STESURA PROVVISORIA

LA CONSULENZA TECNICA NEI PROCEDIMENTI PENALI PER USURA BANCARIA

Rapporti di conto e derivati: la verifica delle soglie d'usura

dott. Roberto Marcelli

(Presidente ASSO-CTU – Ass. Naz. Consulenti del Tribunale

in materia bancaria e finanziaria)

Roma 1 ottobre 2013

LA CONSULENZA TECNICA NEI PROCEDIMENTI PENALI PER USURA BANCARIA.

La verifica delle soglie d'usura e la riferibilità della condotta usuraria in capo agli organi sociali.

INDICE

1. PREMESSA: LA PRESTAZIONE DEL CONSULENTE TECNICO NEI PROCEDIMENTI PENALI IN MATERIA DI USURA BANCARIA.

2. LA LEGGE 108/96 E LE 'ISTRUZIONI' DELLA BANCA D'ITALIA: CRITICITA' E DISCRASIE. pag. 6.

2.1 Modifica dei parametri di determinazione delle soglie d'usura. pag. 26.

2.2. Il quadro giurisprudenziale: usura sopravvenuta e prescrizione. pag. 28.

2.3 Usura sopravvenuta e prescrizione. pag. 43.

2.4 Le Commissioni di Massimo Scoperto e le sentenze della Cassazione Penale. pag. 53.

2.5 La soppressione della CMS, la Commissione di affidamento e la Commissione di Istruttoria veloce. pag. 66.

3. L'USURA 'FOTOGRAFATA' DALLA CASSAZIONE E L'USURA GESTITA DALLA BANCA D'ITALIA. pag. 70.

3.1 La matematica della Banca d'Italia. pag. 81.

3.2 L'asimmetria nell'incidenza sul TEG di Interessi ed Oneri. pag. 85.

3.3 L'annualizzazione nelle nuove 'Istruzioni' e la successiva edulcorazione delle FAQ. pag. 89.

3.4 La nuova categoria 'Scoperto senza affidamento' introdotta dalle 'Istruzioni' a partire dal 2010. pag. 96.

3.5. Costo della raccolta e servizio del credito: un rapporto di 1 a 100. pag. 104.

3.6 Gli interessi di mora e le soglie d'usura. pag. 114.

3.7 I chiarimenti della Banca d'Italia del 3 luglio 2013. pag. 118.

4. PROBLEMATICHE CIVILI E L'INSORGENZA DELL'ILLECITO PENALE. pag. 125.

4.1 La scelta della formula di calcolo per la verifica dell'usura. pag. 134.

4.2 Le azioni legali dopo le pronunce della Cassazione Penale. pag. 152.

5. FORME SPURIE DI USURA. pag. 161.

5.1 Derivati inclusivi di finanziamento: l'up-front. pag. 161

5.2 L'usura nei derivati. pag.176

5.3 I prestiti sintetici. pag. 178

5.4 Gli Swap di finanziamento. pag. 182

5.3 I derivati "zoppi". pag. 187

6. LA RIFERIBILITÀ DELLA CONDOTTA USURARIA IN CAPO AGLI ORGANI SOCIALI.

6.1 La posizione di garanzia e la strutturazione delle deleghe.

6.2 I Sistemi Interni di Controllo e la funzione di conformità.

6.3 I presidi informatici.

6.4 La riferibilità del reato d'usura.

7. CONSIDERAZIONI FINALI.

APPENDICE TECNICA

I documenti richiamati nel testo e le tavole aggiornate con le soglie d'usura ex l. 108/96 sono disponibili sul sito www.assoctu.it

1. PREMESSA: LA PRESTAZIONE DEL CONSULENTE TECNICO NEI PROCEDIMENTI PENALI IN MATERIA DI USURA BANCARIA[1].

Con riferimento alle vertenze per usura promosse avverso le banche sono insorte in sede penale, con maggior rilievo e criticità, dubbi e perplessità sui principi, criteri e modalità da adottare nella verifica del rispetto della soglia d'usura.

L'evoluzione della giurisprudenza, gli interventi del legislatore e, da ultimo, le nuove 'Istruzioni' della Banca d'Italia – in presenza di un presidio penale rimasto dal '96 immutato – hanno lasciato spazi interpretativi che confliggono con il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale. Intervengono valutazioni parziali e soggettive, che diversificano impropriamente sia le scelte adottate dai soggetti chiamati a rispettare la norma, sia le scelte impiegate dai soggetti chiamati a verificarne il rispetto.

Le recenti sentenze della Cassazione Penale, in particolare la pronuncia n. 46669/11, nei principi fissati, consentono in buona parte di ricondurre ad unitarietà i criteri di verifica del rispetto della soglia d'usura: permangono tuttavia zone grigie dove si riscontra ancora un'apprezzabile discrasia fra norma amministrativa e norma primaria.

Le argomentazioni e i diversi punti di vista che frequentemente contrappongono i consulenti tecnici nella proficua dialettica che si sviluppa nelle riunioni peritali – tralasciando l'opposta tensione protesa a tutelare le parti rappresentate – affondano spesso la loro natura in una diversa visione del quadro giuridico, sia nei riflessi civili che in quelli penali. In tale materia rimane talvolta difficile distinguere e coniugare le problematiche dell'usura con le problematiche più civilistiche connesse

[1] Il lavoro presenta i limiti e i condizionamenti professionali di chi, occupandosi professionalmente di economia e finanza, si viene a confrontare – nell'ausilio prestato a giudici e pubblici ministeri – con i complessi rapporti fra gli aspetti tecnici e la struttura normativa penale che presiede il settore del credito, nel particolare tema dell'usura. Di riflesso, talune considerazioni, giudizi e riflessioni possono soffrire di carenze e pregiudizi rivenienti dal prevalente retroterra culturale. Ciò non di meno, le valutazioni espresse trovano un sostanziale ed ampio riscontro nelle risultanze che emergono da una puntuale e compiuta ricostruzione dei passaggi evolutivi che hanno caratterizzato il mercato del credito, la relativa normativa e la chiara giurisprudenza di lettura.

all'anatocismo e all'applicazione delle Commissioni di Massimo Scoperto (C.M.S.) e altre spese, con le quali frequentemente si intrecciano.

Il perito e il consulente tecnico sono chiamati ad affiancare il giudice e il pubblico ministero prestando le proprie specifiche competenze, volte ad arricchire il patrimonio cognitivo del magistrato. A differenza degli ufficiali di polizia giudiziaria, ad essi è richiesta non solo un'attività materiale caratterizzata da un qualificato grado di capacità tecnica, ma anche e soprattutto una motivata valutazione critica dei risultati di detta attività: l'incarico non si esaurisce in semplici 'rilievi' ma si estende ad elaborazioni critiche che configurano veri e propri 'accertamenti' tecnico-scientifici[2].

I margini di valutazione rimessi al consulente costituiscono l'aspetto di maggiore delicatezza e professionalità: l'"incompetenza" del giudice impone il ricorso al tecnico, che è chiamato a colmare le lacune conoscitive del giudice. Né dalle valutazioni possono escludersi interpretazioni giuridiche: "*appare sfornita di qualsivoglia fondamento la censura relativa al fatto che ai consulenti nominati dal Pubblico Ministero sia stato affidato l'inammissibile compito di interpretazione delle norme giuridiche: risulta infatti che a questi siano stati affidati precisi quesiti attinenti questioni di fatto, che naturalmente possono presupporre una certa interpretazione delle norme di legge che regolano tali materie, senza per questo dover ritenere che vi sia stata una "sostituzione" nella attività finale di interpretazione, che è riservata al giudice*" (Cass. Pen. Sez. VI, 2/10/06, n. 2818).

Da qui la necessità, da parte del consulente, di rendere conto compiutamente dei principi giuridici e criteri tecnici che guidano e presiedono i calcoli e le valutazioni a cui è pervenuto. Così che il giudice possa consapevolmente giudicare, più che i calcoli ai quali per "incompetenza" non ha accesso, le basi giuridiche e i risvolti tecnici posti a fondamento della consulenza, sui quali, invece, può maturare un pro-

[2] Come precisato da Cass. Pen., sez. I, sent. 14/03/90 n. 301 (ud. del 09/02/90), Duraccio (r.v. 183648): *"… la nozione di "accertamento" riguarda non la constatazione o la raccolta di dati materiali pertinenti al reato ed alla sua prova, che si esauriscono nei semplici rilievi, ma il loro studio e la relativa elaborazione critica, necessariamente soggettivi e per lo più su base tecnico-scientifica; la distinzione trova testuale conferma normativa in ripetute disposizioni del nuovo codice (ad es., negli artt. 354, 359, 360) che menzionano separatamente i termini "rilievi" e "accertamenti", con implicita assunzione, per ciascuno, del significato specifico precedentemente delineato*". Cfr. anche Cass. Sez. II, 14/05/92.

prio giudizio. Tale aspetto assume ancor più rilevanza allorquando, in un'indagine preliminare, è assente il contraddittorio con i consulenti tecnici di parte, che assolve la pregnante funzione di evidenziare, sciogliere o rimuovere le eventuali criticità e debolezze frapposte ai criteri e calcoli adottati e alle conclusioni peritali conseguite.

I quesiti posti dal giudice, o dal PM nelle indagini preliminari, comportano l'ineludibile necessità di interpretare norme tecniche o norme giuridiche dal prevalente contenuto tecnico. Pur nei limiti posti dal ruolo del consulente, questi non può che improntare le metodologie e i procedimenti di calcolo in funzione del quadro giuridico che presiede la materia di calcolo, cogliendo lo spirito e l'intento perseguito dal quesito, proponendo al più ipotesi alternative là dove l'espressione impiegata e/o una giurisprudenza non compiutamente sedimentata diano adito a soluzioni di calcolo diverse.

Per quanto concerne, in particolare, gli accertamenti sulla responsabilità degli organi sociali nelle banche, occorre avere presente l'elevata strutturazione di presidi e controlli, non riscontrabili in altre realtà imprenditoriali.

In tema di riferibilità della condotta usuraria, il sistema ormai reticolare di compiti e controlli impone, per il discrimine fra colpa e dolo, l'esigenza di delineare e circoscrivere i contorni di responsabilità – non immediatamente chiari e determinati, né necessariamente lineari e separati – ascrivibili alle diverse posizioni funzionali.

I pesi e contenuti delle distinte responsabilità che la normativa di vigilanza ha previsto e l'intermediario ha organizzato nel modello aziendale prescelto – a partire dal Consiglio di Amministrazione e dal Collegio Sindacale, attraverso il Direttore Generale, l'Audit interno e la funzione di *compliance* – devono essere vagliati e circostanziati nei contorni giuridici definiti dalla normativa che presiede la materia dell'usura.

In questa prospettiva diviene cruciale delineare e qualificare la frastagliata distribuzione della posizione di garanzia dell'art. 644 c.p., che emerge negli assetti organizzativi che caratterizzano l'intermediario creditizio. L'organigramma aziendale deve essere compiutamente integrato da valutazioni sulle interconnessioni, le deleghe ed i rapporti sinergici e funzionali che caratterizzano i reali contorni e l'effettiva na-

tura e rilevanza delle posizioni coinvolte nell'opera di prevenzione del reato al fine di distinguere gli elementi di colpa dagli elementi di dolo.

2. LA LEGGE 108/96 E LE 'ISTRUZIONI' DELLA BANCA D'ITALIA: CRITICITA' E DISCRASIE.

La legge n. 108/96 ha introdotto rilevanti novità nel quadro normativo del reato d'usura, modificando radicalmente l'art. 644 c.p.[3]. Per gli aspetti che più diret-

[3] Articolo 644. *Usura. Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni*.
Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.
La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.
Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.
Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà:
1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare;
2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari;
3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno;
4) se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale;
5) se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.
Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.
(Articolo così sostituito dall'Articolo 1, comma 1, L. 7 marzo 1996, n. 108).

tamente interessano, assumono rilievo alcuni "passaggi" riportati nella legge n. 108/96:

- *"La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari."* (art. 1, comma 1).
- "*Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito."* (art. 1, comma 1).
- *"Il Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazione a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio Italiano dei Cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura."* (art. 2, comma 1).
- *"La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi."* (art. 2, comma 2).
- *"Il limite, (...) oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata (...), relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali*"[4]. (art. 2, comma 4).
- *"Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".* (art. 4, comma 1).

[4] Il D.L. n. 70/11, conv. in legge 106/11 (art. 8, comma 5, lettera d), ha modificato l'art. 2, comma 4, della legge 108/96; il limite oltre il tasso medio "*aumentato della metà*" è stato sostituito con la formulazione sopra riportata. Il provvedimento non assume un valore retroattivo: la modifica trova applicazione dall'entrata in vigore del D.L. n. 70/11 (Cfr. Cassazione II Pen., n. 46669/11).

La legge ha indicato i criteri di omogeneità ai quali riconoscere, attraverso le *categorie*, distinte soglie d'usura, ha individuato nel tasso effettivo globale medio il valore ordinario e fisiologico del tasso di ciascuna *categoria* di operazioni omogenee, ha stabilito il limite entro il quale può essere aggiunto uno *spread* per remunerare peculiarità ed aspetti di specificità che possono intervenire nelle singole operazioni. All'interno di ciascuna *categoria*, quali che siano gli elementi che caratterizzano la specifica operazione, è consentito un incremento del 25% del tasso rilevato più 4 punti con un massimo di 8 punti; per il periodo precedente il maggio '11 l'incremento consentito é ragguagliato al 50% del tasso rilevato: oltre tali limiti si cade nell'usura.

Il Ministro dell'Economia e delle Finanze (MEF) determina, con cadenza annuale, le *categorie* entro le quali classificare le operazioni omogenee e, con cadenza trimestrale, rileva, attraverso la Banca d'Italia, il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM), cioè il tasso riferito ad anno onnicomprensivo di ogni remunerazione[5].

Il legislatore è stato particolarmente attento nel contemperare la necessità di precludere forme estreme di esosità del credito, con l'esigenza di consentire l'accesso al credito agli operatori economici più deboli nel rispetto dell'equilibrio di bilancio degli intermediari.

L'esperienza francese, cui si è ispirata la legge n. 108/96, prevede un "*range*" inferiore, commisurato al 33% del valore medio di mercato: la maggiore diversificazione territoriale e settoriale della realtà creditizia italiana e la maggiore cautela e attenzione per le fasce marginali di operatori economici hanno suggerito un intervallo di variabilità più ampio e una distribuzione delle soglie su una griglia di *categorie* più estesa di quella francese. Da più parti è stata rilevata la tipicità della piccola e media imprenditoria italiana, particolarmente dipendente dalla funzione creditizia, che, accanto ad esigenze di tutela da forme anomale di credito, richiede, nel contempo, una maggiore sensibilità ed attenzione a non pregiudicare e limitare oltre misura i meccanismi del libero mercato e, di riflesso, l'agevole accesso al credito.

[5] Le 'Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione del TEGM' della Banca d'Italia sono espressamente recepite nei decreti ministeriali con un esplicito richiamo nei preamboli degli stessi.

Un'eccessiva restrizione delle soglie sortirebbe l'effetto opposto, sospingendo la clientela marginale verso le forme più perniciose di usura criminale.

Nell'intero universo del credito i tassi risultano assai diversificati. Si va da valori minimi per la categoria dei mutui a tasso variabile – per i quali le spese risultano più contenute in rapporto all'ammontare e all'incidenza temporale, i rischi sono meglio presidiati da ipoteche immobiliari e la concorrenza, grazie anche a forme di standardizzazione, ha maggiori possibilità di esplicarsi – a valori significativamente più elevati per la categoria dei prestiti personali e del credito al consumo, dove le spese di istruttoria e gestione sono, proporzionalmente all'importo del credito, più elevate, il rischio di insolvenza più ampio, lo stesso mercato più vischioso e, di riflesso, meno efficiente. Nel corso del 2010, prima dell'intervento modificativo operato dal legislatore con il D.L. n. 70/11, i Tassi Effettivi Globali Medi si distribuivano dal 2,68% per la *categoria* dei mutui a tasso variabile, al 17,39% per le *categorie* del credito revolving, con un rapporto superiore a 1:6[6].

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

L'ampiezza dello *spread* varia da *categoria* a *categoria*, essendo funzione del tasso medio, e si modifica nel tempo al variare dei tassi di mercato, rimanendo tuttavia compresa – dopo il recente intervento legislativo – entro un massimo di 8 punti[7].

---

[6] Con l'allargamento dello *spread*, introdotto dal D.L. n. 70/11, i tassi più bassi sono lievitati sino al doppio e il rapporto è sceso a 1:3.

[7] Il sistema bancario ha visto, nell'introduzione delle soglie d'usura, una forma surrettizia di amministrazione dei tassi creditizi. La Banca d'Italia, ma anche autorevoli esperti della dottrina, si sono frequentemente espressi criticamente nei riguardi del provvedimento per i suoi riflessi sul libero esercizio del mercato, potendo determinare effetti distorsivi e impedire, come accennato, l'accesso al credito da parte delle fasce marginali che risultano così più esposte all'usura criminale. Si sostiene per contro che, in assenza di una piena trasparenza ed efficienza concorrenziale del mercato in grado di temperare e calmierare le condizioni del credito, si assisterebbe ad un'estesa applicazione di condizioni di credito 'a-

Dal quadro delineato appare chiaro che con la legge 108/96 si è individuato un limite entro il quale ricomprendere ogni forma di remunerazione del credito, a prescindere dalla natura corrispettiva, compensativa o risarcitoria degli interessi[8]. Il dettato normativo assume una portata assoluta: *"limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"*. Né il riferimento al "*corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità*", riportato nell'articolo 644 c.p., può far escludere gli interessi che assolvono una funzione risarcitoria. Una tale interpretazione vanificherebbe completamente il presidio posto dalla legge 108/96, potendo, per tale via, essere agevolmente eluso il limite[9].

---

busive', non coerenti con i costi di raccolta, allocazione e gestione del credito, soprattutto nei riguardi delle categorie di percettori più deboli (consumatori, artigiani e piccoli imprenditori): apprezzabilmente più marcati risulterebbero i riflessi in termini economici, oltre che umani e sociali.

[8] Secondo la causa, si distinguono gli interessi che assolvono una funzione remunerativa e gli interessi che assolvono una funzione risarcitoria. Assolvono una funzione remunerativa sia gli interessi corrispettivi che quelli compensativi. I primi sono riconosciuti a titolo di remunerazione delle disponibilità di denaro affidate nel tempo, i secondi sono riconosciuti a titolo equitativo, per compensare il creditore del mancato godimento di un bene già consegnato e non ancora pagato; in questa seconda accezione rientrano anche gli interessi per il mancato godimento di risarcimenti ed indennità in attesa di liquidazione.
L'art. 1, comma 1, D.L. 394/00, di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., riconduce alla nozione di interessi usurari quelli convenuti 'a qualsiasi titolo', e la relazione governativa che accompagna il decreto fa più esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, 'sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio'.

[9] Sin dalla prima rilevazione dei tassi del marzo '97, le Istruzioni della Banca d'Italia, nel ribadire nei criteri di rilevazione dei tassi medi che *"Ai sensi della legge il calcolo del tasso deve tener conto delle commissioni, remunerazioni di qualsiasi tipo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito"*– nell'obiettivo di rappresentare più fedelmente possibile i fisiologici tassi di mercato – hanno dato indicazione agli intermediari di escludere gli interessi di mora.
L'indicazione dell'esclusione, nelle Istruzioni della Banca d'Italia, aveva prestato il fianco a tesi informate all'omogeneità di metodo, volte a sottrarre arbitrariamente dalla verifica del rispetto del tasso d'usura gli interessi di mora. L'equivocità e confusione è risultata accresciuta dalla circostanza che il decreto del MEF, relativo alla pubblicazione dei tassi d'usura, riporta all'art. 3, comma 2: "*Le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia.".*
Lo stato di incertezza si è protratto sino al '00, quando sia la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 5286/00, sia successivamente la Corte Costituzionale, con sentenza 29/02, si sono espresse sulla questione stabilendo che il tasso soglia riguarda anche gli interessi moratori.

Occorre osservare che la legge n. 108/96 si limita a demandare al MEF la rilevazione trimestrale del *tasso effettivo globale medio* (TEGM), *comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari*, cioè un indicatore fisiologico medio del mercato.

Alla determinazione di tale valore sintetico di riferimento (TEGM) non possono concorrere tipologie di crediti e elementi di costo che, discostandosi dalla norma per motivi particolari o di patologia, altererebbero il "normale prezzo" del credito applicato alla clientela. Nello spirito della legge si persegue l'individuazione del tasso fisiologico di mercato, costituito dalla media dei tassi ordinariamente impiegati dalle banche e dagli altri intermediari finanziari. I criteri di rilevazione statistica di questo tasso medio devono necessariamente accompagnare nel tempo i mutamenti evolutivi del mercato espressi nei comportamenti degli intermediari finanziari. Da tale tasso si diparte poi lo *spread* (25% più quattro punti, 50% prima del D.L. 70/11) entro il quale ricomprendere la remunerazione per i peculiari aspetti di patologia e rischio insiti nello specifico finanziamento: oltre la soglia la criticità diverrebbe eccessiva[10] e l'erogazione del credito assumerebbe connotazioni di inefficienza[11].

Le menzionate sentenze avevano posto termine alla *querelle* sull'assoggettabilità o meno del tasso di mora ai limiti d'usura, quando, a partire dal marzo '03, nuove polemiche e confusione venivano sollevate da un'ambigua indicazione introdotta nei decreti del MEF. Questi, mentre individuano all'art. 1 la Tabella dei tassi medi determinati ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/96, in separato articolo (art. 3, 4° comma) – oltre che nella premessa del decreto – menzionano un'indagine campionaria effettuata dalla Banca d'Italia nel III trimestre '01, dalla quale è emerso che la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è risultata pari a 2,1 punti percentuali. Non si ritiene che tale indicazione possa consentire una distinta soglia per la mora: i criteri di omogeneità fissati dalla legge 108/96 sembrano precludere una tale distinzione.
Dovendo contenere entro il limite di soglia l'interesse a qualunque titolo percepito, la maggiorazione ricompresa nel tasso di mora, prevista nel caso di mancato pagamento alla scadenza, dovrà necessariamente assottigliarsi per i crediti concessi a tassi prossimi alla soglia. Questo, se da un lato può costituire un serio problema per il venir meno del presidio a comportamenti elusivi dei termini contrattuali, dall'altro evita di sovraccaricare eccessivamente tassi di remunerazione marcatamente discosti dal tasso medio e dal costo della raccolta e di incorrere, in circostanze di difficoltà economica o finanziaria del cliente, in quegli elementi di sproporzione previsti dal 3° comma dell'art. 644 c.p..

[10] Per l'usura reale e/o concreta, che ha ad oggetto contratti non riconducibili a quelli previsti dalla 'griglia dei tassi', occorre invece riferirsi alla seconda parte del comma 3 dell'art. 644 c.p..

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

D'altra parte risulterebbe distorsivo comprendere nel valore medio elementi di costo che attengono alla patologia: si avrebbe un improprio incremento del parametro di riferimento, il TEGM[12]. Nella fattispecie patologica entrano elementi non compresi in quella fisiologica: ponendo all'interno del tasso medio di riferimento elementi di patologia, si verrebbe a stemperare l'obiettivo di calmiere dei tassi svolto dalle soglie d'usura. Anziché contenere i tassi anomali, limitandoli e tenendoli accostati a quelli ordinari di mercato, si perverrebbe ad una falsa rappresentazione del riferimento medio di mercato, inducendo per tale via un accostamento del tasso fisiologico a quello patologico[13].

Si è ritenuto opportuno adottare un parametro di riferimento flessibile, sinergico ed endogeno al mercato degli stessi operatori tenuti al rispetto della soglia. Il TEGM viene, di fatto, ad assumere una funzione di riferimento nella politiche dei tassi adottata dagli intermediari: nella misura in cui tale parametro incorporasse e-

---

[11] '*Sul piano della teoria economica, la correlazione tra rischio e rendimento non ha un andamento sempre crescente. Oltre un certo livello, nessun aumento di tasso può compensare l'aumento del rischio, anzi l'onerosità del tasso aggrava il rischio in una spirale perversa. La curva di offerta dei prestiti – che raffigura la quantità di credito offerta dagli intermediari in funzione del prezzo a cui il finanziamento viene erogato – diviene a quel punto anelastica, insensibile al tasso*.'. (G. Berionne, Consiglio Superiore della Magistratura, incontro di studio sul tema: 'Usura e disciplina penale del credito', Frascati 1997).

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

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

sclusivamente elementi di patologia, che dovrebbero invece trovare spazio nello *spread*, indurrebbe una falsa rappresentazione del mercato e un'implicita lievitazione dei tassi.

