif au crédit immobilier (2) ou d'un montant supérieur à 75 000 euros destinés à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien.</i>		
prêts à taux fixe		
<i>prêts d'une durée inférieure à 10 ans</i>	2,47%	3,29%
<i>prêts d'une durée comprise entre 10 ans et moins de 20 ans</i>	2,36%	3,15%
<i>prêts d'une durée de 20 ans et plus</i>	2,40%	3,20%
prêts à taux variable		
<i>toute somme</i>	2,06	2,75

Taux maximal d'intérêt appliqué en 2017 au découvert accordé à une société ou à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels.

Plan :

Introduction

Pour les **découverts en compte**, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses **besoins professionnels** ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale, tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour les opérations de même nature comportant des risques analogues.

Après avoir collecté auprès d'un large échantillon d'établissements de crédit les taux effectifs moyens pratiqués pour 11 catégories de prêts, puis augmenté ces taux d'un tiers, la Banque de France fixe les 11 seuils de l'usure correspondants. Les seuils de l'usure sont publiés à la fin de chaque trimestre pour le trimestre suivant.

Le dispositif de l'usure a été modernisé en avril 2011. L'objectif de la **réforme** prise en application de la loi du 1er juillet 2010 relative à la protection du consommateur, est d'élargir l'**accès des consommateurs au crédit amortissable** et de **réduire le taux d'usure sur les crédits renouvelables** d'un montant important (actualité du 23 mars 2011). Les découverts accordés aux personnes

physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales sont régis par l'article L313-5-1 du Code monétaire et financier.

FRANCIA. SOGLIE D'USURA - II TRIMESTRE 2017		
<i>Contrat de crédit consentis à des consommateurs n'entrant pas dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation ou ne constituant pas une opération de crédit d'un montant supérieur à 75 000 euros destinée à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien.</i>		
Categorie	Tasso medio rilevato	Soglia d'usura II trimestre '17
- prêts d'un montant inférieur ou égal à 3000 euros (1):	15,20%	20,27%
- prêts d'un montant supérieur à 3000 euros et inférieur ou égal à 6000 euros (1): :	10,00%	13,33%
- prêts d'un montant supérieur à 6000 euros (1): :	4,94%	6,59%
<i>Prêts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale</i>		
Categorie	Tasso medio rilevato	Soglia d'usura II trimestre '17
- découverts en compte :	10,16%	13,55%
<i>Prêts aux personnes morales n'ayant pas d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale</i>		
Categorie	Tasso medio rilevato	Soglia d'usura II trimestre '17
- prêts consentis en vue d'achats ou de ventes à tempérament :	4,55%	6,07%
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable :	1,82%	2,43%
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux fixe :	1,91%	2,55%
- découverts en compte :	10,16%	13,55%
-autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans:	1,76%	2,35%

Allegato 2

TASSO OPERAZIONI DI RIFINANZIAMENTO PRINCIPALI BCE (VARIAZIONI TASSO, VARIAZIONE MEDIA SU MEDIA TRIMESTRE PRECEDENTE)						
data	Tasso operaz. Rifinanz. Princ.	Δ	Trimestre di variazione	Δ media su media trimestre preced.	Trimestre di variazione	Δ media su media trimestre preced.
09/06/03	2		I trim. 2004	0	I trim. 2010	0,000
06/12/05	2,25	0,25	II trim. 2004	0,000	II trim. 2010	0,000
08/03/06	2,5	0,25	III trim. 2004	0,000	III trim. 2010	0,000
15/06/06	2,75	0,25	IV trim. 2004	0,000	IV trim. 2010	0,000
09/08/06	3	0,25	I trim. 2005	0,000	I trim. 2011	0,000
11/10/06	3,25	0,25	II trim. 2005	0,000	II trim. 2011	0,214
13/12/06	3,5	0,25	III trim. 2005	0,000	III trim. 2011	0,250
14/03/07	3,75	0,25	IV trim. 2005	0,068	IV trim. 2011	-0,152
13/06/07	4	0,25	I trim. 2006	0,246	I trim. 2012	-0,313
09/07/08	4,25	0,25	II trim. 2006	0,227	II trim. 2012	0,000
15/10/08	3,75	-0,50	III trim. 2006	0,350	III trim. 2012	-0,220
12/11/08	3,25	-0,50	IV trim. 2006	0,378	IV trim. 2012	-0,030
10/12/08	2,5	-0,75	I trim. 2007	0,278	I trim. 2013	0,000
21/01/09	2	-0,50	II trim. 2007	0,249	II trim. 2013	-0,146
11/03/09	1,5	-0,50	III trim. 2007	0,203	III trim. 2013	-0,104
08/04/09	1,25	-0,25	IV trim. 2007	0,000	IV trim. 2013	-0,130
13/05/09	1	-0,25	I trim. 2008	0,000	I trim. 2014	-0,120
13/04/11	1,25	0,25	II trim. 2008	0,000	II trim. 2014	-0,021
13/07/11	1,5	0,25	III trim. 2008	0,226	III trim. 2014	-0,101
09/11/11	1,25	-0,25	IV trim. 2008	-0,832	IV trim. 2014	-0,078
14/12/11	1	-0,25	I trim. 2009	-1,388	I trim. 2015	0,000
11/07/12	0,75	-0,25	II trim. 2009	-0,865	II trim. 2015	0,000
08/05/13	0,5	-0,25	III trim. 2009	-0,140	III trim. 2015	0,000
13/11/13	0,25	-0,25	IV trim. 2009	0,000	IV trim. 2015	0,000
11/06/14	0,15	-0,10			I trim. 2016	-0,008
10/09/14	0,05	-0,10			II trim. 2016	-0,042
16/03/16	0	-0,05			III trim. 2016	0,000
					IV trim. 2016	0,000