Nelle prime Istruzioni per la rilevazione del TEGM la Banca d'Italia aveva ritenuto di escludere talune spese: le spese per servizi forniti da terzi, le spese legali ed assimilate e, in talune circostanze, le spese per le assicurazioni e garanzie. Anche le C.M.S. venivano escluse dal calcolo del TEGM, rilevandone tuttavia il valore percentuale e dandone separata evidenza, *a latere* nella tabella trimestrale pubblicata dal MEF[14] .

Nel '96, all'atto della prima stesura delle 'Istruzioni', le C.M.S. risultavano per lo più circoscritte ad una compagine di rapporti ricompresa nella Categoria delle Aperture di credito e la casistica delle modalità di calcolo delle stesse era ancora variegata. Solo successivamente le banche, strette nei limiti del TEGM, hanno ampliato ed esteso l'applicazione delle C.M.S. anche ad altre Categorie (Anticipazioni e Factoring), privilegiando il calcolo sull'utilizzo massimo, anche di un solo giorno[15].

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

---

[14] *"Ciò malgrado, è indubbio che detta commissione configuri un costo per il correntista, come si può costatare dalla lettura degli scalari degli estratti di conto corrente. Ma un costo, nelle modalità di calcolo matematico del TEGM, in relazione alla formula indicata nella normazione secondaria, o è compreso o è escluso nel secondo fattore di calcolo (oneri x 100 / accordato). L'esclusione, con separata indicazione della misura media praticata, nei Decreti ministeriali e nelle Istruzioni della Banca d'Italia sembrerebbe, invece, introdurre un terzo genere di onere che, in virtù delle comprensibili difficoltà di inserimento nella formula di determinazione del TEGM, non viene in essa contemplato, ma non è dato sapere se ed in che misura, poi, debba confrontarsi con il tasso soglia pro tempore vigente.".* (G. Mantovano, Usura e Commissioni di Massimo scoperto: profili di indeterminatezza della fattispecie, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 3/09).

[15] L'assenza di statistiche sui dati desunti dalla lunga serie di rilevazioni del TEGM impedisce una valutazione evolutiva della dimensione e diffusione del fenomeno.

Il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale), corrispondente all'ordinaria formula dell'interesse, si attaglia perfettamente al concetto di interesse espresso dalla legge 108/96. La legge 142/92, nel recepire la Direttiva 87/102/CEE in materia di credito al consumo, definisce all'art. 19 il TAEG: "*È denominato tasso annuo effettivo globale (TAEG) il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzarlo, calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell'allegato II alla direttiva del Consiglio 90/88/CEE".*

La Banca d'Italia, nel successivo recepimento della Direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo (Provvedimento 9/2/11) "*rammenta che il TAEG ha una funzione diversa dal tasso effettivo globale medio (T.E.G.M.) previsto dalla legge n. 108/96 in materia di usura ai fini della determinazione dei tassi soglia, con la conseguenza che i due parametri hanno basi di calcolo non necessariamente coincidenti*".

Sul piano tecnico-scientifico si possono elaborare più metodologie ed algoritmi per conseguire una corretta rilevazione del valore medio di mercato, in funzione dello scopo che la media stessa deve assolvere nel tempo, coerentemente con l'evoluzione del mercato. Al contrario la rilevazione del costo del credito, nel chiaro ambito normativo disposto dall'art. 644 c.p., non lascia spazio a formule diverse da quella tradizionalmente impiegata. Le due distinte prospettazioni presentano notevoli ambiti di prossimità, che tuttavia non si risolvono in una piena identità.

La formula e i criteri di inclusione, forniti dalla Banca d'Italia nelle "Istruzioni" per la rilevazione del TEGM, congiuntamente alla presenza, *a latere* nei decreti ministeriali, di indicazioni per le C.M.S. e per gli interessi di mora, hanno determinato confusione ed ambiguità, inducendo comportamenti non pienamente uniformi e coerenti con il dettato normativo.[16]

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

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

Vanno, in altri termini, tenuti distinte le finalità e i criteri indicati dal comma 4 dell'art. 644 c.p., dalle finalità e criteri metodologici indicati dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo medio globale: per omogeneità di confronto, è opportuno che questi ultimi risultino accostati ai primi, senza tuttavia sostituirsi ad essi[17]. Esempio classico è la mora, che rientra nella verifica d'usura ma

---

Nei mesi successivi l'ABI, prendendo spunto dalla menzionata indicazione, indirizzava alle proprie associate una nota nella quale sottolineava che: *"In merito a tale importante chiarimento normativo, prime autorevoli interpretazioni della dottrina hanno espresso un orientamento positivo, evidenziando come il tasso soglia degli interessi moratori vada quindi oggi determinato nella percentuale prevista per gli interessi corrispettivi, maggiorata di 2,1 punti percentuali, aumentata della metà."*.
Nel parere della prof.ssa Severino di Benedetto, unito alla nota, a supporto dell'interpretazione suggerita, si sostiene l'avviso che la citata indagine, condotta ai fini conoscitivi su un campione di intermediari, non assume un valore meramente statistico, ma riveste una valenza di più ampia portata sottolineata dall'espresso richiamo del decreto ministeriale. Da detto richiamo, in mancanza di altra indicazione, si fa discendere l'individuazione di uno specifico tasso soglia per gli interessi moratori, dato dalla somma del tasso medio, individuato dalla Banca d'Italia per gli interessi corrispettivi, e della maggiorazione di 2,1 punti percentuali, il tutto aumentato del 50%.
Nel parere si affronta anche l'eventualità che la maggiorazione della mora superi il valore di 2,1 punti maggiorato del 50%, cioè 3,15 punti, e si sostiene che la circostanza non è sufficiente a configurare l'usura se l'interesse corrispettivo, incrementato del maggior margine di mora, rimane comunque inferiore alla soglia d'usura.
Nel parere si affronta anche l'eventualità che la maggiorazione della mora superi il valore di 2,1 punti maggiorato del 50%, cioè 3,15 punti, e si sostiene che la circostanza non è sufficiente a configurare l'usura se l'interesse corrispettivo, incrementato del maggior margine di mora, rimane comunque inferiore alla soglia d'usura. Tale costrutto verrà ripreso e proposto dalla Banca d'Italia per le Commissioni di Massimo Scoperto nella nota del 2/12/05.

[17] " *(…) è chiaro che il tasso effettivo globale medio che deve essere trimestralmente segnalato è un indice sintetico del costo del credito effettuato in base a calcoli che, per essere eseguiti sulla scorta delle citate istruzioni applicative della Banca d'Italia e dell'UIC, sono, in linea teorica, per il giudice non vincolanti. Tuttavia, se si assume che la 'griglia' dei tassi fissata dal decreto del Ministero del Tesoro non è sindacabile dal giudice penale (e, francamente, non si vede come potrebbe essere diversamente) perché, attraverso il recepimento nella fonte normativa di rango subordinato, essa entra a far parte della fattispecie che la richiama; e se, ancora, all'individuazione di quella griglia si perviene in buo-*

non è ricompresa nella rilevazione del valore medio di mercato[18]. Sulla sua inclusione nella verifica si sono chiaramente espresse sia la Cassazione (n. 5286/00) che la Corte costituzionale (n. 29/02)[19], ulteriormente ribadita, dopo le ultime Istruzioni '09 della Banca d'Italia, dalla Cassazione 350/13[20].

---

na sostanza proprio utilizzando i parametri indicati dalla Banca d'Italia e dall'UIC che sulla scorta di tali rilevazioni fornisce al Ministero del Tesoro la 'fotografia' dell'esistente al fine della predisposizione della 'griglia' dei tassi, risulterebbe paradossale che, al fine di verificare nel caso concreto quali siano stati gli interessi corrisposti al fine di stabilire se hanno o meno oltrepassato di oltre la metà la soglia fissata dal d.m., ci si attenesse a criteri tendenzialmente diversi da quelli utilizzati per l'individuazione di quella griglia, così operando una comparazione tra dati eterogenei. (Si tratta di una 'tendenzialità' imposta dalle possibili discrasie ipotizzabili tra il contenuto del precetto ed il metodo di rilevazione)." (D. Manzione, Usura e mediazione creditizia, Giuffrè 1998).

[18] Altre fattispecie vengono escluse dalla rilevazione del TEGM, quali crediti in sofferenza, revocati, ecc. (cfr. paragrafo B2 delle 'Istruzioni).

[19] *"Non v'è ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge 108 del 1996 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, 3° comma, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall'art. 1224, 1° comma, del codice civile, nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale "gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Il ritardo colpevole, poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge"* (Cassazione n. 5286/00).
La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi nei giudizi di legittimità costituzionale sollevati dalla legge n. 24/01 (Interpretazione autentica della legge 108/96), ha precisato, seppur in un *obiter dictum*, che: " *Va in ogni caso osservato – ed il rilievo appare in sé decisivo – che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori."* (Corte Cost. n. 29/02).
Anche l'art. 1, comma 1, D.L. 394/00, di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., come già accennato, riconduce alla nozione di interessi usurari quelli convenuti '*a qualsiasi titolo*', e la relazione governativa che accompagna il decreto fa esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, '*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*'.

[20] "*La stessa censura (sub b), invece, è fondata in relazione al tasso usurario perché dalla trascrizione dell'atto di appello risulta che parte ricorrente aveva specificamente censurato il calcolo del tasso pattuito in raffronto con il tasso soglia senza tenere conto della maggiorazione di tre punti a titolo di mora, laddove, invece, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il*

Nell'algoritmo di calcolo, il tasso impiegato per la verifica dell'usura, può conservare la medesima formula impiegata per la rilevazione solo se questa risulta coerente e rispondente all'art. 644 c.p.; nei criteri di inclusione, l'aggregato dei costi da inserire nella verifica dell'usura deve esaustivamente ricomprendere ogni onere sopportato per l'erogazione del credito, fisiologico e patologico, salvo le imposte e tasse. Un rigido criterio di omogeneità, nella formula e nel contenuto, alla metodologia impiegata per la rilevazione dei valori medi di mercato conduce a travisare i dettami e le finalità perseguite dalla legge n. 108/96[21].

---

limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori".(Cass. 09.01.2013, N. 350).

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

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

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

Ne consegue, pertanto, che, almeno al fine dell'individuazione dell'elemento oggettivo del reato d'usura, le Istruzioni della Banca d'Italia non assumono carattere vincolante per il giudice, il quale conserva sempre il potere di sindacare la correttezza e la conformità delle predette istruzioni al dettato legislativo, istruzioni che del resto assolvono fondamentalmente alla più limitata funzione di fornire dei dati statistici al Ministero del Tesoro sulla

La rilevazione del TEGM ha una finalità statistica sua propria, volta a cogliere un dato medio di mercato: le stesse 'Istruzioni' della Banca d'Italia parlano di '*obbligo di segnalazione per la rilevazione ai fini statistici*'; il relativo documento riporta 'ISTRUZIONI PER LA SEGNALAZIONE', senza alcun riferimento alla verifica, che concerne un distinto processo. I valori del TEG segnalati dalle banche che, adeguatamente aggregati, vanno a comporre il TEGM pubblicato trimestralmente dal MEF, rispettano criteri coerenti con la finalità perseguita.

Il criterio stabilito dall'art. 644 c.p. non può essere soggetto alle modifiche e deroghe riportate nelle 'Istruzioni' date dalla Banca d'Italia agli intermediari finanziari per la segnalazione dei TEG impiegati per la determinazione del TEGM di mercato. La Banca d'Italia, in più edizioni successive, ha rivisitato le 'Istruzioni', aggiustando le poste rientranti nel TEG impiegato nella determinazione del TEGM, accompagnando nel tempo i mutamenti nella fisiologia del mercato[22]. A parte l'ultima, che, cogliendo lo spunto dalle indicazioni della legge n. 2/09 ha modificato sostanzialmente i criteri di inclusione e la metodologia di calcolo del TEG, nelle altre 8 versioni sono state apportate variazioni e precisazioni agli oneri da considerare nel calcolo del TEG.

La determinazione del valore medio fisiologico di mercato può ben determinare nel tempo delle modifiche nei criteri di rilevazione statistica per cogliere i mutamenti che intervengono nelle condizioni ordinariamente praticate dagli intermediari. Tali aggiustamenti non possono comportare modifiche nei criteri di inclusione dei costi ricompresi nel calcolo del tasso impiegato per la verifica dell'usura: quest'ultimo, determinato dal principio posto dall'art. 644 c.p., rimane immutato nel

---

base di comunicazioni omogenee ricevute dagli operatori creditizi, e nulla più.". (Tribunale Ordinario di Alba, Sez. I, Giudice Martinat, 15/12/10 n. 660). Ciò che discende dalla legge (art. 644 c.p.) è ciò che deve essere incluso nel tasso di interesse (per la verifica del rispetto), non ciò che deve essere incluso nel tasso soglia: il riferimento riportato in sentenza è presumibilmente dovuto ad un refuso.

[22] Dal '96 ad oggi si sono succedute 9 versioni delle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi di interesse ai fini della determinazione delle soglie d'usura", dal '98 pubblicate anche nella Gazzetta Ufficiale: 30 settembre 1996, 1 luglio 1997, 21 aprile 1998, 1 ottobre 1998 (G.U. n. 228 del 30/9/98), 2 agosto 1999 (G.U. n. 196 del 21/8/99), 30 luglio 2001 (G.U. n. 195 del 23/8/01), 23 dicembre 2002 (G.U. n. 5 dell'8/1/03), 17 marzo 2006 (G.U. n. 74 del 29/3/06), 12 agosto 2009 (G.U. n. 200 del 29/8/09).

tempo. Diversamente verrebbe compromessa e stravolta la riserva di legge, prerogativa della norma penale[23].

L'equivocità e confusione è stata sostanzialmente determinata dalla circostanza che i decreti del MEF, relativi alla pubblicazione dei tassi d'usura – discostandosi dalla funzione loro assegnata dalla legge – hanno accostato i due concetti di tasso sopra esposti, riportando all'art. 3, comma 2: "*Le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia."*. Con ciò prefigurando, per il principio di incorporazione della norma extra-penale nel precetto, un'apprezzabile discrasia: i menzionati 'criteri di calcolo', estesi ai 'criteri di inclusione' e trasposti dal processo di rilevazione al processo di verifica, sono entrati in palese conflitto con il chiaro dettato letterale dell'art. 644 c.p., ponendo rilevanti problemi di determinatezza e tassatività della norma.

La circostanza che i decreti del MEF, nel demandare alla Banca d'Italia la rilevazione del TEGM, prevedano all'art. 3 che le banche impieghino i criteri di calcolo del TEG, oltre che per la segnalazione ai fini del TEGM, anche per la propria verifica di rispetto della soglia d'usura – esteso dall'algoritmo di calcolo ai costi da ricomprendere nello stesso – viola quel principio della riserva di legge in materia penale, che viene compiutamente definita nell'articolata struttura della legge 108/96. La legge non affida al MEF, né direttamente, né con il rinvio alle Istruzioni della Banca d'Italia, alcunché dei termini e modalità di verifica del rispetto delle soglie d'usura: non riserva affatto, in altri termini, "*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).

La legge non lascia margini, né nei criteri di calcolo che non abbisognano di alcuna definizione in quanto di comune impiego in materia finanziaria, né nei criteri di inclusione per i quali il principio stabilito rimane chiaro ed ineludibile.

[23] "*Le Istruzioni della Banca d'Italia potranno tutt'al più costituire un punto di riferimento, il quale sarà tanto più favorevole e avrà tanto più possibilità di essere adottato dal giudice, quanto più conterrà indicazioni e metodologie di calcolo credibili e fedeli allo spirito della legge.*" (M. Cerase. L'usura riformata: primi approcci a una fattispecie nuova nella struttura e nell'oggetto di tutela, in Cassazione penale, 1997).

Costituisce una mirata e preordinata forzatura il passaggio logico, diffusamente sostenuto dalle parti interessate, di ritenere che, non essendo le C.M.S. comprese nella determinazione del TEGM, non debbano neanche essere comprese nel calcolo del tasso per la verifica dell'usura, né si può richiamare a giustificazione un'imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto, non prevista in alcun punto dalla legge[24]. Lo stesso principio condurrebbe paradossalmente ad escludere dal calcolo del TEG per la verifica dell'usura, oltre agli interessi di mora, i crediti revocati e in sofferenza e ogni qualsivoglia nuovo onere, non contenuto nel TEG impiegato per la determinazione del TEGM[25].

Certamente motivi di equità e contiguità concettuale suggeriscono un accostamento del TEG impiegato per la rilevazione del tasso medio di sistema (TEGM) al tasso impiegato per l'applicazione dell'art. 644 c.p., non certamente il viceversa. Né l'accostamento poteva essere conseguito per le CMS, in via integrativa, con il diverso e assai specioso algoritmo di calcolo suggerito dalla Banca d'Italia nella Circolare

---

[24] Si è arrivati a sostenere l'esclusione dalla verifica della soglia di quelle operazioni che, per caratteristiche di patologia, non sono state considerate nella rilevazione del TEGM ad opera della Banca d'Italia: "*Dalla rilevazione ministeriale del TEGM restano escluse tredici tipologie di operazioni (Sezione I – B2. Operazioni escluse): per es., posizioni classificate in sofferenza, operazioni a tasso agevolato, ecc.). Benché riconducibili alle categorie omogenee individuate negli appositi decreti annuali, esse sono escluse per ragioni facilmente intuibili (e giustificate) alla stregua della ratio sottesa a una soglia di usurarietà legata alle condizioni di mercato: come spiega la nota metodologica dei decreti ministeriali, 'non sono incluse nella rilevazione alcune fattispecie di operazioni condotte a tassi che non riflettono le condizioni del mercato (ad es. operazioni a tassi agevolati in virtù di provvedimenti legislativi)'. A tali operazioni non potranno allora applicarsi le soglie dedotte dai decreti trimestrali per le diverse categorie cui sono riconducibili: lo preclude la logica prima ancora della legalità. Né le medesime soglie potranno essere utilizzate analogicamente, in quanto – a parte il divieto previsto dall'art. 14 Disp. Prel. C.c. (e 25, co. 2, Cost.) – proprio le ragioni che ne hanno determinato l'esclusione dalle relative categorie non consentono certo un'assimilazione a queste ultime ai fini dell'individuazione di una soglia (Cfr. anche V. Bellacosa, voce Usura, in Dig. Disc. Pen. vol. XV, Torino, 1999,156)*". (P. Capoti, Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ. 2007, 631 ss.; *Il delitto di usura 'bancaria'*, Università degli Studi di Padova, 2009).

[25] "*L'ammontare della c.m.s. che non trova(va) spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali, deve (doveva) necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla Banca d'Italia: rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge."* (Tribunale Pordenone, P. Toffolo, 7 marzo 2012, in il caso.it).

del 2/12/05, otto anni dopo il varo della legge, travisando sostanzialmente il portato dell'art. 644 c.p. (oltre che la stessa prescrizione dell'art. 3 comma 2, dei decreti ministeriali)[26].

Nella menzionata Circolare, con uno schema complesso e farraginoso, si proponeva di confrontare l'aliquota della C.M.S. applicata con il valore soglia riveniente dall'aliquota media della C.M.S. riportata in calce alla Tavola dei tassi pubblicata nei D.M. del MEF, maggiorata del 50%, aggiungendo l'eventuale esubero da tale soglia

[26] Da un'interrogazione del 20/12/06 (5-00529 Amendola e Fluvi), presso la VI Commissione permanente, si evince che la nota fu disposta a seguito di una richiesta del MEF – sollecitata a questo dall'ABI – di precisare, in una Circolare della Banca d'Italia, la metodologia di calcolo utilizzata per determinare la commissione di massimo scoperto soglia. Le indicazioni riportate nella Circolare, tuttavia, non sono state riprese in alcun decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze.
Appare assai singolare che, dopo otto anni dalla legge, palesandosi sempre più il rischio penale della precaria interpretazione escludente le C.M.S. dal TEG, sia stata la Banca d'Italia ad essere invitata a fornire un''interpretazione' ad un precetto penale, coniugando impropriamente la parziale delega in bianco rimessa dalla legge all'organo amministrativo con il prestigio e la *moral suasion* che storicamente caratterizza l'Istituto Centrale.
Con tali aspetti di contorno la Circolare prestava il fianco ad una solida protezione dal reato d'usura: pur riportando la C.M.S. nell'alveo della verifica dell'usura – mutuando lo schema tecnico già proposto dall'ABI per la mora (Cfr. nota 15) - ne edulcorava apprezzabilmente la portata, con la previsione della distinta soglia e del sistema di compensazione fra il margine di esubero della Commissione e il margine disponibile di interesse entro il limite di soglia. Risultando l'intervento del tutto estraneo al proprio ambito funzionale e non potendo assumere una veste dispositiva, veniva espresso come un''indicazione' dettata dall'esigenza di fornire una possibile soluzione interpretativa ai dubbi espressi dall'autorità giudiziaria e da altri organismi ma che tuttavia non era in ogni caso vincolante ai fini dell'interpretazione della legge 108/96.
All''indicazione' dell'Istituto Centrale è seguita una generale acquiescenza da parte del sistema bancario che si è, per lo più, prontamente adeguato ai criteri suggeriti. Un analogo e sollecito adeguamento non si è riscontrato successivamente, quando il Governatore Draghi, nella Relazione annuale, ha espresso l'avviso: "*Abbiamo già in passato richiamato l'attenzione sulla commissione di massimo scoperto, un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza. Va sostituita, dove la natura del rapporto di credito lo richieda, con una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi. Una simile innovazione richiede un complesso adattamento della prassi delle banche. Essa però dovrebbe essere avviata con decisione, proponendo il cambiamento ai nuovi clienti, anche per evitare il rischio che la questione sia risolta con gli strumenti imperativi della legge.*".
Non sono valse le 'grida' del Governatore: si è reso necessario il provvedimento legislativo n. 2/09 e quello successivo n. 214/11, per ricondurre 'a regola' comportamenti per lungo tempo difformi da fondamentali principi di trasparenza e causalità sanciti dall'ordinamento giuridico. (Cfr.: *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*. R. Marcelli in http: //www.assoctu.it).

agli interessi da porre a confronto con la soglia d'usura, riveniente dai predetti decreti[27].

Secondo lo schema suggerito dalla Banca d'Italia, si veniva ad introdurre surrettiziamente, per una medesima operazione, oltre ad un tasso soglia, calcolato in ragione d'anno, distinto per classi di importo e per categoria, una Commissione soglia (valore medio indicato in decreto + 50%), calcolata in ragione trimestrale, rilevata con una metodologia del tutto singolare e senza distinzione d'importo, di durata, di rischio e di garanzia[28].

---

[27] Il cuscinetto del 50% (ora 25% più 4 punti) fissato per la flessibilità del tasso di interesse risponde all'esigenza di coprire l'ampio ventaglio di rischio che caratterizza i distinti comparti produttivi e la dislocazione territoriale, a cui corrisponde un'apprezzabile variabilità dei tassi. La C.M.S., al contrario, remunerando il costo che la banca affrontava per la pronta disponibilità del credito, non presentava un'analoga variabilità, tale da giustificare uno *spread* del 50%: il costo della provvista, per la pronta liquidità necessaria alla clientela, risulta assai modesto, né dipende ovviamente dal comparto e dal territorio di impiego.

[28] Le Istruzioni della Banca d'Italia prevedevano, sino al '09, che fosse "*calcolata la media aritmetica semplice della percentuale della commissione di massimo scoperto, da calcolare, con le modalità indicate al punto C5* (sul massimo scoperto), *nei casi in cui essa è stata effettivamente applicata*". In altri termini il valore della CMS – rilevato in un unico valore per le Categorie Apertura di credito, Anticipazione e Factoring – si riferiva ad un aggregato di operazioni diverso da quello impiegato per i rispettivi interessi, in quanto dal calcolo della media dell'aliquota delle Commissioni venivano escluse le operazioni della Categoria alle quali non era applicata la CMS.
Se la CMS avesse assunto già nel '96 una veste fisiologica – ricorrente più diffusamente nelle operazioni di credito delle Categorie interessate – si sarebbe dovuto più correttamente ricomprendere nella media delle CMS tutte le operazioni, comprese quelle con CMS nulla, per non distorcere la finalità di rilevare il costo medio del credito.
La media impiegata, invece, non indica il costo mediamente applicato alle Categorie interessate, bensì rileva un aspetto più particolare, cioè la CMS mediamente applicata alla sotto-Categoria delle operazioni alle quali è stata applicata la CMS, un indicatore di scarsa utilità pratica ed informativa nell'ambito della rilevazione del TEGM. Così rilevata, l'aliquota media della CMS può risultare apprezzabilmente più alta dell'effettiva incidenza media sul credito compreso nelle Categorie interessate, soprattutto se l'applicazione della CMS non è estesa ad un'ampia compagine di operazioni.
Escludere dal calcolo della media le operazioni nelle quali la Commissione non viene addebitata risulta matematicamente del tutto equivalente a comprenderle con CMS pari alla media stessa. Di conseguenza, rispetto all'intera Categoria, la media così rilevata viene a sovrastimare l'incidenza della CMS.
Per dirla con Trilussa: se su dieci soggetti, cinque mangiano un pollo e cinque non ne mangiano, per la statistica i soggetti censiti hanno mangiato mediamente mezzo pollo, per la Banca d'Italia hanno mangiato un pollo intero.

La Banca d'Italia ha escluso la CMS, rilevandola a parte, sostenendo (Cfr. Circolare 2/12/05) che la scelta è coerente con la circostanza che l'entità della CMS dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminarne la misura percentuale. Diversamente, si è sostenuto, la consumazione del reato dipenderebbe in ultima analisi dal comportamento della parte offesa e non da quello del preteso soggetto agente che, peraltro, non avrebbe alcuna possibilità giuridica di impedire o limitare quel comportamento[29]. Come dire che l'illecita cattura del coniglio selvatico dipenderebbe non dalla trappola appostata, ma dal particolare percorso seguito dal coniglio, limitandosi il cacciatore unicamente a posare in terra la trappola.

Occorre osservare che inizialmente l'incidenza dei costi indotti dalla CMS, limitata alla Categoria delle Aperture di credito, era modesta. Il dato censito dalla Banca d'Italia, nella rilevazione dei tassi ai fini della determinazione del TEGM rileva solo la lievitazione intervenuta nell'aliquota, non il livello di diffusione della sua applicazione: dalla Categoria delle Aperture di credito, si è estesa successivamente alle Categorie delle Anticipazioni e del Factoring.

Dal '96, anno per il quale non è noto il dato statistico, la CMS si è estesa sino all'84% dei rapporti di conto corrente nel dicembre '08[30] prima della legge n. 2/09, attraverso una dinamica che ha subito presumibilmente una notevole accelerazione[31].

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

[29] P. Ferr Luzzi, Ci risiamo. (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto), in Giurisprudenza commerciale, n. 5, 2006.

[30] Cfr. Banca d'Italia. "Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto". 13 febbraio 2010.

[31] "*Nel tempo questa commissione, forse proprio per la non immediata percezione da parte degli utenti, è stata resa via via più onerosa non solo aumentandone, in termini assoluti, l'incidenza ma, soprattutto, prevedendo che la stessa potesse incidere sui clienti anche in relazione ad un utilizzo per un solo giorno e anche se tale utilizzo fosse determinato da*

Il sistema bancario ha per lo più ritenuto di impiegare – per la verifica del rispetto delle soglie – i criteri di inclusione indicati dalla Banca d'Italia nelle 'Istruzioni' per la rilevazione del TEGM e dal dicembre '05 la menzionata circolare, mai recepita nei decreti ministeriali, tralasciando e discostandosi da un rigido rispetto di quanto disposto dall'art. 644 c.p.[32] E' apparsa subito evidente la discrasia, ma si è valutata congruamente protettiva la copertura prestata dall'art. 3 dei decreti del MEF – estesa dai principi di computo ai principi di inclusione – e, successivamente al '05, dalla Circolare della Banca d'Italia 2/12/05[33].

Si è reso necessario attendere tredici anni prima che, con un intervento legislativo a chiarimento e tre successive sentenze della Suprema Corte (II Sez. Pen. n.

---

problemi di valuta. L'aumento dei ricavi connessi alla CMS, la sua scarsa percepibilità da parte dei clienti, hanno poi indotto le banche ad introdurre la CMS anche in altre linee di credito: anticipo su fatture, anticipo al salvo buon fine, ecc. Così dilatata la CMS veniva a perdere il suo originale fondamento economico e cioè di costituire una remunerazione per la messa a disposizione di una riserva di credito, che per ipotesi poteva essere utilizzata anche solo in modo marginale, remunerazione del tutto distinta da quella rappresentata dagli interessi che si traduce in un corrispettivo degli utilizzi delle somme." (P. L. Oliva, *Le commissioni di massimo scoperto*, 23/6/09, www.filodiretto.com).

[32] "*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 ricalcitrante 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 (C.M.S.) 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).

[33] "*Le banche potevano quindi neutralizzare la nuova normativa in tema di usura aumentando le commissioni di massimo scoperto, atteso che queste non venivano conteggiate per verificare il superamento dei tassi soglia. Gli istituti erano altresì avvantaggiati dalla generale discesa dei tassi di mercato negli anni successivi. Mentre i tassi di interesse scendevano, le commissioni di massimo scoperto aumentavano, divenendo così una componente sempre più rilevante dei ricavi derivati dall'attività di finanziamento*". (G. Canali, Giudice Tribunale Brescia, Il contenzioso con le banche e le società di leasing, 25 maggio 2012).

12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11), si pervenisse a ristabilire un più corretto rispetto dell'art. 644 c.p.

2.1 Modifica dei parametri di determinazione delle soglie d'usura.

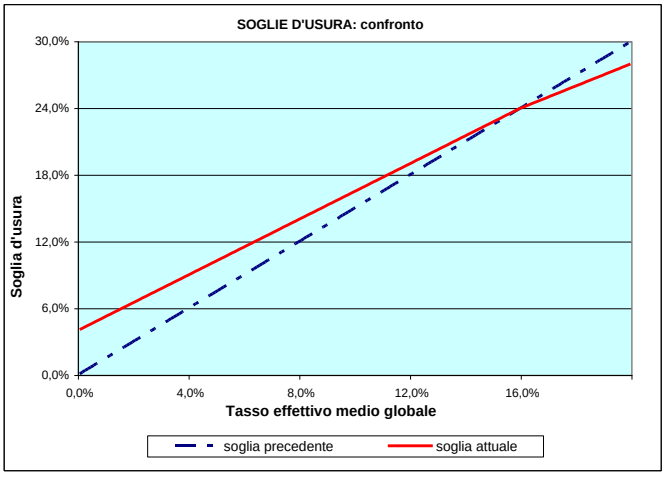
Il Governo ha approvato, con D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11, un provvedimento volto a modificare le regole di determinazione delle soglie d'usura.

L'apprezzabile discesa dei tassi determinatasi in questi ultimi anni aveva significativamente compresso, per alcune categorie di credito, il valore assoluto dello *spread* compreso tra il tasso medio rilevato trimestralmente dalla Banca d'Italia e la soglia posta al 50% sopra tale tasso. Ciò aveva sollevato timori di un razionamento del credito per le categorie di finanziamento che, presentando TEGM bassi, non consentivano di coprire, nel ristretto ambito dello *spread*, i rischi di credito di quelle fasce marginali di clientela che, pur solvibili, presentavano una minore affidabilità.

Per superare tale criticità, il Governo è intervenuto con un ampliamento dello *spread*, esteso pressoché a tutte le categorie di credito. E' stato modificato il metodo di calcolo del tasso soglia, riducendo dal 50% al 25% lo *spread* percentuale e aggiungendo per contro un margine fisso di 4 punti percentuali; viene in tal modo posto un minimo al divario fra il TEGM e la soglia d'usura. Nel contempo è stato anche fissato in 8 punti il divario massimo fra il TEGM e la soglia.

SOGLIE D'USURA: precedente ed attuale. Confronto.

TEGM	soglia precedente	soglia attuale	soglia attuale - soglia precedente
1,00%	1,50%	5,25%	3,75%
2,00%	3,00%	6,50%	3,50%
3,00%	4,50%	7,75%	3,25%
4,00%	6,00%	9,00%	3,00%
5,00%	7,50%	10,25%	2,75%
6,00%	9,00%	11,50%	2,50%
7,00%	10,50%	12,75%	2,25%
8,00%	12,00%	14,00%	2,00%
9,00%	13,50%	15,25%	1,75%
10,00%	15,00%	16,50%	1,50%
11,00%	16,50%	17,75%	1,25%
12,00%	18,00%	19,00%	1,00%
13,00%	19,50%	20,25%	0,75%
14,00%	21,00%	21,50%	0,50%
15,00%	22,50%	22,75%	0,25%
16,00%	24,00%	24,00%	0,00%
17,00%	25,50%	25,00%	-0,50%
18,00%	27,00%	26,00%	-1,00%
19,00%	28,50%	27,00%	-1,50%
20,00%	30,00%	28,00%	-2,00%



Rispetto al precedente sistema di calcolo, sino ad un valore del TEGM del 16%, la soglia d'usura risulta aumentata, significativamente per i tassi più bassi, e via via in misura ridotta per i tassi più elevati. Solo al di sopra del valore del TEGM del 16% il nuovo sistema di calcolo conduce a valori della soglia più bassi del precedente: il punto di indifferenza fra il precedente criterio e quello vigente è posto in corrispondenza della soglia del 24% (TEGM del 16%)[34].

La modifica introdotta non induce alcun effetto retroattivo, non intervenendo sulla norma incriminatrice, bensì sul limite, tempo per tempo determinato dal MEF: solo valutazioni contingenti, riferite alla flessione dei tassi intervenuta nel periodo più recente, ha indotto il legislatore a modificare il limite per consentire agli intermediari finanziari margini di operatività più ampia nell'erogazione del credito. Un'applicazione del '*favor rei*' risulterebbe inconciliabile configurandosi, nella norma regolante l'usura, una particolare ipotesi di successione di leggi temporanee assoggettata, ex art. 2, comma 4° c.p., alla diversa regola *tempus regit actum*. "*Se per legge temporanea deve intendersi quella nella quale è stabilito un termine per la sua durata, ossia quella che cessa di avere ragione ad una data prefissa, senza che occorra una nuova disposizione per dichiararla estinta, tale non può che essere considerata la nuova fattispecie di usura*" poiché "*ad ogni modifica del provvedimento integrativo del precetto, si accompagna inevitabilmente la vigenza di un nuovo precetto, destinato però a durare solo tre mesi, ossia fino alla successiva rilevazione*" (Cfr. P. Cavallo, Una nuova disciplina per la repressione del fenomeno dell'usura, in Cassazione penale, 1997, pag. 3217; si veda anche F. Mucciarelli, Commento alla legge 108/96, pag. 547; A Fiadino, Irretroattività ed istantaneità, pag. 395).

Dubbi e perplessità sono stati più recentemente rimossi dalla Cassazione che ha ritenuto di aderire "*all'orientamento che afferma l'inapplicabilità del principio previsto dall'art. 2 c.p., comma 3, in caso di successioni nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale, che non incidano sulla struttura essenziale del reato ma comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto delineando la portata del comando. Il principio espresso dall'art. 2, comma terzo, cod. pen., troverebbe applicazione solo nella diversa ipotesi in cui la nuova disciplina, anziché limitarsi a regolamentare diversamente i presupposti per l'applicazione*

[34] Ad oggi (III tri. '03) solo per il credito revolving inferiore a € 5.000 è attivo il limite di 8 punti.

della norma penale, modificando i criteri di individuazione del tasso soglia, avesse esclusa l'illiceità oggettiva della condotta. Invece la nuova disciplina non ha inteso sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nella vigenza della normativa precedente, e quindi l'illiceità penale della stessa, essendosi limitata a modificare, ma solo per il futuro, i presupposti per l'applicazione della norma incriminatrice penale. (...) La successione di norme extrapenali determina esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento e, in tale ipotesi, non viene meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso (cfr Sez. 3, sentenza n. 43829 del 16/10/07 Ud. (dep. 26/11/2007) Rv. 238262). Deve quindi concludersi che la modifica della normativa secondaria, avvenuta con D.L. n. 70/2011, poi convertito in legge, non trova applicazione retroattiva ex art. 2, comma 2, c.p., non modificandosi la norma incriminatrice, essendo il tasso soglia variabile anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo. Non ricorre infatti l'ipotesi di cui all'art. 2, terzo comma, cod. pen. qualora il fatto sia punito in base al limite stabilito dalla legge, per il periodo di riferimento, oltre il quale gli interessi vanno considerati usurari, stabilito, in relazione alle operazioni in oggetto, dall'art. 2, comma 4, l. n. 108/96 che prevedeva che 'il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito dal tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi del comma primo, relativamente alla categoria di operazione in cui il credito è compreso, aumentato della metà'" (Cassazione, II Sez. Pen., n. 46669 del 23/11/2011).

2.2 Usura: il quadro giurisprudenziale.

La legge n. 108/96 ha modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche e tradizionali in cui si manifesta il fenomeno, anche forme spurie di usura che perseguono,

attraverso l'esercizio legale del credito, interessi diversi e opposti al progresso dell'economia nazionale. Integrando la prospettiva del riferimento alla relazione economica individuale, il testo del nuovo art. 644 c.p. è rivolto a presidiare interessi più generali, a tutela del corretto funzionamento del mercato del credito.

L'usura bancaria viene espressamente considerata nel comma 5 punto 1 dell'art. 644 c.p., prevedendo un aumento della pena da un terzo alla metà '*se il colpevole ha agito nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare*'.

Il preminente interesse collettivo al corretto funzionamento dei rapporti di credito viene esplicitato e circostanziato dalla Cassazione penale, Sez. II 18/3/03, n. 20148: *"Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare l'evidente intento di delineare la disciplina dell'usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, secondo parametri predefiniti ed obiettivi che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito per così dire soggettivistico dell'abuso, e la sua sostituzione con il rilievo del tutto prevalente che nella struttura delle fattispecie finisce per assumere il requisito – tutto economico – della sproporzione tra la prestazione del mutuante e quella del mutuatario, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e, se si vuole, dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, giacché <u>accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari</u>*[35]*. (...) dovendo l'iniziativa economica, in base allo stesso precetto costituzionale, non soltanto non porsi in contrasto con l'utilità sociale', ma addirittura 'essere indirizzata e coordinata ai fini sociali': il che evidentemente, evoca – quale ulteriore parametro di riferimento che viene senz'altro in discorso, alla luce delle segnalate innovazioni che l'art. 644 c.p. presenta sul piano del relativo oggetto giuridico – anche la protezione offerta*

[35] Qui e nelle successive sentenze richiamate la sottolineatura è aggiunta.

all'esercizio del credito dall'art. 47 della Carta fondamentale."[36].

Nella nuova formulazione dell'art. 644 c.p. due sono le ipotesi contemplate: la prima riferita al corretto esercizio dell'attività creditizia e finanziaria, la seconda riferita alla protezione del patrimonio del soggetto che si trova in uno stato di particolare debolezza economica.

Gli interessi collettivi ad un corretto funzionamento del mercato del credito, che nella visione del legislatore sembrano accostare e travalicare quelli del singolo, ampliano la prospettiva nella quale si colloca il testo dell'art. 644 c.p. riformulato dalla legge 108/96[37]. Il credito, sia esso rivolto agli investimenti che rivolto al consumo, costituisce il volano dello sviluppo economico: la regolarità del mercato e la calmierazione dei tassi praticati alla generalità della clientela trovano fondamento e legittimità nell'art. 41 della Costituzione, ponendo un presidio agli indebiti riflessi che possono derivare da scelte degli intermediari eccessivamente protese al conseguimento di profitti economici[38].

Il reato d'usura bancaria non è ascrivibile alla banca, non essendo gli enti soggetti di diritto penale. Gli elementi che connotano i presupposti della responsabilità penale vanno opportunamente individuati nelle specifiche figure e funzioni poste a garanzia del precetto penale. Al fine dell'individuazione della posizione di garanzia

[36] Prima del TUB, D. Lgs. 385/93, la qualifica di operatore bancario era direttamente ascritta alla sfera pubblicistica attraverso il riconoscimento all'attività creditizia dei contrassegni del pubblico servizio, costituendo la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito attività in cui é immanente un pubblico interesse (Cfr. E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, Diritto penale dell'impresa, Bologna 2008). Un sostanziale cambiamento è intervenuto con l'art. 10 del TUB che, in attuazione della direttiva 89/646, ha sancito come l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito abbiano carattere d'impresa.

[37] Questa prospettiva giustifica la perseguibilità d'ufficio del reato di usura.

[38] Non pienamente condivisa risulta la chiave di lettura nella quale si da preminenza alla funzione di oggettiva regolamentazione pubblica del credito: "*(…) si ritiene che l'attuale formulazione dell'art. 644 c.p. si ponga tuttora come unitario obiettivo di tutela il patrimonio del soggetto che versa in uno stato di difficoltà: difficoltà presunta iuris et de iure nell'ipotesi di tasso usurario ex lege e accertata dal giudice nel caso di usurarietà determinata in concreto. (…) Né, d'altra parte, pare accoglibile l'opzione interpretativa più radicale, che, ammessa l'unitarietà della fattispecie, ritiene che il bene giuridico tutelato sia la regolarità del mercato del credito in entrambe le ipotesi, tanto quella presunta quanto quella concreta*." (A. Boido, Usura e diritto penale. La 'Meritevolezza' della pena nell'attuale momento storico, CEDAM 2010).

occorre riferirsi agli effettivi poteri decisionali e di gestione operativa, riconducibili alle funzioni preposte all'interno dell'Istituto. La recente Cassazione Pen. n. 46669/11 ha attributo rilievo anche alla rappresentanza legale, discostandosi dall'opinione che quest'ultima sia un istituto prettamente civilistico, di per sé non rilevante in materia penale: *"E' attribuibile ai presidenti degli istituti bancari e dei relativi consigli di amministrazione una c.d. 'posizione di garanzia', in quanto la formale rappresentanza dell'istituto bancario, se non accompagnata da poteri di decisione o gestione operativa, appare totalmente priva di significato nell'ottica della tutela di interessi che ricevono protezione penale. Si deve quindi affermare che i presidenti delle banche, quali persone fisiche, siano garanti, agli effetti penali, cioè tenuti a rendere operativa una posizione di garanzia, che, in ultima analisi, fa capo all'ente, centro d'imputazione dell'attività di erogazione del credito nell'ambito della quale ben può essere ravvisata la violazione del precetto penale anche in capo ai predetti organi.".*

Nel quadro normativo che presiede la funzione creditizia ignoranza, scarsa professionalità o negligenza sembrano trovare modesti spazi di scusabilità. Le S.U. della Cassazione penale hanno avuto modo di affermare che il dovere di informazione, che per i comuni cittadini viene assolto con il criterio dell'ordinaria diligenza, risulta più rigoroso per coloro che svolgono professionalmente una determinata attività. "*A seguito della sent. 23 marzo 1988, n. 364 della Corte costituzionale, secondo la quale l'ignoranza della legge penale, se incolpevole a cagione della sua inevitabilità, scusa l'autore dell'illecito, vanno stabiliti i limiti di tale inevitabilità. Per il comune cittadino tale condizione è sussistente ogni qualvolta egli abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Tale obbligo è particolarmente rigoroso per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, i quali rispondono dell'illecito anche "in virtù" di una "culpa levis" nello svolgimento dell'indagine giuridica.*" (Cass. Pen. S.U. 10/06/94, n. 8154).

Le finalità ultime della normativa di vigilanza in tema di *governance* bancaria, come anche le disposizioni introdotte dalla legge 131/01 per altri reati penali, sono volte a prevedere una struttura organizzativa articolata e preordinata a rendere

consapevole il vertice aziendale di circostanze e disfunzioni che possono pregiudicare la corretta realizzazione delle decisioni assunte e il pieno rispetto degli obblighi di *compliance*, ponendo il vertice stesso nelle condizioni di monitorare e prevenire *ex-ante* i rischi di incorrere in violazioni della norma penale, più che rimuovere *ex-post* occasionali e non previste violazioni.

Perentorio è il richiamo alla responsabilità del vertice aziendale in tema d'usura operato più recentemente dalla Cassazione Pen. n. 46669/11: "*Anche se dalla normativa secondaria, quali delibere e regolamenti, dovesse risultare l'attribuzione ad altri organismi, quali il direttore generale o il settore commerciale, delle competenze relative alla fissazione dei tassi, rimane salvo il potere di controllo e vigilanza del Consiglio d'amministrazione degli istituti di credito in funzione di garanzia, quest'ultimo non delegabile.".*

Ad un maggior grado di responsabilità e professionalità corrisponde una maggiore consapevolezza e capacità di discernere gli obblighi di *compliance*, nonché di valutare i presidi da predisporre, distinguendo la rilevanza, il nesso e la priorità della normativa primaria, degli atti amministrativi disposti dal Ministro dell'Economia e delle indicazioni della Banca d'Italia.

Non si potevano trascurare le perplessità emerse, sin dall'inizio, in dottrina e giurisprudenza, in merito all'esclusione delle C.M.S. dal calcolo dell'usura. Si è talora osservato che le istruzioni di vigilanza sono vincolanti per gli intermediari finanziari, essendo formulate nella modalità dell'ordine o del divieto, con esclusione di qualsiasi autonomia dei destinatari. Quand'anche non si fosse voluta cogliere la distinzione fra il TEG comunicato alla Banca d'Italia e il tasso riveniente dall'art. 644 c.p., in presenza di una norma primaria rigida e un disposto amministrativo 'più lasco', le responsabilità di presidio della norma penale esigevano un margine di cautela più ampio che consentisse, nella contraddittorietà delle due formulazioni, il rispetto di entrambe: *"... 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 sen-*

so Sez. 6, Sentenza n. 6175 del 27/03/1995 Ud. (dep. 27/05/1005) Rv. 201518).” (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11).

L’applicazione della legge 108/96 non presenta difficoltà tecniche particolari: “*L’errore di diritto scusabile, ai sensi dell’art. 5 cod. pen. è configurabile soltanto in presenza di una oggettiva ed insuperabile oscurità della norma o del complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale. Ne consegue che non è scusabile l’errore riferibile al calcolo dell’ammontare degli interessi usurari sulla base di quanto disposto dall’art. 644 cod. pen., trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all’ambiente del commercio, non presenta in sé particolari difficoltà*” (Cassazione penale 5/4/03 n. 36346)[39].

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

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

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

Sul primo aspetto la Cassazione civile ha avuto modo di precisare come: *"L'attività bancaria nel suo complesso, quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta del risparmio (si veda in particolare il D.L.vo n. 385/93) risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle tante forme di esercizio di impresa, già di per sé sottoposto a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato (spesso trascurato) della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost. predisposta a favore della collettività, un 'servizio' per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, di vigilanza e di 'trasparenza'; ne deriva che i profili di responsabilità nell'espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità all'elevato grado di professionalità richiesto."* (Cassazione, Sez. I Civile, 23/2/00 n. 2058).

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

Il principio di ignoranza inevitabile è stato, più recentemente, ancora chiarito dalla Cassazione penale, Sez. III, 24/6/10 n. 24241: "*Quanto alla coscienza dell'anti-*

giuridicità dell'azione, va rilevato che presupposto della responsabilità penale è la conoscibilità, da parte del soggetto agente, dell'effettivo contenuto precettivo della norma e, secondo la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale (in relazione alla previsione dell'art. 5 c.p.), va considerata quale limite alla responsabilità personale soltanto l'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto (c.d. ignoranza inevitabile, e quindi scusabile, della legge penale)".

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

Né si può travisare il rapporto fra legge penale e fonte subordinata *"(...) è agevole osservare che la giurisprudenza della Corte costituzionale sia da tempo costante nell'affermare che, nella delimitazione dei rapporti tra legge penale e fonti subordinate, il principio di legalità sancito dall'indicato parametro può ritenersi soddisfatto allorquando la legge determini con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale, senza che ciò determini la preclusione all'impiego di norme di diverso rango ad effetti integrativi della configurazione strutturale della fattispecie. Così, ben può la legge fissare limiti e criteri analitici e circoscritti al punto da rappresentare vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito della valutazione strettamente tecnica e, come tale, da ritenersi idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice (cfr. ex plurimis, Corte cost., sentenza n. 333 del 1991). Ciò, evidentemente, allo scopo di rendere la norma plasmabile in funzione delle più variegate questioni di fatto, per loro natura non sempre e non tutte cristallizzabili ex ante, e non di rado suscettibili di sensibili modificazioni che renderebbero una fattispecie legislativamente 'ingessata' o eccessivamente generica, o, al contrario, presto inadeguata a fronteggiare quelle modifiche. Ebbene, basta poco per avvedersi di come il delitto di usura, quale definito a seguito dell'intervento novellistico operato dalla legge n. 108/96, non riservi affatto – come pretenderebbe il ricorrente – compiti 'creativi' alla pub-*

blica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinaria. Come già ampiamente sottolineato anche dai giudici di merito, infatti, il legislatore si è fatto carico di introdurre e delineare una rigida 'griglia' di previsioni e di principi, affidando alla formazione secondaria null'altro che un compito di 'registrazione' ed elaborazione tecnica di risultanze, al di fuori di qualsiasi margine di discrezionalità." (Cassazione penale, Sez. II, 18/3/03, n. 20148).

Si sostiene tuttavia che l'errore per l'inesatta interpretazione di una norma integrativa di quella penale si risolve comunque in un errore sul fatto che costituisce reato, perché l'agente non si raffigura di commettere un fatto identico a quello previsto dalla norma incriminatrice. Ferma restando la conoscenza del tasso soglia oltre il quale scatta la sanzione penale, se, nell'applicare un tasso di interesse per un errore di calcolo, l'agente richiede una somma che supera la soglia, questo errore riverbera i suoi effetti esclusivamente sul fatto, ed in quanto tale, ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p., esclude la punibilità. Non si voleva applicare un tasso usurario, ma per un errore nella metodologia di calcolo – errore indotto dalla confusione determinata dalla normativa secondaria – si è applicato un tasso d'usura.

Da altri si sostiene per contro che l'errore sul fatto, derivando da un errore sulla norma extrapenale – che per il principio di incorporazione entra a far parte del precetto – viene ordinariamente dalla giurisprudenza ricondotto all'errore di diritto, che, diversamente dall'errore sul fatto, non è di per sé idoneo ad escludere il nesso psichico se non quando sia scusabile[40].

[40] *"Tuttavia, con riferimento al criterio dei tassi-soglia, la difficoltà insita nella individuazione della macrocategoria cui rapportare il contratto in concreto e la complessità del calcolo degli interessi nell'operazione posta in essere potrebbero dar luogo ad ipotesi, non del tutto remote, di false rappresentazioni non necessariamente riconducibili all'errore sul diritto, bensì a quello sul fatto. Per esempio, l'usurarietà degli interessi da corrispondere nell'ambito della specifica pattuizione posta in essere che si riveli essere frutto di un mero errore di calcolo, sembra dar luogo ad un errore 'di fatto' che non coinvolge la norma extrapenale. Più controversa si rivela la tematica dell'errore sul fatto derivante da errore su norma extrapenale (art. 47 comma 3 c.p.): riconoscere operatività a tale disposizione nella materia in esame, non è, com'è noto, senza conseguenze, giacché l'error iuris, contrariamente all'errore sul fatto, non è idoneo, di per sé, ad escludere il nesso psichico se non quando sia scusabile; d'altronde, l'errore su norma extrapenale viene per solito ricondotto dalla giurisprudenza all'errore di diritto secondo la teoria dell'incorporazione, la quale*

Da altri ancora, più semplicemente, non si ravvisano elementi soggettivi di reato nei comportamenti di quegli intermediari che, effettuando la verifica del rispetto della l. 108/96 seguendo le 'Istruzioni' della Banca d'Italia e le prescrizioni dei decreti ministeriali, escludendo le C.M.S., risultano aver praticato interessi al di sotto della soglia: nei fatti e circostanze determinatesi sino a tutto il '09, si ravvisano pregnanti elementi di configurabilità dell'errore di diritto scusabile[41].

---

suppone che la disposizione richiamata entri a far parte del precetto cosicché l'errore su quest'ultima finisce pressoché sistematicamente per divenire 'sul divieto'.". (Usura e mediazione creditizia, D. Manzione, Giuffré, 1998).

[41] Tale giudizio è stato espresso da D. Gallo, estensore della sentenza della Cassazione Pen. n. 12028/10, prima della successiva pronuncia n. 46669/11: *"La nuova disciplina che ha innovato il reato di usura ancorando l'usurarietà degli interessi ad un dato oggettivo, frutto di indicatori elaborati dall'autorità amministrativa competente, presenta il vantaggio di aver eliminato la discrezionalità del giudice nel definire gli elementi essenziali del reato, ma, come rovescio della medaglia, presenta il grave inconveniente di una rigidità eccessiva che l'interprete non può correggere. Infatti è sufficiente che in una determinata relazione venga superata anche di un solo euro la soglia del tasso usurario perché venga integrato (almeno in senso oggettivo) il reato d'usura, con tutte le conseguenze che ciò normalmente comporta in termini di intervento della giurisdizione penale. L'ingresso del giudice penale, infatti, all'interno delle relazioni bancarie è un po' come l'ingresso di un elefante in un negozio di cristalleria. Per questo andrebbe limitato ai casi di vera patologia.*

Per ovviare a tali inconvenienti – de iure condendo – bisognerebbe pensare a dei meccanismi di flessibilizzazione della condotta punibile come quelli introdotti con il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, di cui all'art. 316 ter c.p., che prevede che – permanendo l'illeceità del fatto – la sanzione penale scatta soltanto al di sopra di una certa soglia quantitativa.

Non v'è dubbio, però, che qualora si sia in presenza di una minima esondazione degli interessi dalla soglia fissata dalla legge, l'irrilevanza del valore economico possa essere presa in considerazione dal giudice sotto il profilo della valutazione dell'elemento soggettivo, che nel reato di usura consiste nel dolo generico, vale a dire nella coscienza e volontà di applicare al mutuatario un tasso effettivo globale superiore alla soglia di legge.

Quid iuris per la condotta di quegli intermediari finanziari che, nel periodo che va dal 2 aprile 1997 al 31 dicembre 2009 abbiano praticato alla clientela interessi che risultavano sotto soglia, se calcolati in conformità alle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia e ai conseguenti decreti ministeriali (che escludevano le C.M.S.), ma che risultano extra soglia sulla base dell'interpretazione dell'art. 644 c.p., comma IV, fornita dalla Cassazione 12028/10? Orbene non può essere revocato in dubbio che – in tale fattispecie – difetta l'elemento soggettivo del reato in testa a quegli operatori finanziari che hanno praticato alla propria clientela un TEG che, escludendo le C.M.S., sia rimasto al di sotto della soglia legale d'usura, facendo affidamento sulle disposizioni dell'autorità amministrativa.

Nel caso preso in esame dalla predetta sentenza della Cassazione, il giudice di merito (il Gup) aveva escluso la configurabilità dell'errore di diritto scusabile, ai sensi dell'art. 5 del codice penale, come modificato dalla sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale, cio-

Prima della legge 108/96 il reato di usura previsto dall'art. 644 c.p. risultava punibile soltanto a titolo di dolo diretto, necessitando la consapevolezza dello stato di bisogno in cui versava la persona finanziata. Nel delitto d'usura delineato dalla legge 108/96 viene meno l'imprescindibile necessità dello stato di bisogno e il dolo non appare esclusivamente circoscritto alla coscienza e volontà di concludere un contratto di finanziamento con la consapevolezza che gli interessi pretesi sono superiori al limite di legge[42]. Con la fissazione della soglia, oggettivizzando l'illecito, si ritiene che il reato possa essere punito anche a titolo di dolo generico ed eventuale: è sufficiente la semplice possibilità del verificarsi di condizioni d'usura, di cui si sia accet-

---

nonostante aveva ritenuto insussistente l'elemento soggettivo, in testa ai funzionari di banca incriminati, osservando che 'la minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti, la episodicità dei superamenti stessi nel corso di rapporti bancari analizzati per un lungo lasso di tempo (ben sei anni), la presenza di normativa secondaria di settore, solo successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia, la certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti, costituiscono granitici indici fattuali che depongono per la certa insussistenza dell'elemento psicologico, non potendosi, in loro presenza, ragionevolmente ritenere la sussistenza della consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria.'

La Cassazione, con la pronunzia in parola, ha confermato le conclusioni del Gup in ordine alla insussistenza dell'elemento soggettivo, tale essendo l'oggetto del giudizio, ma ciò non vuol dire che abbia escluso la configurabilità dell'errore di diritto scusabile nei limiti di cui all'art. 5 c.p..

Sul punto non è stata emessa alcuna pronunzia che abbia valore nomofilattico. Pertanto, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, rimane sempre valida – in astratto – la configurabilità dell'errore di diritto scusabile, istituto che appare particolarmente appropriato nella fattispecie in esame.

Questo ci consente di concludere che – in base all'id quod plerumque accidit – malgrado l'indirizzo interpretativo fornito da Cassazione n.12028/10 in relazione alla necessità di includere la C.M.S. nel calcolo del TEG, non ci dovrebbero essere rischi di criminalizzazione di quei funzionari bancari o di altri enti che abbiano superato la soglia punibile, nei tassi praticati alla clientela, solo in virtù dell'applicazione della C.M.S..". (Cons. Domenico Gallo, La sentenza Cass. N. 12028 del 26/3/10 ed il rischio di tassi usurari alla luce del calcolo del Tasso Effettivo Globale, Convegno su tema 'Novità in tema di anatocismo e implicazioni per le banche', Milano 5 aprile 2011).

[42] Rimane, accanto all'usura ex lege o presunta, l'usura c.d. 'concreta'. L'art. 644 c.p., al 3° comma prevede: "*Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e agli altri vantaggi o compensi, che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e del tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati i promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*". Questa viene a costituire un'ipotesi alternativa ed integrativa, potendosi considerare anche 'gli altri vantaggi', non collegabili direttamente ad oneri e spese attinenti il credito erogato.

tato il rischio. "C*on la semplificazione introdotta dalla summenzionata legge* (108/96), *per le ipotesi contemplate ai commi 1 e 2, si ritiene sufficiente il dolo generico, anche nella sua forma eventuale: nell'oggetto della rappresentazione dell'agente dovrà necessariamente essere compresa l'entità illegale del corrispettivo avuto in promessa o percepito. Anche in riferimento al comma 3, non essendo necessario il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno, considerato da molti incompatibile con una rappresentazione del fatto in forma di dolo eventuale, è da considerarsi utilizzabile la figura del dolo eventuale."*. (Bonora, L'usura, CEDAM, 2007, pag. 70).

"*L'intenzione malvagia dell'usurario e la volontà dell'abuso e dell'approfittamento, nell'usura presunta ex lege, passano in secondo ordine, non essendo più necessarie, assumendo importanza decisiva la rappresentazione del probabile, o anche solo possibile, superamento del tasso soglia usurario come evento voluto o accettato nell'eventualità che si verifichi.*" (…) "*D'altronde, la finalità perseguita dal legislatore con l'usura bancaria è stata quella di favorire un'applicazione quasi automatica del reato, legata al superamento del tasso soglia e con un dolo ridimensionato rispetto alla sua configurazione tradizionale, quasi a fare di tale delitto uno strumento di garanzia della corretta erogazione del credito a tutela dei soggetti e delle categorie sociali più esposte agli abusi del mercato bancario.*" (Flavio Cusano, La relazione banca cliente, Direkta 2011).

La dottrina ha avuto modo di rilevare che 'il dolo eventuale designa l'area dell'interpretazione soggettiva dagli incerti confini in cui l'evento non costituisce l'esito finalistico della condotta, né è previsto come conseguenza certa o altamente probabile: l'agente si rappresenta il possibile risultato della sua condotta e ciò nonostante s'induce ad agire accettando il rischio che l'accadimento abbia luogo'[43].

[43] La Cassazione S.U. ha ritenuto che dal punto di vista normativo "*è volontà anche il fatto del soggetto che si rappresenta il verificarsi dell'evento quale conseguenza accessoria, possibile della propria condotta (accettazione del rischio di produrre l'evento), purché questo comportarsi sia accompagnato da un atteggiamento di disprezzo verso il bene particolare e concreto che viene offeso dall'evento in questione", risultando in tale contesto decisiva "la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento", perché in tali casi "la riprovevolezza dell'agente appare, nei casi di dolo eventuale, equivalente a quella caratteristica del dolo intenzionale e del dolo diretto.*

La giurisprudenza di questa Suprema Corte ha prevalentemente posto l'accento, quale elemento di discrimine tra le due ipotesi, sul criterio della accettazione del rischio. In particolare, si è chiarito che sussiste il dolo eventuale quando "chi agisce non ha il proposito di cagionare l'evento delittuoso, ma si rappresenta la probabilità - od anche la semplice possibilità - che esso si verifichi e ne accetta il rischio" (Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1991, n. 3428/1992); quando "l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenti la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria condotta, e ciononostante agisca accettando il rischio di cagionarle" (Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 3571); quando l'agente ha "la consapevolezza che l'evento, non direttamente voluto, ha la probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione nonché dell'accettazione volontaristica del rischio" (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2003, n. 748/1994).

In sostanza, deve ritenersi che sussiste il dolo eventuale quando l'agente accetta il rischio che quell'evento si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi, di conseguenza, anche a costo di determinarlo; sussiste, invece, la colpa, cosciente, aggravata dalla previsione dell'evento, quando l'agente, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisca, tuttavia, nella previsione e prospettazione che esso non si verifichi; nel primo caso egli accetta quel possibile evento prospettatosi (volizione), nel secondo caso, viceversa, egli non consente alla verificazione dell'evento medesimo (non-volizione).

Ponendosi, in tale contesto, l'accento sul concetto di prevedibilità dell'evento, pure si è altra volta chiarito che il dolo eventuale è ravvisabile quando l'evento medesimo si presenti come concretamente possibile, mentre si versa in ipotesi di colpa cosciente, con previsione dell'evento, quando la verificabilità dell'evento si inveri in una previsione meramente astratta, non concreta (cfr. Cass. Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712; id. Sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, e la giurisprudenza in esse richiamata).

Focalizzandosi, dunque, l'attenzione sulla "accettazione del rischio", appare tuttavia al Collegio necessario sgomberare il campo da un possibile equivoco che potrebbe annidarsi nel mero ed anodino richiamo a tale espressione: richiamando e rimarcando quanto al riguardo si è già sopra considerato, l'accettazione non deve riguardare solo la situazione di pericolo posta in essere, ma deve estendersi anche alla possibilità che si realizzi l'evento non direttamente voluto, pur coscientemente prospettasi. Posto che il dolo eventuale è pur sempre una forma di dolo e che l'art. 43, 1° c., 1° cpv., c.p. richiede non soltanto la previsione, ma anche la volontà di cagionare l'evento, "la forma più tenue della volontà dolosa, oltre la quale si colloca la colpa (cosciente), è costituita dalla consapevolezza che l'evento, non direttamente voluto, ha la probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione nonché dell'accettazione volontaristica di tale rischio" (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, n. 748/1994, cit.); che altrimenti si avrebbe la (inaccettabile) trasformazione di un reato di evento in reato di pericolo (con la estrema ed improponibile conclusione, per rimanere nel panorama tematico che la fattispecie dischiude, che ogni qualvolta il conducente di un autoveicolo attraversi col rosso una intersezione regolata da segnalazione semaforica, o non si fermi ad un segnale di stop, in una zona trafficata, risponderebbe, solo per questo, degli eventi lesivi eventualmente cagionati sempre a titolo di dolo eventuale, soltanto in virtù della violazione della regola cautelare e della conseguente situazione di pericolo scientemente posta in essere).' (Cass. Civ., sez. IV, sentenza 18 febbraio - 24 marzo 2010, n. 11222)**.**

Secondo la Cassazione "*nell'economia del dolo eventuale sono di decisivo rilievo gli 'indici di allarme', sintomi eloquenti del fatto in itinere. Della loro relativa consapevolezza soltanto (e non dell'accadimento nella sua compiuta fisionomia) deve darsi pieno riscontro in capo all'imputato, preposto alla posizione di garanzia"* (Cass. Pen. Sez. V, 5/11/08-9/12/08, n. 3976).

Recentemente la Cassazione, Sez. II Pen. n. 46669 del 23/11/11, ha ravvisato, nelle circostanze che hanno accompagnato l'applicazione della legge 108/96, quegli elementi di errata interpretazione, determinati da un atto della pubblica amministrazione o da un orientamento giurisprudenziale univoco e costante, dai quali l'agente può aver tratto la convinzione della correttezza dell'interpretazione normativa e, di conseguenza, della liceità della sua condotta.

"Non è scusabile, in linea di principio, da parte di un istituto di credito, l'errore riferibile al calcolo dell'ammontare degli interessi usurari trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota nell'ambiente bancario, non presenta in sé particolari difficoltà.
Tale dovere è particolarmente rigoroso nei confronti degli organi di vertice della banca, essendo per costoro particolarmente accentuato il dovere di informazione sulla legislazione in materia, esistendo sempre un obbligo incombente su chi svolge attività in un determinato settore di informarsi con molta diligenza sulla normativa esistente e, nel caso di dubbio, di astenersi dal porre in essere la condotta.
Invece, la scusabilità dell'ignoranza e l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta ogni qualvolta l'errore sia stato originato da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complesso pacifico orientamento giurisprudenziale da cui l'agente abbia tratto il convincimento della certezza della interpretazione e conseguentemente della liceità del comportamento futuro in forza della sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale (cfr per tale orientamento, Sez. 4, sentenza n. 32069 del 15/7/10 Cc. dep. 18/8/10, Riv. 248339)." (Cass. II Pen, n. 46669 del 32/11/11).

La Cassazione ha pertanto ritenuto che le Istruzioni della Banca d'Italia, in vigore fino al secondo semestre '09, che non prevedevano l'inclusione delle CMS nel calcolo del TEGM e la pubblicazione di tale valore da parte del MEF, con la precisazione che i tassi non erano comprensivi delle CMS – unitamente alla mancanza di un orientamento giurisprudenziale all'epoca contrario - abbiano costituito elementi suf-

ficienti ad escludere ogni incertezza nell'impiego dei criteri di verifica adottati dagli intermediari finanziari.

"Nel caso di specie, invece, la mancanza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità, sia civile che penale, che ritenesse illecita tale prassi bancaria, sviluppato poi successivamente, nessuna censura di mancanza di doverosa prudenza può essere posto a carico dei Presidenti delle banche (l'argomentazione é riferita ai Presidenti, soli imputati del procedimento, quali componenti del Consiglio di Amministrazione) *e, in base a tale duplice valutazione, non può ritenersi violato il dovere di diligenza nella ricostruzione dei criteri applicabili ai fini della individuazione del tasso soglia a carico degli organi di vertice degli istituti bancari.".*

Come si può rilevare la Cassazione fonda l'insussistenza dell'incertezza, all'epoca dei fatti, su due aspetti, la posizione assunta dalla Banca d'Italia e la mancanza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità contrario, *'sviluppato poi successivamente'*[44].

[44] Al riguardo si osserva che i fatti esaminati si riferiscono al periodo compreso fra il '99 e il '02. Tralasciando posizioni dottrinali che sin dai primi anni di applicazione della legge 108/96 avevano sollevato dubbi sull'esclusione della CMS dal calcolo del TEGM, un primo rilevante rilievo sulla CMS è intervenuto nel '02 ad opera della Cassazione civ. Sez. III, n. 11772 del 6/8/02, che ha precisato: *"o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi - ed è il caso di specie - o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto.".*
Successivamente nel '06 la Cassazione ha chiaramente definito le C.M.S. come "*la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*." (Cass. 18/01/06 n. 870).
Dal '06, i dubbi ed incertezze sulla liceità dell'esclusione della CMS dalla verifica dei limiti d'usura, sono venuti assumendo apprezzabile rilievo. La Banca d'Italia nella nota Circolare del 2/12/05 segnalava agli Istituti di credito: '*nell'ambito dei contatti intercorsi con le autorità inquirenti e dall'esame dei dati trasmessi dai soggetti vigilati nel quadro della 'rilevazione, sono emersi dubbi interpretativi in merito all'eventuale impatto sulle condizioni*

2.3 Usura sopravvenuta e prescrizione.

Il delitto d'usura è stato tradizionalmente considerato un reato istantaneo, che si realizza anche con la semplice promessa o pattuizione di interessi ed altri vantaggi usurari. Le modifiche introdotte dalla legge 108/96 inducono elementi innovativi in tema di prescrizione e consumazione del reato. L'art. 644 ter, introdotto dalla legge, dispone che "*La prescrizione del reato d'usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale"*. Ciò supera la natura di reato istantaneo, inducendo una lettura della struttura del reato 'a condotta frazionata' o 'a condotta prolungata'[45].

La riscossione di interessi usurari rientra nel fatto lesivo penalmente rilevante, indipendentemente che sia preceduta o meno da una promessa o pattuizione di interessi usurari. In questo quadro concettuale va intesa la l. 24/01 di interpretazione autentica della l. 108/96, che all'art. 1, comma 1°, stabilisce che "*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento*

---

economiche complessivamente applicate alla clientela della commissione di massimo scoperto, come è noto oggetto di specifica rilevazione.".

[45] *"In tema di delitto di usura, la riscossione degli interessi dopo l'illecita pattuizione integra il momento di consumazione e non costituisce un "post factum" penalmente irrilevante (La Corte ha precisato che il delitto di usura si atteggia a delitto a consumazione prolungata, che perdura nel tempo sino a quando non cessano le dazioni degli interessi)."* (Cass. Pen., Sez. II, 10/7/2008, n. 34910).

"*Tale norma, che ha l'evidente ragione di politica criminale di rendere più efficace la lotta all'usura, ha la finalità di far decorrere la prescrizione del reato solo quando siano scomparsi interamente i vincoli di soggezione economica tra l'usurato e l'usurario. Tra questi soggetti, infatti, la relazione usuraria si svolge generalmente per un lungo periodo (a volte senza fine) e si esaurisce solo quando l'usurato, che nel corso del rapporto non ha avuto il coraggio di denunciare il reato, avendo soddisfatto fino in fondo il debito usurario o essendosi in altro modo sottratto al giogo dello strozzino, lo denuncia e testimonia contro di lui. Con tale norma, peraltro, il legislatore ha voluto anche superare a piè pari il problema dell'asserita liceità penale della riscossione delle somme, con le quali il cliente estingue il debito usurario nella sua fase finale – che si eccepiva fossero imputabili alla restituzione (lecita) del capitale prestato e non al pagamento (illecito) degli interessi corrispettivi usurari.*" F. Cusani, intervento al Convegno "*Anatocismo, Ius variandi e Usura nei rapporti bancari*", ASSOCTU, Centro Congressi dell'Università "*Sapienza*", 24 febbraio 2012.

del loro pagamento". Il reato di usura ha conservato una sua natura istantanea, non lasciando spazio alcuno all'usura sopravvenuta: il reato non è permanente, sono gli effetti che risultano permanenti, giustificando la menzionata prescrizione dell'art. 644 c.p.[46].

La legge 24/01 ha solo individuato nella pattuizione il momento nel quale individuare la soglia il cui superamento determina usura, ma non ne ha modificato la struttura.

"*Il reato di usura appartiene al novero dei reati a condotta frazionata o a consumazione prolungata perché i pagamenti effettuati dalla persona offesa in esecuzione del patto usurario compongono il fatto lesivo penalmente rilevante, di cui segnano il momento consumativo sostanziale, e non sono qualificabili come "post factum" non punibile della illecita pattuizione"* (Cass. Pen., Sez. II, 12/6/2007, n. 26553, Cfr. anche Cass. Pen., Sez. II, 10/7/2008, n. 34910)[47].

---

[46] *Poiché, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 7 marzo 1996 n. 108, si deve ritenere che il reato di usura sia annoverabile tra i delitti a "condotta frazionata" o a "consumazione prolungata", concorre nel reato previsto dall'art. 644 c.p. solo colui il quale, ricevuto l'incarico di recuperare il credito usurario, sia riuscito a ottenerne il pagamento; negli altri casi, l'incaricato risponde del reato di favoreggiamento personale o, nell'ipotesi di violenza o minaccia nei confronti del debitore, di estorsione, posto che il momento consumativo del reato di usura rimane quello originario della pattuizione. Posto che l'usura è un delitto a consumazione prolungata o a condotta frazionata, colui il quale riceve l'incarico di recuperare il credito usurario e riesce ad ottenerne il pagamento concorre nell'illecito "de quo", in quanto con la sua azione volontaria fornisce un contributo causale alla verificazione dell'elemento oggettivo del reato. Ben diversa è invece la situazione nel caso in cui il soggetto non riesca ad ottenere il pagamento del credito usurario. In tal caso il momento consumativo del reato di usura resta quello originario della pattuizione, anteriore alla data dell'incarico: ne consegue che a tale delitto non può concorrere il "mero esattore" scelto in epoca successiva. Né può parlarsi di tentata usura da parte dell'"esattore", considerata la natura unitaria del reato di cui all'art. 644 c.p*. (Cassazione Penale Sez. II del 13 ottobre 2005 n. 41045).

[47] In talune prospettazioni dottrinali e giurisprudenziali la nuova consapevolezza dell'usura come reato a consumazione prolungata è stata fraintesa*: da siffatta premessa si è fatta discendere, come se ne fosse una conseguenza inevitabile, la perdita del parametro di riferimento certo dell'usurarietà dei tassi, che diventerebbe 'flottante' di trimestre in trimestre. Si era affermato da più parti (…) il convincimento che attribuire rilevanza penale alla fase esecutiva del rapporto usurario implicasse necessariamente l'alternativa fra il costante aggiornamento del contratto alla luce dei tassi di volta in volta stabiliti al tempo di ogni corresponsione di interessi e l'andamento 'sinusoidale' del delitto, dal momento che il contratto potrebbe nascere lecito, divenire usurario alla variazione dei tassi (o viceversa) e*

Secondo altra formulazione il delitto è a schema duplice, '*costituito da due fattispecie – destinate strutturalmente l'una ad assorbire l'altra con l'esecuzione della pattuizione usuraria – aventi in comune l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi o vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, delle quali l'una è caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l'altra dalla sola accettazione del sinallagma a esso preordinato. Nella prima fattispecie (...) l'illecito (...) si consuma con il pagamento del debito. Nella seconda fattispecie, invece, (...) il reato si perfeziona con la sola accettazione dell'obbligazione rimasta inadempiuta*'. (Cass. N. 41595/06).

Nei rapporti di conto, la violazione dell'art. 644 c.p. non è circoscritta alla semplice pattuizione degli interessi usurari ma si estende al momento consumativo del reato: il pagamento di interessi usurari viene a costituire parte integrante dal quale, per altro, inizia a decorrere la prescrizione. *"Il reato di usura non è delitto istantaneo ad effetti permanenti, bensì a consumazione prolungata, la quale perdura fino a che non cessi la dazione degli interessi usurari convenuti; tale dazione segna il momento consumativo sostanziale del reato anche ai fini della prescrizione (nel caso concreto è stato perciò affermato che il termine di prescrizione doveva considerarsi decorrente dalla data dell'ultima dazione e non della pattuizione usuraria, risalente questa al 1992)".* (Cass. Pen. Sez. II, 5/11/2008, n. 45361).

---

magari, rientrare successivamente nella condizione originaria. (D. Manzione, Usura e mediazione creditizia, Giuffré 1998). Una simile lettura non risponde alla effettiva dimensione offensiva del delitto, puntualmente recepita dalla norma incriminatrice. L'agente che 'si faccia dare' gli interessi o i diversi vantaggi pattuiti, lungi dal determinare la produzione di meri effetti del reato, realizza una condotta penalmente tipica: soltanto, però, quando ciò accada in conformità a una stipulazione usuraria, contestuale e implicita o antecedente ed esplicita, cui la ricezione materiale dia esecuzione. La precisazione è determinante. Il 'farsi dare' interessi ed altri vantaggi usurari rileva come condotta del delitto non in quanto costituisce mera ricezione di un lucro di per sé ingiustificato – per questa ragione l'art. 644 scriveva, e scrive tuttora, che è punito non il ricevere ma il farsi 'dare' - bensì in quanto ad ogni dazione si rinnova, portandosi a realizzazione sempre più piena, l'approfittamento dell'altrui debolezza, radicatosi nell'avvenuta stipulazione. Solo tale atto, infatti, ha il potere di radicare lo sfruttamento usurario – per cui è pur sempre al momento dell'accordo che deve verificarsi la sussistenza di tutti i requisiti dell'usurarietà del fatto – nonché quello di unificare tutte le successive corresponsioni nella medesima condotta delittuosa. (A. Boido, Usura e diritto penale, CEDAM, 2010).

Seguendo i principi dettati dalla Cassazione Civ. S.U. n. 24418/10, gli eventuali interessi usurari addebitati in conto, se non intervengono rimesse aventi natura solutoria, possono permanere contabilizzati nel saldo sino al termine del rapporto[48].

Un problema specifico si pone per l'usura sopravvenuta, sia in relazione ai contratti risultanti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge 108/96, sia in relazione dei contratti che prevedono inizialmente un tasso lecito (sotto la soglia) ma che successivamente, a seguito delle variazioni in diminuzione del tasso soglia, viene a debordare quest'ultimo.

Il D.L. 394/00 conv. in legge 24/01, intervenendo a distanza di qualche anno, aveva stemperato il rigore formalistico nell'applicazione della legge 108/96 prevedendo, come menzionato, che per l'applicazione dell'art. 644 c.p. occorre far riferimento al momento della pattuizione[49]. La norma, a cui si attribuiva un valore di in-

[48] Sul piano civile l'usura risulta allineata alla fattispecie delittuosa, assumendo una funzione del tutto ancillare al piano penale. Per altro all'usura è applicabile l'art. 331 c.p.p., per cui è previsto l'obbligo, per il giudice civile o amministrativo, di denunciare la circostanza al pubblico ministero. "*Dall'esame di tale disposizione (art. 331, 4° comma, c.p.p.) emerge poi che è sufficiente il fumus del reato (… un fatto nel quale si può configurare un reato) e che il legislatore ha ritenuto che, in tali ipotesi, l'autorità procedente debba redigere e trasmettere la denuncia 'senza ritardo' proprio per non ritardare tutte le valutazioni ed attività – anche investigative – che ricadono nella competenza del pubblico ministero al fine di valutare l'effettiva rilevanza dei fatti denunciati e la sussistenza dell'obbligo di esercizio dell'azione penale. (…) Potendo emergere il fumus dell'usurarietà o estorsività della pretesa anche dall'esame degli atti e documenti prodotti dalle parti o, comunque, presenti nel fascicolo, e considerato che spetterà, poi, al pubblico ministero valutare l'eventuale, o meno, rilevanza penale, una corretta interpretazione dell'art. 331 c.p.p. nonché la tutela dell'ordine pubblico, oltre che dei beni protetti dalle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 629 e 644 del codice penale, dovrebbe, ad avviso di chi scrive, imporre la suddetta trasmissione degli atti non appena si ravvisi detto fumus non essendo sempre necessario attendere la definizione del giudizio*." (R. Di Napoli, Anatocismo e vizi nei contratti bancari, 2013, Maggioli Editore).

[49] Al riguardo la Corte Costituzionale si era espressa nei seguenti termini: "*A tale riguardo occorre muovere dalla constatazione che la ratio della legge n. 108 del 1996, quale risulta con chiarezza dai lavori preparatori, è quella di contrastare nella maniera più incisiva il fenomeno usurario. Siffatta finalità è stata essenzialmente perseguita, per ciò che interessa il presente giudizio, da un lato rendendo più agevole l'accertamento del reato, attraverso l'individuazione di un tasso obiettivamente usurario e la trasformazione dell'approfittamento dello stato di bisogno, di difficile prova, da elemento costitutivo del reato a circostanza aggravante, dall'altro inasprendo le sanzioni penali e civili connesse alla condotta illecita (artt. 1 e 4 della legge).*

terpretazione autentica della legge 108/96, è stata generalmente intesa ritenendo inapplicabile la legge 108/96 ai rapporti precedenti. Sia per i mutui in essere, nel caso di discesa dei tassi di mercato, riflettenti una soglia inferiore al tasso convenuto in contratto, sia per i finanziamenti a tasso variabile, ancorato ad un parametro predeterminato, posto al di fuori della volontà delle parti, l'eventuale superamento del tasso soglia al momento del pagamento della rata, non si è ritenuto comportasse alcuna ipotesi di modifica del tasso applicabile.

Al riguardo una recentissima sentenza della Cassazione (602/13) ha condotto ad una rivisitazione dei principi applicativi della legge 108/96: "*Per i rapporti in corso all'entrata in vigore della L. n.108/96, che all'art.1 ha introdotto il tasso soglia usurario, ove l'interesse applicato venga a collocarsi, in un momento successivo, al di sopra della soglia vigente, per il combinato disposto degli artt. 1419 co. 2 e 1339 c.c., a mente del principio dell'inserimento automatico di clausole al posto di quelle nulle, esso è sostituito dal valore soglia.*"[50].

Assodato, dunque, che la legge di cui si tratta risulta dettata dall'esclusivo e dichiarato intento di reprimere una specifica fattispecie di illecito, non può non rilevarsi come fosse sorto - in giurisprudenza ed in dottrina - il dubbio (risolto con esiti interpretativi diversi) circa gli effetti, ai fini penali e civili, da riconnettere all'ipotesi in cui, nel corso del rapporto, il tasso soglia discenda al di sotto del tasso di interessi convenzionale originariamente pattuito.

La norma denunciata trova giustificazione, sotto il profilo della ragionevolezza, nell'esistenza di tale obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare [...] interessi [...] usurari" e "facendo dare [...] un compenso usurario" di cui all'art. 644 cod. pen., in rapporto al tenore dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlativi sul rapporto di mutuo.

L'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone - tra le tante astrattamente possibili - un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza." (Corte Costituzionale, Sentenza n. 29 del 14-25 febbraio 2002).

[50] Un analogo indirizzo aveva assunto anche l'Arbitro Bancario Finanziario nella decisione n. 620 del 29/2/12: *"il superamento del tasso soglia sopravvenuto all'entrata in vigore della legge n.108 del 1996 non determina la configurazione del reato di usura, né comporta la nullità della relativa clausola contrattuale ai sensi dell'art. 1815, comma 2 c.c.. Tuttavia, il Collegio ritiene che l'applicazione dei tassi superiori alla soglia di usura, benché non sanzionabile, sia tuttavia in contrasto con l'art. 2 della citata legge n. 108/1996,*

Il problema dell'usura sopravvenuta, osserva A. Dolmetta[51], *non si pone solo come problema di diritto intertemporale. Si pone altresì (ma in fondo soprattutto, visto il tempo ormai passato) per i contratti stipulati successivamente al '96, in cui gli interessi sono poi risultati – trimestre di maturazione per trimestre di maturazione – usurari.* Una lettura estensiva della legge 24/01condurrebbe a circostanze nelle quali *i mutui con carico non usurario al tempo della stipula conquisterebbero, pare, una patente di immunità (anche quelli a tasso variabile, pare). Questa soluzione tuttavia, non è convincente; essa risulta sin troppo meccanicistica. Al di là di ogni rilievo sulla natura intertemporale, in effetti, la legge n. 24/2001 viene unicamente a escludere l'applicazione della peculiare sanzione prescritta dal comma 2 dell'art. 1815 c.c. alle ipotesi di c.d. usura sopravvenuta (rispetto al tempo della conclusa pattuizione). Non già a negare ogni rilevanza alla medesima.* Nella circostanza appare più corretto ed equo l'applicazione degli artt. 1419 e 1339 c.c. con la riconduzione del tasso al limite della soglia.

La previsione normativa di cui all'art. 1815 c.c., ancorché introdotta tra le norme che disciplinano il mutuo, ha carattere generale ed è applicabile ad ogni tipo di finanziamento: "*E', anzitutto, privo di giuridico fondamento il rilievo che la L. 28 febbraio 2001, n. 24 di interpretazione autentica della L. 7 marzo 1996, n. 108, si applichi solo ai contratti di mutuo (e non quindi a quelli di conto corrente). Di vero, la norma prescinde dalla qualificazione del rapporto in cui siano convenuti interessi usurari e il generale richiamo all'art. 644 c.p. ne estende il campo di applicazione a tutte le fattispecie negoziali in concreto penalmente sanzionate*" (Cass. Pen. Sez. I, n. 15621/07).

---

norma imperativa sopravvenuta ispirata ad un generale principio di non abuso del diritto, che impone l'adeguamento degli interessi a suo tempo stipulati in modo che non risultino in contrasto con la norma stessa (cfr. in tal senso Trib. Milano 15.10.2010). L'applicazione di interessi superiori alla soglia di usura, dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996, evidenzia altresì un comportamento contrario a buona fede, sicché anche sotto questo profilo si impone una rideterminazione degli stessi entro i limiti della soglia di usura".

[51] A.A. Dolmetta, La Cass. 602/2013 e l'usurarietà sopravvenuta, doc. n. 333/12, in: ilcaso.it.

Si distinguono le circostanze che possono ricorrere nei rapporti bancari regolati in conto, aperture di credito, anticipazioni, ecc., parametrati a tassi monetari[52]. Per i casi di usurarietà sopravvenuta determinata da una riduzione della soglia

[52] Si sottolinea da parte di taluni la particolare distinzione fra il mutuo e i finanziamenti in conto: "*All'uopo occorre evidenziare che il sistema di rilevazione della soglia, al di sopra della quale l'interesse è da ritenere sempre usurario ai sensi dell'art. 2, ult. Co., l.n. 108/96, è tutto da sempre incentrato, per i mutui ed operazioni similari, sul momento della pattuizione. Di contro, per l'apertura di credito (nonché per finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, per factoring e per credito revolving) riferimento per la base di calcolo continuano ad essere le 'competenze di pertinenza del trimestre. Nel primo caso rileva il momento della stipulazione del contratto, sia pur risalente nel tempo, nel secondo caso, in cui l'interesse è sovente destinato a mutare nel corso del tempo per decisione unilaterale da parte dell'istituto finanziatore, assume il ruolo centrale, al fine della usurarietà degli interessi, il tasso effettivamente praticato dall'istituto di credito nel trimestre immediatamente precedente, senza tener in alcun cale quello originariamente pattuito. L'estendere a tutte le fattispecie negoziali, che possono contenere la pattuizione d'interessi usurari, la valutazione al momento della conclusione dell'accordo sul punto comporta ancora una volta il rischio (e la sostanziale ingiustizia) di comparazione tra classi di grandezza disomogena (interessi pattuito o promesso e interesse nel corso del rapporto praticato), che prima dell'avvento della normativa interpretativa della legge antiusura si era verificata per i mutui e per i prestiti in genere. L'incongruenza di un'interpretazione, per così dire, estensiva del d.l. 29/12/00, n. 394, per come all'apparenza propugnata dalla giurisprudenza, diviene ancora più palpabile sol che si consideri che trattasi, tra l'altro, di rapporti in relazione ai quali è consentito per legge alla banca l'esercizio nel corso del rapporto dello ius variandi (art. 118 t.u.b.). Una volta pretermessa la rilevanza del tasso praticato nel corso del rapporto in luogo di quello pattuito, rischia di non essere oggetto di alcuna valutazione in sede penale e civile un significativo incremento del tasso (quello praticato appunto) successivamente alla conclusione del contratto di apertura di credito, normalmente di durata indeterminata. Operandosi la valutazione della natura usuraria dei tassi di interesse al momento della convenzione e non a quello della dazione, il mutamento del tasso intervenuto nel corso del rapporto, a seguito di consapevole e volontario esercizio di tale potere della banca, non sarà suscettibile di valutazione alcuna sotto il profilo della ricorrenza dell'usura, che continuerà a commisurarsi con riguardo al tasso originariamente pattuito. (…) aggiungasi che la disciplina di cui alla legge n. 108/96, quale norma penale parzialmente in bianco, è integrata e completata nel suo carattere imperativo di fattispecie incriminatrice proprio dalle Istruzioni della Banca d'Italia, di cui si è detto, e che, con riguardo alla rilevazione dei tassi soglia per l'operazione di apertura di credito, individuano come termine di riferimento per il calcolo, non già l'interesse pattuito ma l'interesse praticato. Se così è riesce difficile comprendere come, una volta rilevata dalla Banca d'Italia la soglia sulla base del tasso praticato tre mesi prima, lo sforamento con riguardo ad operazioni che registrano modificazioni del tasso nel corso del rapporto su iniziativa della banca debba essere verificato confrontando il tasso originariamente pattuito in sede di conclusioni con quello praticato a quell'epoca, se mai risalente a diversi anni prima."* (V. Farina, La ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente, Obbligazioni e contratti n. 11/12).

d'usura, risultando gli effetti del contratto regolati, oltre che dalla volontà delle parti, altresì dai principi di ordine pubblico (integrazione legale degli effetti contrattuali, art. 1339), pur non potendosi applicare la sanzione della non debenza degli interessi, si impone la riduzione degli stessi alle soglie d'usura; nel caso invece in cui la banca eserciti il diritto dello *jus variandi*, la variazione del tasso di interesse e delle condizioni non può che essere conforme al quadro legale del momento: corre pertanto l'obbligo del rispetto della soglia vigente e, ricorrendo circostanze suscettibili di realizzare autonome fattispecie di usura, si applica la sanzione civilistica della non debenza prevista dal comma 2, art. 1815 c.c.[53].

---

[53] " *Una considerazione a parte merita l'ipotesi in cui il superamento del tasso limite avvenga in conseguenza di un atto negoziale del creditore (specie di una banca), cui sia accordato il potere di variare unilateralmente le condizioni del rapporto di finanziamento. In tal caso non può parlarsi propriamente di usura sopravvenuta irrilevante ai sensi del d.l. n. 394/00 ed il giudizio di conformità ai tassi ministeriali deve essere sicuramente rinnovato al momento in cui la modificazione è introdotta, giacché, quantunque non sia ravvisabile, in tale occasione, alcuna 'promessa' né 'convenzione' tra le parti in senso tecnico – secondo la formula adottata dalla norma di interpretazione autentica -, il nuovo assetto contrattuale è immediatamente riconducibile alla volontà del creditore e non già ad eventi a lui estranei. Ciò rende indeclinabile la necessità di valutare l'usurarietà dell'interesse secondo i limiti vigenti quando la variazione ha luogo ed eventualmente di ricorrere agli strumenti repressivi nei confronti del mutuante. Si tratta allora di individuare quali conseguenze determini, in questa ipotesi, il superamento del tasso-soglia, ferma, evidentemente, l'inesigibilità dell'interesse eccedente quest'ultimo. Qui parrebbe delinearsi, in astratto, due soluzioni. Quella maggiormente afflittiva nei confronti della banca sarebbe certamente rappresentata dalla sterilizzazione della clausola usuraria e dell'azzeramento degli interessi, con piena applicazione dell'art. 1815. Sul piano concettuale, si tratterebbe di comminare la sanzione della nullità nei riguardi della porzione di regolamento contrattuale, come risultante per effetto dell'esercizio dello ius variandi; l'atto unilaterale del creditore determinerebbe conseguentemente l'effetto modificativo del rapporto, e l'invalidità (sopravvenuta) colpirebbe quest'ultimo, nella parte, rinnovata, relativa agli interessi.*
Da un punto di vista logico-sistematico, parrebbe per la verità più lineare applicare la sanzione immediatamente nei confronti dell'atto di variazione, che, d'altra parte, è quello cui è direttamente riferibile il giudizio di disvalore. In tale prospettiva, resterebbe sterilizzata la stessa modificazione dell'accordo precedente, sì che dovrebbe continuare ad operare tra le parti il tasso inizialmente fissato. E' inutile sottolineare che le conseguenze, per il creditore, sarebbero assai meno penalizzanti. (…) Se peraltro oggi è vero che il bene giuridico protetto è rappresentato, viceversa, non già o non soltanto dal patrimonio dell'usurato, ma (almeno in via principale) dal corretto e razionale andamento del mercato dei capitali, è chiaro che l'iniziativa del mutuante pregiudica tale bene non diversamente dall'accordo dei partecipanti, con il proprio atto volitivo, anche il mutuatario: specie se titolare dello ius variandi è una banca, ossia un soggetto che opera professionalmente nel settore del credito, la severità della censura conseguente al giudizio di disvalore appare massima in entrambi i casi. L'azzeramento degli interessi risulta, in questo quadro, la

La Corte d'Appello di Reggio Calabria, nella sentenza n. 10971/10, nel riformare la pronuncia, in materia di usura bancaria, del Tribunale di Palmi (n. 1732/07) sul caso del Gruppo De Masi, con riferimento al momento consumativo del reato d'usura ha condiviso quanto espresso dal Tribunale, che ha ritenuto: "*Si è rilevato in premessa che, a seguito di pronunce giudiziarie contrastanti, il Parlamento avvertì la necessità di emanare la Legge di interpretazione autentica 28.2.2001 n. 24 precisando che 'si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualsiasi titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.' (...) La previsione della promessa o della convenzione come momento consumativo del reato non significa affatto che tale momento possa aversi solo nella fase iniziale di un rapporto di credito. E' infatti ben possibile che le condizioni possano cambiare in costanza di rapporto per fatto unilaterale accettato o per accordo bilaterale. Si potrebbe anzi dire che sia questa la situazione fisiologica in un contesto che, come quello creditizio, è estremamente sensibile alle variazioni di mercato. Ora immaginare che la previsione della Legge 108 debba intendersi limitata al solo momento iniziale di un rapporto che ordinariamente è di lunga durata ed è destinato a conoscere numerose modifiche significherebbe dare alla norma un significato palesemente sottostimato rispetto all'evidente ratio legis. Non solo: a questo argomento già di per sé decisivo si aggiunge la previsione dell'art. 644 c.p. secondo il quale la prescrizione dell'usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale. Anche questo, a ben vedere, è un segnale preciso: il legislatore ha inteso prendere in considerazione l'intero arco di durata del rapporto illecito di credito evitando accuratamente che sfugga all'area della rilevanza penale qualsiasi comportamento che si iscriva in esso, partendo dal momento genetico e terminando con l'ultimo atto di esazione. C'è dunque la chiara volontà di perseguire ogni comportamento, quale che sia la fase in cui esso si manifesta, che sia espressivo del reato. E' indubbio allora*

---

sanzione più efficiente dal punto di vista finalistico e più coerente sul piano del sistema." (M. Cian, Appunti su sistema dell'usura civile: complessità del fenomeno reale e rigidità del modello normativo, Studium Iuris, 12/08; Cfr. anche Trib. Busto Arsizio 13/3/12, n. 91).

che l'usura possa concretarsi, sempre che vi sia un riferimento ad interessi promessi o convenuti, in qualsiasi momento del rapporto tra il soggetto agente e la vittima" [54].

Come menzionato per la prescrizione l'art. 644 ter prevede la decorrenza dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale. Il secondo comma dell'art. 157 c.p. stabilisce che "*La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge* (…) *per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti*".

L'art. 644 c.p., nella versione attuale, prevede altresì che "*chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari [c.c. 1448, 1815], è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000*". Pertanto il tempo della prescrizione è stabilito in dieci anni.

Prima dell'intervento di modifica, apportato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, la reclusione prevista era 'da uno a sei anni', mentre l'art. 157 c.p. prevedeva la prescrizione in dieci anni per il delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni. Si ritiene pertanto che anche per l'usura praticata e consumata precedentemente l'entrata in vigore della legge che ha modificato i termini di reclusione, i termini di prescrizione permangono in dieci anni; con la sostituzione del parametro di riferimento della prescrizione, apportata dalla legge di modifica n. 251/05, è rimasto immutato il periodo decennale previsto dalla precedente stesura: non sembra quindi praticabile un *favor rei* che applichi il nuovo parametro di riferi-

[54] Al riguardo, un parere fornito dalla Prima sezione del Consiglio di Stato, del 03 dicembre 2007 (Cfr. http://www.orsiniemidio.it), rileva che, sulla base della L. n. 108/1996 e norme dipendenti, non è possibile limitare il danno subito dall'usurato, quando l'usurario è una banca, solo agli interessi pagati oltre il tasso soglia e considerare lecitamente percepiti gli interessi al di sotto di tale soglia, perché in tale caso si verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento tra l'usura comune, in presenza della quale si ritiene che il danno risarcibile ammonti a tutti gli interessi pagati all'usurario, e l'usura bancaria in presenza della quale il danno risarcibile verrebbe limitato solo agli interessi pagati in eccesso oltre al tasso soglia.

mento dell'art. 157 c.p. (massimo della pena edittale) ai termini di reclusione della precedente stesura dell'art. 644 c.p. (da uno a sei anni)[55].

2.4 Le Commissioni di Massimo Scoperto e le sentenze della Cassazione Penale.

Un aspetto di particolare rilievo, nella verifica del rispetto delle soglie d'usura, hanno assunto – prima dell'intervento legislativo del '09 (D.L. 185/08, convertito nella legge n. 2/09, successivamente integrato dal D.L. 78/09, convertito nella legge n. 102/09 e modificato dal D.L. 6/12/11 conv. legge 22/12/11, n. 214) – gli addebiti delle C.M.S., per la diffusione e rilevanza quantitativa assunta.

Nel '96, all'atto della prima stesura delle 'Istruzioni' la CMS non risultava estesa a tutti i rapporti di credito e la casistica delle modalità di calcolo della CMS era ancora variegata. Solo successivamente le banche, strette nei limiti del TEGM, hanno esteso ad ogni forma di credito, affidato o meno, garantito o meno, la CMS, privilegiando il calcolo sull'utilizzo massimo, anche di un solo giorno, per i rimarchevoli benefici economici di tale modalità di computo[56].

---

[55] Va infine ricordato che l'attuale testo dell'art. 644 c.p., come modificato dalla L. 108/1996, prevede al comma sesto che in caso di condanna o di pronuncia di sentenza di "patteggiamento" si applica sempre la misura di sicurezza patrimoniale della confisca non solo dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato, ma anche delle somme di denaro, beni e utilità di cui il reo abbia la disponibilità, anche per interposta persona, "*per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi usurari*", fatti salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.
La riforma del 1996 ha affiancato, dunque, alla confisca speciale già prevista dall'art. 12 sexies del D.L. 876/1992 n.306 convertito in L.7/8/1992 n.356, una forma assai efficace di "confisca per equivalente" con funzione eminentemente sanzionatoria, avente le finalità di assicurare allo Stato l'acquisizione del patrimonio illecito, di isolare l'usuraio dal proprio patrimonio e di non consentire più il reinvestimento di risorse in nuove operazioni usurarie. (F. Cusani, intervento al Convegno "*ANATOCISMO IUS VARIANDI E USURA NEI RAPPORTI BANCARI*", ASSO.CTU, Centro Congressi dell'Università "*Sapienza*", 24 febbraio 2012).

[56] "*Nel tempo questa commissione, forse proprio per la non immediata percezione da parte degli utenti, è stata resa via via più onerosa non solo aumentandone, in termini assoluti, l'incidenza ma, soprattutto, prevedendo che la stessa potesse incidere sui clienti anche in relazione ad un utilizzo per un solo giorno e anche se tale utilizzo fosse determinato da problemi di valuta. L'aumento dei ricavi connessi alla CMS, la sua scarsa percepibilità da parte dei clienti, hanno poi indotto le banche ad introdurre la CMS anche in altre linee di*

Emerge una palese discrasia fra il concetto di Commissione di Massimo Scoperto definito nella tecnica bancaria e il criterio operativo di calcolo adottato da buona parte degli intermediari bancari, che hanno commisurato tale commissione all'importo massimo del credito utilizzato nel trimestre.

Concettualmente la C.M.S., ancorché il termine le riferisca al massimo scoperto, é connessa alla concessione del fido, che ha una valenza autonoma e distinta dall'erogazione del credito. Disporre di una linea di credito, anche se non utilizzata, presenta un proprio valore economico nella misura in cui consente al cliente una disponibilità che amplia i gradi di libertà nella gestione della propria liquidità.

Un'apertura di credito si differenzia da un finanziamento erogato in un'unica soluzione. Con l'apertura di credito l'operatore economico gode dell'opzione di utilizzare, in tutto, in parte o per nulla, il credito concesso, scegliendo i tempi di utilizzo, di rimborso e riutilizzo, secondo le proprie esigenze di liquidità, rimettendo in tal modo alla banca l'onere di coprire tempestivamente le necessità di pronta liquidità del cliente. Il valore di tale opzione costituisce un elemento di costo distinto e separato dal prezzo del credito che si viene a sopportare nel caso di esercizio dell'opzione stessa. In tale accezione le C.M.S. sono connesse alla *concessione* del finanziamento e non all'*erogazione* e, se diversamente computate, si poteva anche giustificare la loro esclusione dal calcolo dell'usura, che viene dalla legge 108/96 riferita all'erogazione del credito.

Tuttavia nella pratica invalsa nelle banche, in contraddizione con il significato concettuale, una linea di credito concessa e non utilizzata non da luogo ad alcuna Commissione, mentre, per una linea di credito utilizzata solo in parte, la Commissione non è riferita alla parte ancora disponibile, bensì a quella utilizzata. Avendo commisurato le C.M.S. all'importo del credito utilizzato, le stesse hanno assunto la caratteristica di un costo aggiunto agli interessi, mutuandone i caratteri, sin'anche la capitalizzazione trimestrale e talora anche l'applicazione oltre la chiusura del conto. Ve-

---

credito: anticipo su fatture, anticipo al salvo buon fine, ecc. Così dilatata la CMS veniva a perdere il suo originale fondamento economico e cioè di costituire una remunerazione per la messa a disposizione di una riserva di credito, che per ipotesi poteva essere utilizzata anche solo in modo marginale, remunerazione del tutto distinta da quella rappresentata dagli interessi che si traduce in un corrispettivo degli utilizzi delle somme." (P. L. Oliva, *Le commissioni di massimo scoperto*, 23/6/09, www.filodiretto.com).

nendo meno la relazione dell'importo addebitato con la causa originante, si viene a perdere il logico e giustificato collegamento con il costo che l'intermediario sopporta per mantenere le risorse necessarie al servizio di pronta disponibilità[57].

La menzionata discrasia fra il servizio prestato e la metodologia di calcolo della Commissione non era passata inosservata alla Suprema Corte di Cassazione la quale, come menzionato (Cfr. nota 44), già nel 2002 (Cass. Civ. n. 11772/02) e nel 2006 (Cass. 18/01/06 n. 870) ne aveva rilevato l'uso improprio definendone la corretta funzione.

[57] La resistenza e 'arroccamento' del sistema bancario sull'anomalo sistema di calcolo delle C.M.S., oltre che nei cospicui ricavi, ha trovato motivo sul piano legale della revocabilità del fido. Un diretto collegamento della CMS all'entità del fido concesso, ne avrebbe comportato un'esplicita formalizzazione, un più significativo contenuto degli obblighi assunti dalla banca e conseguentemente un impegno del capitale di vigilanza; mentre una distinta e impregiudicata revocabilità unilaterale ed immediata del fido, congiuntamente allo *jus variandi*, ha tutelato maggiormente l'intermediario, sia dal rischio di inesigibilità del credito, sia dal rischio di ascesa dei tassi. *"Il sistema bancario si è sempre mostrato molto riluttante alla determinazione precisa degli obblighi della banca e dei diritti del cliente in ordine alla 'disponibilità', sfumando più possibile il contenuto e la portata del diritto del cliente. Al proposito le vecchie N.B.U., vado a memoria ma non credo di sbagliare di molto, per quanto riguardava il recesso della banca dall'apertura di credito stabilivano: 'La banca ha la facoltà di recedere in qualsiasi momento, anche con una comunicazione verbale, dall'apertura di credito, ancorché concessa a tempo determinato, nonché di ridurla o sospenderla; per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al cliente, con lettera raccomandata un preavviso non inferiore a 1 giorno'. La formula oggi è probabilmente diversa, e non è questa la sede per criticarla, mostra però all'evidenza la riluttanza a considerare la disponibilità come un 'dovere di dare' giuridicamente rilevante della banca. Conferma questa impressione la circostanza, vado ancora a memoria, che nei bilanci delle banche se viene registrata l'entità dell'utilizzato, l'entità dell'affidato, se appare, appare invece 'sotto la linea', come semplice impegno (c.d. 'margine disponibile'); del resto l'^affidato', se non accompagnato da clausole di 'irrevocabilità', ben rare, non ha come tale un suo rilievo, un suo peso nella determinazione dell'impegno del patrimonio a fini di vigilanza. Si è in realtà in presenza di uno dei tanti, purtroppo frequenti, 'disallineamenti' tra operatività bancaria e disciplina giuridica; in effetti se è sicuro che il cliente non ha un 'diritto di credito' sull'affidato (come, con costante insuccesso, si è talora tentato di sostenere), è altrettanto vero che qualche profilo di 'giuridicità' la posizione del cliente affidato deve pur averlo; le banche tentano di sfumarlo al massimo (revocabilità in qualunque momento, anche nei contratti a tempo determinato, anche con comunicazione verbale e senza prevedere, diciamo, spiegazioni), ma, ripeto, che qualche profilo di rilevanza giuridica vi debba essere, e vi sia, lo dimostrano gli interventi, giurisprudenziali soprattutto, in punto di condizioni di liceità del recesso."* (Paolo Ferro-Luzzi, Ci risiamo. A proposito dell'usura e delle commissioni di massimo scoperto, Giur. Comm. 2006).

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

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

La Commissione non remunererebbe più la concessione del fido, bensì la rapidità con la quale viene utilizzato: la definizione appare invero un po' criptica, assai equivoca e altresì poco aderente alla stessa operatività degli intermediari bancari che, a prescindere se un determinato ammontare del fido viene utilizzato in un giorno o gradualmente nell'arco del trimestre, commisurano la CMS al massimo utilizzo.

Non risulta che la definizione fornita dalla Banca d'Italia ricorra usualmente nei manuali di tecnica bancaria[58], né è dato riscontrarla nei contratti bancari posti in essere prima e dopo il T.U.B. (D. Lgs. 385/93) e le successive disposizioni sulla trasparenza del CICR; nei contratti, sino all'introduzione della legge n. 2/09, continua a non essere riportata alcuna definizione della CMS.

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

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

E' singolare che, per mantenere un iniquo sistema di calcolo, con la menzionata Circolare del 2/12/05, si arrivi a definire un singolare rapporto fra CMS ed usura, ponendo in essere un complesso e farraginoso sistema di verifica, con l'introduzione di una distinta soglia per la CMS, senza prestare alcuna attenzione e considerazione all'indicazione della Cassazione, semplice e coerente con la natura stessa del servizio prestato: con la CMS ragguagliata al fido, anche volendola ricomprendere nel calcolo dell'usura, non vi sarebbero stati problemi per il suo inserimento, alla stregua degli altri oneri e spese, nell'algoritmo del TEG.

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

Nella pratica operativa le C.M.S. risultavano di fatto connesse all'erogazione del credito e pertanto configuravano un costo da includere nella verifica del rispetto delle soglie d'usura, ancorché la Banca d'Italia – sino alle ultime 'Istruzioni' del '09 – abbia ritenuto di escluderle dalla rilevazione del TEGM.

La scelta della Banca d'Italia ha così dispiegato per oltre un decennio un velo di opacità sui contenuti della norma penale, ponendo una 'zeppa' all'ineludibile presupposto della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla chiarezza, riconoscibilità e tassatività dell'effettivo contenuto precettivo della norma penale[59].

I dubbi operativi sollevati da una loro esclusione dalla verifica del rispetto della soglia e i rischi reputazionali per il sistema bancario connessi ad un eventuale supero dei limiti normativi avevano indotto la Banca d'Italia ad intervenire con la Circolare del 2/12/05[60].

---

[59] "*Accade così che, nei processi per usura bancaria, là dove siano in discussione questioni tecnico-civilistiche (…) i consulenti ed i periti formulino ognuno, in un ideale contraddittorio con se stesso, più di un'ipotesi ricostruttiva, con esiti differenti quanto al superamento della soglia individuata; e capita di leggere, in tali casi, che il giudice dia atto della scientificità di tutti i pareri espressi dai consulenti di parte e d'ufficio, nonché dell'esistenza di una reale incertezza e lacunosità tecnica del settore, prima di giungere ciò nonostante alla pronuncia della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, reputando corretto riferirsi all'una piuttosto che all'altra delle letture.*
La normale, quasi scontata assoluzione dell'imputato sul piano dell'elemento soggettivo, nei casi in esame, non fa che convincere ulteriormente del fatto che nella tassatività della norma si aprono talune falle, alla luce delle quali la condotta del singolo, pur ritenuta oggettivamente illecita, viene tuttavia, ritenuta non integrante il reato per mancanza dell'elemento soggettivo." (A. Boido, Usura e diritto penale, 2010 CEDAM).

[60] I criteri di verifica della circolare vengono condivisi in una argomentata sentenza del Tribunale di Verona: "*Se, dunque, si intende valutare ex post la condotta tenuta da una banca o da un intermediario finanziario rispetto all'incidenza della commissione di massimo scoperto sul costo della prestazione di denaro effettuata, non si potrà farlo applicando semplicemente una formula che unifichi l'importo prelevato per la commissione di massimo scoperto e quello prelevato per interessi.*
Ossia secondo la formula:

$$\frac{\textit{interessi + C.M.S. x 36.500}}{\textit{numeri debitori}}$$

Così facendo, infatti, si violerebbero i criteri di rilevazione contenuti nei decreti citati che hanno portato alla formalizzazione di un determinato tasso medio proprio in forza dell'esclusione della commissione di massimo scoperto dai tassi rilevati e che se si fosse rilevata con l'operazione che precede avrebbe comportato un aumento del tasso medio e, connesso, del tasso soglia. Si finirebbe, quindi, di nuovo per confrontare dati non omogenei, perché il tasso medio che fissa il riferimento legale per vagliare l'usurarietà è stato determinato con una formula diversa. La seguente:

$$\frac{\textit{interessi x 36.500}}{\textit{numeri debitori}}$$

L'indicazione della Banca d'Italia presentava apprezzabili incongruenze tecniche e giuridiche. Con l'algoritmo proposto la presenza o meno dell'usura non veniva a dipendere esclusivamente dall'entità di quanto richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo – se interessi o C.M.S. – dell'addebito operato: uno stesso importo riconosciuto all'intermediario per il credito erogato, se addebitato in-

---

Senza cioè incidenza della commissione di massimo scoperto. Ma se questo comportasse semplicemente che della commissione di massimo scoperto non si tiene conto alcuno saremmo certamente al di fuori (per come si è vista operare in concreto la commissione in questione) dall'ambito dell'art. 644 c.p.

Tuttavia, come detto, la commissione di massimo scoperto non è estromessa dalle operazioni di rilevamento delle operazioni di finanziamento finalizzate a fissare il tasso medio e il tasso soglia, tanto é vero che la misura media è rilevata e il relativo importo pubblicato nei decreti ministeriali. Il fatto è che, di nuovo, come per le spese, e anche qui tenendo conto della sua peculiarità, si considera con modalità particolari.

La conseguenza di questa osservazione è che anche nel valutare l'usurarietà di un rapporto di finanziamento, ossia il superamento della soglia di legalità, occorrerà considerare la commissione di massimo scoperto nello stesso modo particolare, cioè come voce da rilevare autonomamente e autonomamente da elevare di una misura pari alla metà della misura media rilevata.

In altri termini, occorrerà valutare se la misura della commissione concretamente applicata superi quella media rilevata e pubblicata, aumentata anch'essa della metà, e fermo il fatto che per affermare l'usurarietà del rapporto sarà necessario che l'intero corrispettivo versato (sia per interessi che per commissione di massimo scoperto) superi le relative soglie.

Secondo un meccanismo che è esattamente quello da ultimo indicato dalla stessa Banca d'Italia nella nota del 12 febbraio 2005. E' vero che in questo modo si crea una sorta di commissione di massimo scoperto soglia, che parrebbe non trovare riscontro nel testo normativo, ma è parimenti vero che la legge 108 del 1996 rimette al Ministero di determinare il tasso effettivo globale medio e se esso è determinato tenendo formalmente separate (per la loro diversità oggettiva) la voce interessi e la voce commissioni, ne consegue che il tasso soglia non può essere calcolato solo rispetto ad una delle due voci, perché appunto occorre tenere conto, proprio in forza dell'art. 644 c.p., anche dell'altra." (Trib. Verona, 21/9/07, Giud. Piziali, in 'Il Corriere del Merito' n. 3/08).

Con argomentazioni divergenti e alquanto singolari anche il Tribunale di Palmi (sentenza n. 1732/07), condiviso dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria (sentenza 9/9/10), ha fatto ricorso all'algoritmo di calcolo proposto dalla menzionata Circolare del 2/12/05, esprimendo l'avviso che: "*il superamento del cuscinetto aggiuntivo del 50% (percentuale in cui, peraltro, si intravede una significativa assonanza con la lesione ultra dimidium ex art. 1448 comma 2° c.c.) è ciò che trasforma un comportamento lecito e congruo alla dinamica del mercato in un comportamento riprovevole e meritevole di sanzione penale; e queste considerazioni valgono indistintamente per il TEG e per la CMS.*", aggiungendo poi: "*è principio generale del nostro ordinamento che l'interpretazione debba avvenire ove possibile bonam partem e dunque nel senso più favorevole all'imputato*".

teramente a titolo di interesse poteva risultare usurario e, al contrario, regolare (entro la soglia), se addebitato in parte come interessi e in parte come C.M.S.[61].

La recente Sentenza della Cassazione penale n. 12028/10 – la prima che si è occupata diffusamente del rapporto fra C.M.S. e usura – pur soffermandosi, in più punti, sulla procedura amministrativa e sulle "Istruzioni" della Banca d'Italia, trascura completamente la Circolare del dicembre 2005, esimendosi dal giudizio su un documento che palesemente esula dal vaglio normativo proprio alle funzioni della Cassazione stessa.

Tale Circolare si colloca, infatti, al di fuori della procedura amministrativa dettata dalla legge n. 108/96: nella previsione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108/96 l'intervento della Banca d'Italia ha carattere consultivo, non attribuendogli il disposto legislativo un autonomo valore nella determinazione della fattispecie penale, che è esclusivamente riservata alla legge e, solo per il parametro tecnico di riferimento, delegata al MEF[62]. La Circolare esprime soltanto una 'opinione', seppur auto-

---

[61] Un esempio può essere di ausilio: se per la *categoria* "apertura di credito in c/c" la soglia d'usura del tasso di interesse è pari al 10%, l'applicazione di un tasso di interesse all'11%, senza alcuna C.M.S., risulta usurario, mentre l'applicazione di un tasso di interesse del 10% e di una C.M.S. trimestrale dell'1% non risulterebbe usuraria – secondo le indicazioni fornite nella nota della Banca d'Italia – se la C.M.S. media rilevata nel trimestre fosse dello 0,75% (soglia 0,75%*1,5=1,125%). Si osserva che, in questa seconda circostanza, il costo del credito, definito nei termini dell'art. 644, 4° comma, in ragione d'anno, risulterebbe marcatamente più elevato. E' evidente il discrimine: l'usurarietà verrebbe a dipendere dalla composizione e natura degli oneri posti a carico del debitore, anziché dall'ammontare rapportato al credito. Anche con la formula del TEG si determina una diversa incidenza tra interessi, che cadono nel primo rapporto, e oneri che cadono nel secondo rapporto, ma l'effetto risulta più moderato.(Cfr.: *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*. R. Marcelli in: http://www.assoctu.it).

[62] La menzionata Circolare del 2/12/05, disposta dalla Banca d'Italia otto anni dopo il varo della legge, non viene menzionata nelle successive 'Istruzioni' disposte nei primi mesi del '06 e non viene in alcun modo legittimata dai decreti ministeriali, ai quali la legge 108/96 delega la parte in bianco della norma. "*(…) tale schema operativo non può essere assunto (almeno) agli effetti penali, trattandosi di normativa 'extravagante': la fattispecie di usura presunta si riempie delle determinazioni della Banca d'Italia solo attraverso la mediazione dei decreti ministeriali (art. 2, co. 1, l. 108: 'Il ministro del Tesoro, sentita la Banca d'Italia'), i quali, peraltro, successivamente alla pubblicazione del Bollettino 12/05, non ne hanno recepito le indicazioni; né, a ben vedere, avrebbero potuto, in quanto la legge deriva l'illiceità penale solo dal (superamento di oltre la metà del) TEGM e il principio di legalità preclude qualsiasi rilievo di una più comprensiva nozione di 'usurarietà del rapporto', nella quale far in qualche modo rientrare la C.M.S., che dal TEGM continui a rimanere*

revole, per il vero poco felice. L'algoritmo indicato replica pedissequamente l'analogo meccanismo di calcolo proposto dall'ABI (Cfr. nota 16) per gli interessi di mora, che ha avuto per lo più uno scarso seguito.

La menzionata sentenza della Cassazione n. 12028/10 precisa che: "*(...) il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p., comma 4 (secondo il quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la Commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente*"[63].

Tale interpretazione, aggiunge la Cassazione, risulta avvalorata dalla normativa successiva, introdotta dal D.L. 185/08, convertito nella legge 28/1/09 n. 2 che, all'art. 2 bis, 2° comma, precisa che "*gli interessi, le commissioni, 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'art. 1815 del codice civile, dell'art. 644 del codice penale e degli art. 2 e 3 della legge 7/3/96, n. 108*".

Al provvedimento legislativo in parola, la Cassazione attribuisce una valenza interpretativa, ricognitiva *ex tunc* della norma preesistente: "*può essere considerato norma di interpretazione autentica del 4° comma dell'art. 644 c.p. in quanto puntua-*

---

esclusa.". (P. Capoti, Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ. 2007, 631 ss.; *Il delitto di usura 'bancaria'*, Università degli Studi di Padova, 2009).

[63] Una sentenza del tutto analoga è stata emessa dalla Suprema Corte in data 14/5/10 (n. 28743).

lizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme"[64].

La legge n. 2/09 ha disposto che le C.M.S., come ogni altra remunerazione dipendente dall'utilizzo dei fondi, debbano essere considerate sia nella verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., sia nella determinazione del TEGM (art. 2, legge 108/96). Al primo riferimento (art. 644 c.p.) è attribuita dalla Cassazione la valenza interpretativa, costituendo invece il secondo riferimento (art. 2, legge 108/96) una modifica normativa. I criteri di rilevazione del TEGM, infatti, venivano dalla legge 108/96 completamente delegati, attraverso il MEF – senza alcun vincolo e condizionamento, salvo la finalità di rappresentare il valore medio ordinario di mercato – alla discrezionalità tecnico-amministrativa della Banca d'Italia.

La natura interpretativa dell'art. 644 c.p. attribuita dalla Cassazione alla legge n. 2/09, non ha mancato di sollevare diffusi dubbi e perplessità. In particolare si è osservato: *"(...) A ciò si aggiunge che la giurisprudenza citata non richiama compiutamente l'espressione normativa secondo cui 'Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione*

[64] A ben vedere, 'la prassi amministrativa difforme' non è specificatamente riferibile al metodo di calcolo utilizzato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM, integralmente accolto nei decreti ministeriali emessi ai sensi dell'art. 2 della l. 108/96, sul quale anche la precedente sentenza della Cassazione n. 8551/09 non aveva sollevato osservazioni. La Cassazione 12028/10 censura la conformità dell'esito della procedura amministrativa, così come ritualmente espletata, alle disposizioni di cui al IV comma dell'art. 644 c.p. e – dopo aver sottolineato il principio che debbano essere considerati tutti gli oneri che un utente sopporti per il suo uso del credito - conclude che nella determinazione del tasso effettivo globale (TEG), praticato da un intermediario finanziario nei confronti di un soggetto fruitore del credito (art. 644 c.p.), deve tenersi conto delle C.M.S.. L'attenzione della Cassazione è riposta sul TEG applicato dall'intermediario all'utente, non sul TEG impiegato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM. La discrasia sembra più riconducibile all'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali, che impone alle banche di attenersi al calcolo impiegato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM, per la verifica del limite di cui all'art. 2, comma 4 della l. 108/96.
Nel '96 le CMS non avevano quella ricorrenza, diffusione e dimensione, che hanno rapidamente assunto negli anni successivi. Solo con la legge n. 2/09 il legislatore ha previsto che le CMS, come le altre provvigioni, dipendenti dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, sono rilevanti, oltre che per l'art. 644 c.p. e l'art. 1815 c.c., anche per l'art. 2 della legge 108/96, cioè la rilevazione del TEGM.

del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.' (2 bis del decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185, convertito nella legge 28 gennaio 2009 n. 2 (c.d. decreto "anticrisi"):);la norma, quindi, fornisce un'interpretazione autentica di segno diametralmente opposto rispetto a quello sostenuto dal citato indirizzo di legittimità. L'indirizzo avversato, inoltre, omette di considerare che le Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto del 2009 in materia di rilevazione del TEG – le quali ora esplicitamente includono la C.M.S. nel calcolo del TEG - per il periodo transitorio prevedono espressamente che <<fino al 31 dicembre 2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate rispettivamente nella G.U. n. 74 del 29 marzo 2006 e n. 102 del 4 maggio 2006.>> ed ancora, <<Nel periodo transitorio restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente (ma vanno inclusi nel TEG per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia): a) la C.M.S. e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009 (omissis)" (Trib. Napoli, P. Serrao d'Aquino, 26/10/10; Cfr. anche Andrea Di Landro, in Foro Italiano, Parte II, 2010; Trib. di Verona, A. Miranda, 19/11/12; Trib. Pen. Caltagirone 21/6/12; Ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, del 27/9/11, dott. M. De ra)[65].Analoghe perplessità sono state sollevate dall'A.B.F. (decisioni 1363/10; 1364/10; 475/11; 1008/11; 1012/11; 15/12).

[65] In un'Ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Veterre (Ufficio del giudice per le indagini preliminari) del 27/9/11 del dott. M. De Chiara si riporta: *"(…) rilevato che tale interpretazione (Cass. 19/2/10, n. 12028) è stata criticata dalla migliore dottrina con argomenti che a parere dello scrivente sono pienamente da condividere in quanto più aderenti al dato normativo; rilevato, in primo luogo, che l'inciso 'dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto', contenuto nell'art. 2 bis, co. 2, l. 2, cit., appare difficilmente conciliabile con il supposto carattere ricognitivo della norma, in quanto tali parole possono essere interpretate solamente nel senso che il legislatore ha voluto escludere per il periodo antecedente la rilevanza degli oneri ivi contemplati; rilevato inoltre che, anche nel dibattito parlamentare, emerge che la normativa in questione è stata adottata per modificare radicalmente l'indirizzo accolto dalle autorità di settore e dunque non solo per interpretarlo; rilevato, difatti, che dal raffronto con la normativa secondaria precedente, emerge una radicale diversità, per ciò che concerne la rilevanza del-*

La più recente Cassazione Penale (II Sez. n. 46669/11), non operando alcuna distinzione fra la rilevazione del TEGM e il tasso per la verifica dell'usura, ha rilevato che le Istruzioni della Banca d'Italia si sono tradotte '*in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*.'. Le circolari e le Istruzioni della Banca d'Italia '*non rappresentano diritti ed obblighi e nelle ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo.*'.

L'intervento della Cassazione (II Sez. Pen. n. 12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11) non può ritenersi limitato e circoscritto alle C.M.S.: il valore nomofilattico affermato induce a ricomprendere, in ragione d'anno, come le C.M.S., ogni altra spesa attinente al credito, nella verifica del rispetto delle soglie d'usura, ancorché il TEGM pubblicato sino al '09 sia stato determinato impiegando valori del TEG, per più aspetti, non rispondenti a tale principio[66].

---

le commissioni di massimo scoperto, che appare difficilmente compatibile con il concetto stesso di norma interpretativa; rilevato, pertanto, che, in coerenza con le premesse sopra esposte, non si sarebbe in presenza di una norma di interpretazione autentica ma di un'ipotesi di successione di norme giuridiche integrative di un elemento normativo della fattispecie avente ad oggetto, in particolare, la procedura amministrativa prevista dal terzo comma dell'art. 644 c.p.; rilevato che in presenza di una successione di leggi deve applicarsi quella più favorevole al reo, la quale deve individuarsi nella normativa anteriore a quella vigente, secondo cui le commissione di massimo scoperto non erano rilevate ai fini del superamento delle soglie usurarie; (…) rilevato, pertanto, che in base alla normativa applicabile al caso concreto deve disporsi l'archivazione degli atti perché il fatto non sussiste; (…)".

[66] " *(…) Ne deriva che ai fini della determinazione del tasso di interesse usurario si deve tener conto di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse solo quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito (e quindi anche la polizza assicurativa per cui è causa, quale costo inevitabile per la concessione del mutuo, che altrimenti non viene erogato dall'istituto finanziatore) (…) E tutto ciò indipendentemente dalle valutazioni della Banca d'Italia, da considerarsi quali mere istruzioni di carattere tecnico e come tali non vincolanti (si veda da ultimo Cass. pen., sez. II, 19/12/11 n. 46669) (…) Da tanto ne consegue anche la totale irrilevanza del cambiamento di indirizzo delle istruzioni da parte della Banca d'Italia e sicuramente la mancanza di carattere vincolante delle stesse, avendo la funzione di fornire meri dati statistici al Ministero competente. Di fatto, la Banca d'Italia, quale mero organo di vigilanza e di indirizzo per le banche e gli operatori finanziari, in un primo momento (istruzioni in vigore al momento della stipulazione del contratto di cui trattasi) aveva stabilito che gli oneri derivanti dalle polizze assicurative (come quelle stipulate dall'attore) non dovessero essere incluse nel calcolo ai fini della ve-*

La Banca d'Italia, prendendo spunto dalle prescrizioni dettate dalla citata legge n. 2/09 ha modificato, a partire dal '10, le precedenti 'Istruzioni', anticipando i rilievi della Suprema Corte. Le rettifiche operate sono andate ben oltre l'inclusione nel TEG di rilevazione delle CMS, ricomprendendo nel calcolo più compiutamente tutte le spese attinenti il credito e prevedendo nella formula l'annualizzazione delle commissioni oneri e spese.[67].

Modificando il precedente criterio di trattamento degli oneri e spese e aderendo più coerentemente con il dettato dell'art. 644 c.p., il criterio di inclusione è stato spostato dagli oneri e spese percepiti dalla banca al costo subito dal cliente, ricomprendendo anche gli oneri e spese riferiti a servizi prestati da terzi (assicurazioni, mediatori, periti, ecc.). Nella formula di calcolo le C.M.S., gli oneri e spese vengono inoltre riferiti all'anno: nella precedente formula, mentre l'interesse era rilevato su base annua, gli oneri e spese erano riferiti al trimestre.

Tali modifiche sono volte a cogliere statisticamente più compiutamente i comportamenti adottati dagli intermediari negli interessi, oneri e spese ordinariamen-

---

rifica del superamento del tasso soglia; le nuove istruzioni della Banca d'Italia (a partire dall'agosto 2009) invece, includono anche il costo relativo a detta polizza quali oneri connessi all'erogazione del credito rilevanti ai fini del superamento del tasso soglia. Ebbene, da tanto deve concludersi che le banche, non contemplando nel calcolo del TAEG tutte le spese collegate all'erogazione del credito, commettono un illecito, ove venga superato detto tasso soglia. Né può trovare valida giustificazione da parte della banca l'essersi conformata alle direttive della Banca d'Italia, non avendo, come sopra detto, questa funzione normativa ovvero poteri di intervento sulle metodologie di calcolo o sulla valutazione delle poste da inserire nella determinazione del TAEG ai fini dell'art. 644 c.p." (Trib. Busto Arsizio, 12 marzo 2013, n. 262).

[67] Con le rilevazioni operanti a partire dai primi trimestri del 2010 è stata rimossa anche la discriminazione connessa all'assurda ed iniqua distinzione fra categoria del credito erogato da intermediari bancari e categoria del credito erogato da intermediari non bancari, per le quali si riscontravano soglie d'usura segnate da un marcato divario. Tale divario aveva favorito un'altra forma di elusione delle soglie, attraverso lo sviluppo di finanziarie di estrazione bancaria, verso le quali veniva indirizzata la clientela più marginale.
La distinzione aveva sollevato serie perplessità, in quanto ritenuta non rispondente alle prescrizioni della legge 108/96, che informa i principi di omogeneità delle categorie esclusivamente alla natura, all'oggetto, all'importo, alla durata, ai rischi e alle garanzie. Ancor più stridente appariva la menzionata 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, rimesso al parametro oggettivo, indipendentemente dal soggetto che eroga il credito.

te applicati al credito erogato, accostando in tal modo anche l'algoritmo di rilevazione del TEGM al dettato letterale dell'art. 644 c.p.

Con le modifiche operate, il TEG rilevato per la determinazione del tasso medio di mercato (TEGM) è stato propriamente accostato al TEG riveniente dall'art. 644 c.p.. Con le nuove 'Istruzioni' la discrasia palesata dalla Cassazione risulterebbe rimossa: svariate perplessità e rilevanti anomalie tuttavia permangono, accentuate dalle successive FAQ di chiarimento disposte dalla Banca d'Italia.

2.5 La soppressione della CMS, la Commissione di affidamento e la Commissione di Istruttoria veloce.

Negli ultimi anni con un sofferto iter legislativo la CMS è stata prima modificata e poi, da ultimo, soppressa e sostituita, insieme alle altre spese, con una Commissione commisurata al fido ed una Commissione di Istruttoria veloce per gli sconfinamenti e gli scoperti privi di fido.

In un primo momento il legislatore è intervenuto sulle CMS con il D.L. 185/08, convertito nella legge n. 2/09, successivamente integrato dal D.L. 78/09, convertito nella legge n. 102/09. Attraverso una formulazione contorta, sotto le spoglie di una dichiarata nullità delle CMS, il menzionato articolo del D.L. 185/08 prevedeva deroghe che, di fatto, introducevano *ex lege*:

▪ la Commissione di Massimo Scoperto, commisurata al saldo, risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni, e in presenza di fidi;

▪ una seconda Commissione, indicata dalla legge come "Corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme", indipendente dall'effettivo utilizzo, predeterminata e commisurata all'importo e alla durata del fido accordato[68].

[68] Per la validità della Commissione occorre che:
1) il corrispettivo sia predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto;
2) l'accordo sia redatto per iscritto, unitamente al tasso debitore per le somme utilizzate;
3) l'accordo non sia rinnovato tacitamente;
4) il corrispettivo sia specificatamente evidenziato e rendicontato annualmente con l'indicazione dell'effettivo utilizzo delle somme;
5) il cliente possa recedere in ogni momento.

Con il successivo D.L. 78/09 si è posto il limite trimestrale dello 0,5% al corrispettivo onnicomprensivo per il servizio di messa a disposizione delle somme.

Nel dicembre del 2011, nell'ambito del c.d. 'decreto Salva Italia' è stato introdotto, in seno al T.U.B., un nuovo articolo (art. 117 bis) che stabilisce per le aperture di credito un'unica commissione onnicomprensiva e separatamente per gli scoperti, oltre il fido o in assenza di fido, una commissione di istruttoria veloce, delegando al CICR la disciplina attuativa[69].

Viene nella circostanza prevista la definitiva inammissibilità della CMS e di ogni altro onere diverso dalla Commissione di affidamento e dalla Commissione di istruttoria veloce (CIV): per la prima viene confermato il limite dello 0,50% trime-

[69] L'art. 117 bis del T.U.B., inserito dall'art. 6 bis del D.L. 6/12/11 n. 201 prevede:
"*1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente*
2. A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.
3. Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.
4. Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi compresa quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2.".

Nei mesi successivi il Parlamento aveva introdotto, in sede di conversione del decreto Liberalizzazioni, un articolo (27 bis) prevedendo la nullità di tutte "*le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido*". Le preoccupazioni sollevate dal provvedimento hanno indotto il Governo a modificare, con un nuovo decreto, l'art. 27 bis limitando la sanzione della nullità alle sole clausole "*stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'art. 117 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre '93, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito e il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili*".

strale, mentre per la seconda (CIV) si prevede unicamente la sua determinazione in misura fissa, commisurata ai costi.

Il MEF, in funzione vicaria del CICR, è intervenuto con proprio decreto n. 644 il successivo 30 giugno '12, precisando, tra l'altro, che la disciplina della commissione di affidamento si applica all'"*affidamento concesso per mezzo di un contratto*", riconducibile alle "*aperture di credito in conto corrente, in base alle quali il cliente ha la facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento*".

Viene altresì previsto che la CIV non debba eccedere i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per l'istruttoria veloce e a questa direttamente connessi[70]. Mentre per la commissione di affidamento il limite risulta fissato dalla legge, per la CIV moderazione e trasparenza sono affidate a procedure interne sottoposte al controllo dell'Organo di Vigilanza.

Permane la forma scritta ma viene consentito il rinnovo tacito del contratto. E' previsto per i contratti in essere al 1 luglio 2012, l'adeguamento entro il 1 ottobre '12, ai sensi (valido motivo) dell'art. 118 del TUB[71].

Il nuovo assetto tariffario delle commissioni di affidamento e di scoperto, che ha sostituito le CMS e le altre spese applicate dalle banche, se da un lato ha introdotto apprezzabili elementi di trasparenza, dall'altro ha significativamente ampliato i margini di flessibilità del costo del credito. Con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11, di ampliamento dello *spread* sul TEGM rilevato dalla

---

[70] Per la CIV è previsto che gli intermediari definiscano procedure interne formalizzate, che individuano i casi in cui è svolta un'istruttoria veloce, il cui costo sia quantificato formalmente e motivato adeguatamente. E' previsto altresì cha la CIV non si applica alle famiglie consumatrici, nel caso di sconfinamenti pari o inferiori a 500 euro per sette giorni, per un solo periodo, per ciascun trimestre. Al riguardo è previsto il riferimento al saldo disponibile, non al saldo valuta.

[71] L'art. 27 del D.L: 24/01/12 n. 1 conv. l. 24/3/12 n. 27 prevede: "*3. I contratti di apertura di credito e di conto corrente in corso sono adeguati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma 2, con l'introduzione di clausole conformi alle disposizioni di cui all'articolo 117-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ai sensi dell'articolo 118 del medesimo decreto legislativo.".*
Si ritiene che, ancorché la disciplina dell'art. 117 bis abbia un livello di determinazione sufficiente per regolare la materia, appare logico argomentare la sussistenza di correlazione fra entrata in vigore e attuazione demandata al CICR (Cfr. A. Centini, Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti: l'art. 117 bis TUB e la legge sulle liberalizzazioni, in 'I contratti', 2012, 4).

Banca d'Italia e l'introduzione, a partire dal 1/1/10, di un'apposita categoria per il credito non affidato, la presenza delle distinte commissioni di affidamento e di scoperto oltre il fido e in assenza di fido, conducono, congiuntamente, ad un marcato innalzamento delle soglie, che viene a perdere ogni riferimento con il costo della provvista. Nel 2000/01 e nel 2008 quando l'Euribor si collocava in prossimità al 5% le soglie delle aperture di credito, tipica forma di finanziamento del capitale circolante delle aziende, oscillavano fra il 13% e il 19%; nel corrente anno, con un Euribor dello 0,3% le soglie risultano sostanzialmente invariate per il credito affidato ed elevate sino al 23% per il credito non affidato.

L'apertura di credito, come accennato, è una tipica forma di finanziamento tra le più onerose per l'impresa; in tale ambito si creano ampi spazi per comportamenti opportunistici che, limitando il fido e facilitando lo scoperto, rendono impropriamente ancor più oneroso l'accesso al credito da parte delle imprese. Non è infrequente riscontrare rapporti di credito, non formalizzati o formalizzati per importi minori, che, perdurando nel tempo, realizzano fidi di fatto, per i quali si rendono praticabili condizioni più onerose entro limiti di soglia significativamente più elevati.

3. L'USURA 'FOTOGRAFATA' DALLA CASSAZIONE E L'USURA GESTITA DALLA BANCA D'ITALIA.

Nonostante i chiari e reiterati pronunciamenti della Cassazione, gli intermediari bancari continuano a fare esclusivo riferimento alle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, prestando scarsa considerazione ed attenzione a taluni aspetti di opacità di queste ultime, la cui lettura, più che ispirarsi alla sovraordinata norma di legge e ai principi interpretativi dettati dalla Cassazione, viene spesso preordinata a 'coprire' comportamenti opportunistici.

Da parte degli intermediari si continua ad anteporre la norma amministrativa a quella primaria. D'altra parte anche la Banca d'Italia, protesa a un egemone controllo e governo del mercato del credito, non sembra prestare considerazione alcuna alle pronunce di definizione dei dettami legislativi offerte dall'Autorità giudiziaria: come dice il prof. A. Dolmetta, parlare della norma senza far cenno alla giurisprudenza è come tagliare la mela in due e buttarne via una parte.

Una celata frizione si trascina da lungo tempo, in materia di soglie d'usura. L'Istituto Centrale, sin dai lavori parlamentari di preparazione alla l. 108/96, ha reiteratamente espresso, in Commissioni parlamentari e consessi pubblici, la propria opinione contraria ad ogni limitazione amministrativa al costo del credito che, anziché contenere, favorisce il fenomeno dell'usura criminale[72]. D'altro canto la Banca d'Italia è chiamata a rilevare i parametri medi di mercato di individuazione delle soglie e a presidiare il rispetto delle norme da parte del sistema bancario. Sia nell'una che nell'altra funzione le scelte e decisioni assunte, in oltre quindici anni, palesano una mascherata resistenza all'applicazione di una norma non condivisa, attraverso 'Istruzioni' e chiarimenti che vengono depotenziando il presidio di legge.

La Cassazione, nei linguaggi suoi propri, aveva già mandato chiari segnali premonitori, sia delimitando l'ambito operativo dell'organo amministrativo previsto dalla legge 108/96[73], sia definendo i contorni giuridici delle Commissioni di Massi-

[72] Cfr. A. Fazio, Intervento presso la Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, 7 ottobre 1994; G. Carosio, Prevenzione dell'usura ed evoluzione dei mercati creditizi, Senato della Repubblica, 2° Commissione permanente Giustizia, 23 marzo 2007.
Anche autorevoli esperti si sono frequentemente espressi criticamente nei riguardi del provvedimento per i suoi riflessi sul libero esercizio del mercato, potendo determinare effetti distorsivi e impedire l'accesso al credito da parte delle fasce marginali che risultano così più esposte all'usura criminale. Si sostiene per contro che, in assenza di una piena trasparenza ed efficienza concorrenziale del mercato in grado di temperare e calmierare le condizioni del credito, si assisterebbe ad un'estesa applicazione di condizioni di credito 'abusive', non coerenti con i costi di raccolta, allocazione e gestione del credito, soprattutto nei riguardi delle categorie di percettori più deboli (consumatori, artigiani e piccoli imprenditori): apprezzabilmente più marcati risulterebbero i riflessi in termini economici, oltre che umani e sociali.

[73] *"Ebbene, basta poco per avvedersi di come il delitto di usura, quale definito a seguito dell'intervento novellistico operato dalla legge n. 108/96, non riservi affatto – come pretenderebbe il ricorrente – compiti 'creativi' alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinaria. Come già ampiamente sottolineato anche dai giudici di merito, infatti, il legislatore si è fatto carico di introdurre e delineare una rigida 'griglia' di previsioni e di principi, affidando alla formazione secondaria null'altro che un compito di 'registrazione' ed elaborazione tecnica di risultanze, al di fuori di qualsiasi margine di discrezionalità."* (Cassazione penale, Sez. II, 18/3/03, n. 20148).

mo Scoperto[74], un comodo cuscinetto posto dalla Banca d'Italia al di fuori della rilevazione dei tassi soglia.

I segnali sono rimasti inascoltati e le parti istituzionali permangono discoste. Da un lato la Banca d'Italia, protesa nella sua funzione istituzionale volta a garantire il governo del credito, e per ciò stesso attenta alle esigenze degli attori ad essa sottoposti, dall'altra la Cassazione nella sua funzione di cassa di risonanza delle istanze sociali che, sormontando il vaglio dei primi giudizi, approdano con richieste di un più maturo livello di giustizia. In tanti anni è mancato un dialogo e un confronto fra le due istituzioni, che esprimesse una sintesi nei superiori interessi dell'organizzazione sociale.

La contrapposizione è emersa, in termini eclatanti, nelle recenti sentenze della Suprema Corte Penale (II Sez. Pen. n. 12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11), con le quali è stato esplicitamente censurato il comportamento della Banca d'Italia, per non aver operato in maniera compiuta all'approntamento del presidio disposto dalla legge 108/96. La circostanza non ha precedenti e costituisce un fermo richiamo al rispetto dei distinti ruoli istituzionali e ambiti di competenza.

Una significativa correzione delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia in materia di usura era già intervenuta, prima delle menzionate sentenze, all'indomani della legge n. 2/09. Tuttavia apprezzabili criticità permangono anche con le nuove 'Istruzioni' e presagiscono un conflitto che al momento non vede soluzione.

---

[74] "*(…) o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi - ed è il caso di specie – o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto.".* (Cassazione civ. Sez. III, n. 11772 del 6/8/02). Successivamente la Cassazione ha ulteriormente definito le C.M.S. come "*la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*." (Cass. 18/01/06 n. 870).

Con la concentrazione e privatizzazione dell'operatore bancario, avviata nei primi anni '90, si sono radicalmente modificate le logiche di conduzione della politica aziendale degli intermediari: le finalità di interesse pubblico – tutela del risparmio e corretta allocazione del credito – risultano ormai condizionate da spinte opportunistiche di bilancio che incontrano un debole presidio nell'Organo di Vigilanza.

In particolare, nei comportamenti in materia d'usura, sul piano civile assume spesso rilievo discriminante il rapporto costi/benefici dove, per il primo termine del rapporto, il rilievo economico è assai modesto (spese di causa, sanzioni Banca d'Italia, danno di immagine) in rapporto ai benefici che si possono conseguire su un'ampia platea di clienti. Occorre non trascurare la rilevante prerogativa di cui gode l'intermediario bancario: la legge viene talora interpretata in chiave opportunistica e direttamente applicata, ponendo mano nei conti della clientela; l'addebito di interessi, oneri e spese determina l'immediato trasferimento patrimoniale dal cliente all'intermediario e, qualora illecito, sarà il cliente a dover avviare un'endemica vertenza per la ripetizione dell'indebito.

Sul piano penale, buona fede e *favor rei* hanno sino ad oggi di fatto arenato i procedimenti di accertamento d'usura. Le 'difformi' Istruzioni della Banca d'Italia hanno per lungo tempo prestato una 'copertura' all'operato degli intermediari bancari consentendo, nel rispetto della forma, di disattendere l'art. 644 c.p. [75].

Nella nota sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria (n. 10971/10), riesaminata dalla Cassazione Pen. n. 46669/11, non si sono ravvisate le condizioni del reato penale, mancando la consapevole volontà di praticare usura: gli sporadici e

[75] "*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 ricalcitrante 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 (C.M.S.) 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 Cusani, La relazione Banca cliente, Direkta, 2011).

modesti debordi accertati dal consulente tecnico – secondo le Istruzioni della Banca d'Italia – sono stati attribuiti a negligenza[76]. Non si è disposto alcun accertamento sulla diffusione dell'illecito riscontrato, trascurando la circostanza che i tre istituti bancari coinvolti nel procedimento presentavano sportelli diffusi in tutto il territorio nazionale. I debordi in parola, ancorché singolarmente modesti, se estesi alla totalità della clientela assumono a livello aggregato una dimensione significativa: con rapporti di conto distribuiti su una platea di milioni di clienti, anche in un illegittimo onere di pochi euro si può ravvisare una volontà preordinata al perseguimento di un illecito incremento dei profitti di bilancio.

Senza un coordinamento del disposto amministrativo, un pervasivo controllo dell'Autorità di Vigilanza e un adeguato presidio sanzionatorio, i principi di trasparenza e le sollecitazioni a comportamenti di etica sociale appaiono acqua fresca in un terreno incolto. Finché non si creano i presupposti per una piena concorrenza che possa esplicare significativi effetti di calmierazione dei prezzi – e questo è lungi dal riscontrarsi soprattutto nei rapporti di credito in conto corrente – la posizione di riserva di legge favorisce comportamenti che, cogliendo i tempi prolassati di intervento della giurisprudenza di legittimità, reagiscono opportunisticamente agli interventi normativi sino a cogliere le opacità che rendono inapplicabile il presidio penale.

Le stesse regole di mercato inducono spinte al profitto che esasperano i comportamenti 'aggressivi' sino al limite di legge ed oltre: con l'indesiderato riflesso di sospingere ai margini del mercato proprio quegli intermediari più cauti e prudenti che cogliendo la discrasia fra norma di legge e disposizione amministrativa vengono adottando comportamenti a rispetto dell'una e dell'altra.

E' naturale e consequenziale che l'imprenditore bancario adotti strategie di mercato che massimizzino i profitti, nell'ambito delle regole definite dalle norme e dalle indicazione della Banca d'Italia: la patologica proliferazione di commissioni,

[76] Nella sentenza della Corte d'Appello si fa riferimento all'episodicità e alla minima entità degli esuberi, quali indici che depongono per l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato. L'affermazione, almeno per uno dei tre Istituti di credito, appare in contraddizione con le risultanze della perizia curata dal CTU, che ha riscontrato, su 48 trimestri, esaminati in più conti, 11 trimestri che presentavano un TEG superiore alla soglia d'usura, ancor prima di considerare la CMS, e 15 trimestri di esubero considerando anche le CMS con l'applicazione della Circolare della Banca d'Italia 2/12/05.

oneri e spese, a cui si è assistito negli ultimi quindici anni, è tutta riconducibile alla discrasia insita nella norma amministrativa che ha prevalso sulla norma di legge. Motivi opportunistici di bilancio hanno suggerito agli operatori bancari di privilegiare le indicazioni della Banca d'Italia, confidando nella generale moratoria che le recenti sentenze della Cassazione penale hanno dovuto riconoscere per il periodo precedente il 2010.

Dopo le ineludibili pronunce della Cassazione e le modifiche legislative che, seppur nel rispetto delle esigenze imprenditoriali dell'operatore bancario, hanno definito con maggiore rigore i termini del rapporto di credito, il sistema bancario viene ora a trovarsi maggiormente impegnato e compresso fra obiettivi di bilancio, vincoli amministrativi, rischi legali e reputazionali. I rischi penali di usura, apprezzabilmente lievitati negli ultimi tempi, vengono destando serie preoccupazioni nella compagine di vertice delle strutture bancarie, che la recente Cassazione n. 46669/11 ha individuato come presidio primario, al quale non è consentita alcuna negligenza, omissione organizzativa o carenza professionale[77].

Una forma di soccorso non trascurabile continua ad essere prestata nei rimedi e temperamenti offerti dagli aggiornamenti e chiarimenti alle 'Istruzioni' provenienti dalla Banca d'Italia. Dopo gli interventi di censura della Cassazione Penale ai criteri di inclusione degli oneri, sostanzialmente corretti nelle nuove 'Istruzioni', le criticità di applicazione della normativa sull'usura si accentrano sulla classificazione del credito e la corretta misurazione del costo.

---

[77] Se la diffusa e continua disattenzione del portato letterale dell'art. 644 c.p., nella confusione normativa che ha accompagnato il fenomeno sino al 2010, ha reso necessaria, per i comportamenti passati, una forma di sanatoria penale, appare inevitabile dopo le puntuali e circostanziate precisazioni fornite dalla Suprema Corte un atteggiamento di maggior rigore per i comportamenti che nel proseguo possano disattendere i limiti posti al costo del credito.
Un rischio particolare insorge nelle azioni legali delle banche, volte al recupero del credito risultante dal saldo finale del conto, promosse successivamente alle menzionate sentenze, tenendo presente che il reato d'usura si consuma, oltre che nel 'farsi promettere', anche nel 'farsi dare'. Per gli interessi usurari addebitati in conto negli anni precedenti, qualora non coperti da rimesse di pagamento intervenute prima del 2010 e quindi ancora ricompresi nel saldo, il decreto ingiuntivo, l'azione esecutiva o l'insinuazione fallimentare possono configurare un inescusabile reato d'usura, privo delle giustificazioni che, per gli anni pregressi, ne hanno delimitato gli effetti al campo civile. Con la consapevolezza acquisita dalle citate sentenze della Cassazione, anche un'ordinaria azione legale può, in talune circostanze, integrare il reato di estorsione.

L'usura nella realtà moderna assume fattezze assai complesse, con risvolti peculiari, propri all'ambito e alle circostanze nelle quali si realizza. Non vi è dubbio che l'usura criminale presenti aspetti che si discostano profondamente dall'usura bancaria, se non altro per le connotazioni di 'violenza' sia fisica che psicologica che la caratterizza. La legge 108/96, seppur concepita come presidio generale all'usura, è calata propriamente sulla realtà bancaria, elemento di congiunzione istituzionale fra i centri di formazione del risparmio e di impiego delle risorse finanziarie[78].

La remunerazione del denaro assume, di regola, valori crescenti con il rischio dell'impiego a cui lo stesso é rivolto: l'intermediario interponendosi fra risparmiatore ed imprenditore si fa carico del rischio e della selezione delle imprese meritevoli di finanziamento. Risultando le risorse finanziarie limitate, queste vengono allocate privilegiando le iniziative più affidabili, suscettibili di conseguire risultati economici in

[78] Gli interessi collettivi ad un corretto funzionamento del mercato del credito, che nella visione del legislatore sembrano accostare e travalicare quelli del singolo, ampliano la prospettiva nella quale si colloca il testo dell'art. 644 c.p. riformulato dalla legge 108/96. Il credito, sia esso rivolto agli investimenti che rivolto al consumo, costituisce il volano dello sviluppo economico: la regolarità del mercato e la calmierazione dei tassi praticati alla generalità della clientela trovano fondamento e legittimità nell'art. 41 della Costituzione, ponendo un presidio agli indebiti riflessi che possono derivare da scelte degli intermediari eccessivamente protese al conseguimento di profitti economici. *"Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare l'evidente intento di delineare la disciplina dell'usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, secondo parametri predefiniti ed obiettivi che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito per così dire soggettivistico dell'abuso, e la sua sostituzione con il rilievo del tutto prevalente che nella struttura delle fattispecie finisce per assumere il requisito – tutto economico – della sproporzione tra la prestazione del mutuante e quella del mutuatario, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e, se si vuole, dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. (…) dovendo l'iniziativa economica, in base allo stesso precetto costituzionale, non soltanto non porsi in contrasto con l'utilità sociale, ma addirittura 'essere indirizzata e coordinata ai fini sociali': il che evidentemente evoca – quale ulteriore parametro di riferimento che viene senz'altro in discorso, alla luce delle segnalate innovazioni che l'art. 644 c.p. presenta sul piano del relativo oggetto giuridico – anche la protezione offerta all'esercizio del credito dall'art. 47 della Carta fondamentale."* (Cassazione penale, Sez. II 18/3/03, n. 20148).

grado di coprire compiutamente i fattori della produzione, ivi compresa la remunerazione del capitale impiegato[79].

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 positivo. La moderazione del costo è pertanto riposta in una corretta allocazione del credito, in grado di discriminare efficientemente le iniziative economiche e massimizzare il rapporto rischio/rendimento. Si tende a privilegiare gli impieghi a minor rischio per i quali un minor interesse è sufficiente a coprire e stabilizzare i costi del servizio prestato.

La legge pone un limite alla remunerazione del denaro, sia per indirizzare l'allocazione delle risorse finanziarie verso impieghi meno rischiosi e più stabili, sia per evitare che il costo del denaro venga a comprimere eccessivamente la remunerazione degli altri fattori produttivi.

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

La rilevanza attribuita al limite fissato dalla legge ha richiesto uno specifico presidio penale. Un equivoco di fondo ha tuttavia accompagnato, sin dall'origine, l'applicazione della legge 108/96, pregiudicandone apprezzabilmente la determinatezza e tassatività.

---

[79] '*Sul piano della teoria economica, la correlazione tra rischio e rendimento non ha un andamento sempre crescente. Oltre un certo livello, nessun aumento di tasso può compensare l'aumento del rischio, anzi l'onerosità del tasso aggrava il rischio in una spirale perversa. La curva di offerta dei prestiti – che raffigura la quantità di credito offerta dagli intermediari in funzione del prezzo a cui il finanziamento viene erogato – diviene a quel punto anelastica, insensibile al tasso*.'. (G. Berionne, Consiglio Superiore della Magistratura, incontro di studio sul tema: 'Usura e disciplina penale del credito', Frascati 1997).

Nel rispetto della riserva di legge in materia penale, il compito assegnato all'organo amministrativo viene esplicitamente circoscritto alla mera rilevazione del tasso medio del mercato del credito. Poiché si riscontrano sul mercato valori assai differenziati in funzione della tipologia del credito, la rilevazione viene stabilita con riferimento a ciascuna categoria di credito, secondo una classificazione fissata annualmente dal MEF, Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia.

Già questo aspetto introduce un'apprezzabile discrezionalità, ancorché la legge ne fissi i criteri applicativi. Ulteriori margini discrezionali sono stati ricavati negli spazi più propriamente tecnici che la legge non definisce in quanto di comune impiego in materia finanziaria.

Ne sono derivate, nella fase applicativa della legge, forzature logico-concettuali e peculiari classificazioni del credito che, travisando lo spirito della legge, introducono ampi spazi di flessibilità entro i quali risulta esercitata dall'organo amministrativo una vera e propria gestione dei limiti d'usura.

Per altro, finalità di certezza nella verifica del rispetto delle soglie d'usura, oltre che di accostamento logico di confronto, hanno indotto il MEF a prevedere all'art. 3, comma 2: "*Le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia.*".

Il termine *'criteri di calcolo'* è stato inteso nella sua accezione più ampia, dalla stretta formula di calcolo del TEG ai criteri di inclusione previsti nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Proprio questo disposto ministeriale ha rimesso alla Banca d'Italia ampi spazi discrezionali, offrendo al tempo stesso, una protezione all'operatore bancario dall'eventualità di incorrere nella sanzione penale. Sin dall'inizio, l'esclusione delle CMS e di altre spese che accompagnano l'erogazione del credito, oltre all'inedita formula di calcolo del TEG, si sono posti in contraddizione con il chiaro tenore dell'art. 644 c.p.. La salvaguardia frapposta dal menzionato art. 3, comma 2, ha creato quell'incertezza applicativa, impedendo giudizi informati a chiari principi di tassa-

tività e sufficiente determinatezza della fattispecie penale. Si è in tal modo venuto divaricando il piano civile da quello penale dell'usura: la fonte sovraordinata del disposto dell'art. 644 c.p., che individua l'elemento oggettivo dell'usura, è risultata privata dell'elemento soggettivo di consapevolezza e volontà, al quale si riconnette la sanzione penale.

Attraverso il riferimento indotto dall'art. 3, comma 2, del decreto ministeriale, le valutazioni tecniche e scelte interpretative adottate dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM, sopravanzano il compito di 'fotografare', venendosi impropriamente a fondere con i criteri di verifica dell'usura. Attraverso la veste tecnica le scelte operate dalla Banca d'Italia si trovano a interagire significativamente con l'applicazione della norma penale. Si sono venuti in tal modo a costituire apprezzabili margini di discrezionalità presso la Banca d'Italia, sottratti ad ogni forma di specifica regolamentazione della norma sovraordinata.

La tassatività della norma primaria si trasla nella norma secondaria e, se quest'ultima viene a confliggere con la prima, risulta pregiudicata la certezza della norma e vanificato il presidio penale. Quando i periti di parte e d'ufficio pervengono, sulla base di ricostruzioni tecnicamente corrette, a risultati divergenti che rispecchiano le potenziali discrasie fra norma primaria e norma amministrativa, il giudice potrà vagliare le scelte operate ed accertare la condotta illecita ma, il più delle volte, non potrà ritenere integrato il reato, per carenza dell'elemento soggettivo.

Come è noto, l'introduzione delle soglie d'usura a partire dal '97 ha indotto un esasperato innalzamento ed impiego delle CMS, non ricomprese nella determinazione del TEGM, ed una proliferazione delle spese connesse al credito per la loro edulcorata incidenza nel calcolo del TEG[80]. I recenti interventi legislativi e le nuove 'Istruzioni' della Banca d'Italia, con l'inclusione nel TEGM delle prime (poi soppresse dal D.L. 6/12/11 conv. legge 22/12/11, n. 214) e la limitazione posta alle seconde, hanno rimosso questa specifica lacuna che per lungo tempo ha impedito un pieno dispiego del presidio penale.

[80] Un'indagine della Commissione Europea del 2006 ed un'analoga indagine condotta l'anno successivo dall'Autorità Antitrust avevano segnalato la palese distorsione del fenomeno.

Permanendo il disposto dell'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali, altre ed in parte nuove anomalie vengono pregiudicando l'applicazione dell'art. 644 c.p.. Il collegamento alla complessa articolazione delle Istruzioni di rilevazione del TEGM della Banca d'Italia pone significativi problemi di coerenza con la norma sovraordinata, riflettendo scelte informate ad un'accentuata discrezionalità che appaiono discostarsi da criteri oggettivi e creano discrasie di apprezzabile rilievo se applicati pedissequamente alla verifica del rispetto delle soglie d'usura.

Per altro le 'Istruzioni' della Banca d'Italia sono risultate successivamente interpretate, integrate e modificate dalle FAQ (*Risposte ai quesiti in materia di rilevazione del TEGM, 1 febbraio '10 e, in particolare, 1 dicembre 2010*), rendendo mutevole, complessa e variegata la sfera applicativa del rispetto delle soglie, con un'inevitabile pregiudizio al principio di determinatezza e tassatività della norma.

Le 'Istruzioni', e le FAQ della Banca d'Italia, nonostante il menzionato richiamo dell'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali, rimangono comunque sottordinate al disposto di legge, al quale sostanzialmente devono essere informati i comportamenti bancari. Questo aspetto viene esplicitamente ribadito dalla Cassazione n. 46669/11: "*Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito.*".

Con questa chiara e dirimente enunciazione, la Cassazione ha posto un rigido baluardo all'art. 644 c.p., presidiando la norma da letture di parte che in passato ne hanno minato una corretta applicazione.

Non appare più sufficiente il formale rispetto delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia per escludere, in ogni caso, rilevanza e pregnanza soggettiva del reato

d'usura; soprattutto nelle concrete circostanze nelle quali anche solo dubbi e perplessità determinano, in termini logici, l'accettazione del rischio d'usura[81].

3.1 La matematica della Banca d'Italia.

Sin dall' introduzione della legge 108/96, si temeva che la rigidità delle soglie potesse precludere eccessivamente l'accesso al credito, con limitazioni discriminanti in particolare per quei settori più fragili e quei territori più sfavoriti logisticamente.

Non potendo temperare la rigidità del limite posto dalla norma, l'intervento della Banca d'Italia si è appuntato, oltre che sui criteri di inclusione degli oneri, sulla misurazione di detto limite, piegando la matematica finanziaria entro un algoritmo inedito (TEG) che restituisce un valore del costo del credito inferiore al tasso ordinariamente utilizzato nel mercato (TAEG).

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 36.500}}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri x 100}}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

I criteri di inclusione di commissioni, oneri e spese e la correzione alla tradizionale formula inversa del tasso di interesse sono apparsi inizialmente di scarso rilievo pratico, risultando le CMS e le spese di modesta entità.

La formula ideata dalla Banca d'Italia è del tutto sconosciuta alla matematica finanziaria. Con tale formula si realizza un improprio allentamento del vincolo disposto dall'art. 644 c.p., introducendo una discriminazione fra interessi da un lato e commissioni, oneri e spese dall'altro: ai primi si applica rigidamente il disposto normativo, riferendoli al credito erogato, mentre ai secondi si applica un diverso e più edulcorato vincolo, riferendoli al credito accordato o, al più, al massimo credito concesso nel trimestre, replicando per questa via la stessa distorsione di calcolo delle CMS, soppresse dal legislatore.

[81] Alquanto dissonante appare il reiterato riferimento della Banca d'Italia all'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali, da ultimo richiamato nella recente stringata comunicazione del 29 maggio 2013: "*Per far sì che i tassi effettivamente applicati risultino contenuti entro i limiti previsti dalla legge, i decreti ministeriali con i quali vengono trimestralmente pubblicati i tassi soglia stabiliscono che gli intermediari debbano far riferimento ai medesimi criteri previsti dalle 'Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura' emanate dalla Banca d'Italia*".

I menzionati criteri di inclusione e l'algoritmo di calcolo proposto, estesi dalla rilevazione del TEGM alla verifica del rispetto delle soglie, hanno liberato spazi di flessibilità, consentendo all'intermediario di modificare discrezionalmente il costo del credito, lasciando invariato il valore del TEG rilevato con l'inusuale metro di misura concepito dalla Banca d'Italia.

Volendo praticare, in termini matematici corretti, un'applicazione letterale dell'art. 644 c.p., occorrerebbe far esclusivo riferimento all'usuale formula finanziaria (TAEG) indicata nei manuali di tecnica bancaria, in Direttive comunitarie e in disposizioni legislative, ottenuta rapportando l'intero aggregato di interessi, commissioni e spese al credito medio concesso nel trimestre.[82].

$$T.A.E.G. = \frac{(\text{interessi} + \text{oneri} + \text{CMS}) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

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 fra interesse in senso stretto e commissioni, oneri e spese.

Tuttavia tale formula di calcolo, nella rilevazione statistica di un valore medio di mercato, curata *ex post*, presenta difficoltà applicative in presenza di costi fissi che vengono esatti a prescindere dall'importo del credito utilizzato o in presenza di costi variabili (CMS) commisurati non all'utilizzo nel tempo, ma puntualmente sull'importo massimo utilizzato. Per un utilizzo esiguo o nullo del credito, la presenza di un costo fisso conduce a valori del TAEG marcatamente elevati, tendenzialmente illimitati; analogamente per un costo puntato sul massimo utilizzo, come è stato per lungo tempo per la CMS.

Nelle Istruzioni per la rilevazione delle soglie d'usura, la Banca d'Italia, per evitare le anomalie sopra menzionate, che avrebbero potuto rendere inconsistente e scarsamente significativo il valore del TEGM, ha adottato la menzionata formula di calcolo che introduce una correzione al tasso effettivo: gli interessi rimangono commisurati al credito, mentre gli oneri e spese vengono commisurati non al credito utilizzato, bensì al fido accordato o, in assenza di fido, al massimo scoperto.

[82] E' questo l'algoritmo fatto proprio dal Gup di Ascoli Piceno nella sentenza esaminata dalla Cassazione Pen. n. 12028/10.

Per di più, nelle 'Istruzioni' in vigore dal '97 a tutto il '09, per commissioni, oneri e spese era omessa nella formula di calcolo l'annualizzazione, così che gli interessi venivano riferiti all'anno, mentre le commissioni, gli oneri e le spese erano riferite al trimestre.

La rilevante asimmetria fra interessi in senso stretto e le altre voci di costo ha assecondato e favorito la rapida proliferazione di queste ultime, esasperando la discrasia fra le 'Istruzioni' e il dettato dell'art. 644 c.p.. Quest'ultimo, allargando il concetto di interesse a commissioni, oneri e spese, riferisce l'intero aggregato dei costi sopportati al tempo e all'importo del credito erogato, senza alcuna distinzione né deroga, salvo le imposte e tasse.

Le preordinate anomalie hanno retto per oltre tredici anni, sino alla censura della Cassazione Penale, il cui giudizio si è appuntato sui criteri di inclusione di commissioni, oneri e spese, in particolare delle CMS, ma i principi ribaditi dalle pronunce coinvolgono più in generale tutti gli aspetti che intervengono nella verifica dell'usura.

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

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

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

La Banca d'Italia, nelle nuove 'Istruzioni' divenute operative dal '10, ha ritenuto di conservare la menzionata formula rettificata. Ha tuttavia ricompreso più compiutamente nel calcolo tutte le spese attinenti il credito, correggendo l'anomalia delle commissioni, oneri e spese, prima considerati solo su base trimestrale. In particolare:

i) sono state ricomprese nel calcolo del TEG sia le CMS sia ogni altra voce di spesa collegata al credito, ivi comprese quelle preliminari all'erogazione, la commissione di affidamento e di istruttoria veloce. Inoltre, onde evitare facili elusioni, il criterio di inclusione è stato spostato dagli interessi, oneri e spese percepiti dalla banca al totale dei costi, a qualunque titolo, subiti dal cliente nell'accesso al credito, ricomprendendo anche gli oneri e spese riferiti a servizi prestati da terzi (assicurazioni, mediatori, periti, ecc.)[83];

ii) in ottemperanza al disposto legislativo 108/96 che prevede la rilevazione del tasso effettivo riferito all'anno, si è prevista l'annualizzazione, oltre che degli interessi, anche degli oneri, intendendo rimuovere la palese incongruenza delle precedente formula di calcolo che, mentre rilevava l'interesse su base annua, rilevava gli oneri e spese riferiti al trimestre[84].

In un'espressione concettualmente più accessibile, il TEG impiegato dalla Banca d'Italia per la rilevazione statistica del tasso medio di mercato è dato da:

$$\text{T.E.G.} = \text{TEG Interessi} + \text{TEG Oneri}$$

a partire dal 1/1/10:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 4}}{\text{Credito medio del trimestre}} + \frac{\text{Oneri (comprese CMS) annualizzati}}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

sino al 31/12/09:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 4}}{\text{Credito medio del trimestre}} + \frac{\text{Oneri (escluse CMS)}}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

Con le modifiche operate, il TEG impiegato per la determinazione del tasso medio di mercato (TEGM) è stato accostato al TEG riveniente dall'art. 644 c.p. ma

[83] Sino al '09 era agevole eludere la norma spostando su terzi una parte dei costi: sino al I trimestre '10 si poteva anche delocalizzare su finanziarie la stessa erogazione del credito, beneficiando delle soglie d'usura più elevate previste per questi soggetti.

[84] Gli interessi riportati nella prima frazione del TEG venivano correttamente riportati all'anno, mentre gli oneri riportati nella seconda frazione venivano riferiti al trimestre, con un'incidenza ridotta ad ¼.

significativi aspetti di opacità continuano a prestare il fianco a comportamenti degenerativi dell'attività creditizia.

3.2 L'asimmetria nell'incidenza sul TEG di Interessi ed Oneri.

Come osservato, la formula rettificata del TEG adottata dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato è la risultante della somma di due frazioni: una corrispondente al TEG Interessi, correttamente annualizzati e rapportati al credito medio del trimestre, l'altra corrispondente al TEG Oneri, rapportati al fido o al credito massimo utilizzato, che precedentemente non era annualizzato, mentre con le ultime 'Istruzioni' 'dovrebbe' essere annualizzato: vedremo più avanti che anche nei criteri di annualizzazione si celano significativi margini di edulcorazione.

Un esempio aiuta a comprendere le incongruenze della formula del TEG e le ragioni per le quali le banche, nel corso dei tredici anni precedenti il provvedimento n. 2/09, hanno potuto introdurre una serie indefinita di commissioni, spese ed oneri, aumentando impropriamente il costo del credito senza debordare i limiti d'usura.

E' ormai frequente incontrare un estratto conto nel quale gli oneri addebitati sono prossimi agli interessi: si è assistito talora ad addebiti di commissioni che sopravanzavano gli stessi interessi; ora le CMS sono state abolite ma le nuove commissioni conservano un'incidenza comunque apprezzabile.

trimestre	numeri /1.000	fido o max scoperto	interessi	Oneri
...	...	...	...	...
...	3.300	53.800	1.000	800

Nell'esempio riportato, con € 1.000 di interessi e € 800 di oneri, il costo del credito, secondo l'usuale formula finanziaria (TAEG), si ragguaglia al 19,91%. E' incontrovertibile che questo sia l'effettivo costo del credito, al quale fa riferimento l'art. 644 c.p..

(Numeri/90) = Credito medio = € 36.667
Fido/credito massimo = € 53.800
Interessi € 1.000; Oneri € 800

TAEG Interessi = 11,06%
TAEG Oneri = 8,85%

TAEG Totale = 19,91%

Vi è piena simmetria fra interessi ed oneri, nel senso che il rapporto fra i rispettivi TAEG corrisponde al rapporto fra i rispettivi importi. Com'è implicito nella formulazione dell'art. 644 c.p., è indifferente la natura dell'addebito: uno stesso importo se addebitato a titolo di interessi o a titolo di oneri non induce alcuna modifica nel TAEG complessivo.

Al contrario, con le 'Istruzioni' della Banca d'Italia in vigore fino al '09, ancorché gli oneri (€ 800) siano prossimi agli interessi (€ 1.000), il relativo TEG si commisura all'1,49%, pari a meno di 1/7 del TEG interessi (11,06%).

precedenti 'Istruzioni'	TEG Interessi: 11,06%	**TEG Totale: 12,55%**
	TEG Oneri: 1,49%	

E' evidente l'abnorme divario: mentre il TEG relativo agli interessi rimane invariato all'11,6%, come nel TAEG, il TEG relativo agli oneri si riduce dall'8,85% del TAEG all'1,49% del TEG.

Questa palese asimmetria è riconducibile alla circostanza che gli oneri sono riferiti al credito massimo o fido accordato, non al credito medio; inoltre non sono calcolati su base annuale per cui hanno un peso ridotto ad un quarto (base trimestrale). Il TEG complessivo si ragguaglia al 12,55%, pari a 2/3 del costo effettivo del credito (TAEG 19,91%).

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 accresciuto gli oneri e spese, sfruttando altresì gli incerti confini che separano il servizio del credito dagli altri servizi prestati in conto, il cui costo è anch'esso escluso dal calcolo del TEG[85].

[85] Il dott. Luca Criscuolo, CTU nel procedimento penale di Palmi, oggetto di esame della sentenza della Cassazione n. 46669/11, riporta come una primaria banca interessata dal procedimento stesso, avesse pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ai sensi della normativa sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, un avviso '*nel quale si comunicava alla clientela la ridenominazione e la sostituzione di alcuni oneri, specificando tra l'altro che le spese qualificate 'diritti di chiusura' sono denominate 'spese tenuta conto', ciò al fine di non considerare le spese di chiusura, essendo gli oneri per tenuta conto esclusi dal calcolo del tasso*'.

Questi sono stati i criteri che, per 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 precostituire margini di flessibilità, dei quali ha ampiamente abusato l'operatore bancario.

Come per l'esclusione delle CMS, non si ravvisa alcuna ragionevole motivazione finanziaria per l'omessa annualizzazione nella formula del TEG. La motivazione va individuata altrove, in quanto accennato in premessa: 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. a tali criteri attraverso uno stereotipo di omogeneità, non previsto né necessitato da pretestuosi collegamenti logici e finanziari.

Con le nuove 'Istruzioni' la discrasia non è stata rimossa, ma solo ridotta: con la prevista annualizzazione degli oneri (x 4), quando correttamente operata, il relativo TEG Oneri passa al 5,95%, ma rimane sempre riferito al credito massimo, anziché a quello medio. Il TEG complessivo si ragguaglia al 17,01%, comunque inferiore al costo del credito (TAEG 19,91%).

nuove 'Istruzioni'	TEG Interessi: 11,06%	**TEG Totale: 17,01%**
	TEG Oneri: 5,95%	

Come accennato, la necessità di rendere consistente e significativo il valore del TEGM ha indotto la Banca d'Italia a non rimuovere la rettifica all'ordinaria formula del tasso effettivo, mantenendo la doppia frazione di calcolo. Il riferimento al credito erogato, previsto dall'art. 644 c.p., si applica solo agli interessi, mentre per commissioni, oneri e spese il riferimento è sostituito con il credito accordato o con il credito massimo del trimestre. Con il riflesso che l'incidenza sul TEG di commissioni, oneri e spese rimane, di norma, inferiore a quella degli interessi, inducendo una sottostima dell'effettivo costo del credito.

E' palese che, ancorché il TEGM risulti sottostimato e induca quindi una so-

glia d'usura più stringente, se lo stesso algoritmo è impiegato anche per la verifica dell'usura, si creano gradi di libertà nel traslare il costo del credito sulle spese, che hanno un'incidenza inferiore nel TEG complessivo.

L'asimmetria fra le due frazioni che compongono il TEG costituisce un elemento di criticità che ricorre per lo più nelle circostanze nelle quali il credito utilizzato si discosta sensibilmente dal credito accordato o dal massimo credito del trimestre e gli interessi risultano proporzionalmente esigui rispetto alle spese fisse. Nell'esempio sopra riportato il divario fra le due poste di credito, quella massima e quella media, induce una significativa riduzione dell'incidenza degli oneri sul TEG totale.

Certamente anche il TEGM risulta sottostimato, non cogliendo compiutamente l'incidenza di commissioni, oneri e spese e fornendo, di riflesso, un'informazione statistica distorta del costo medio del credito. Tuttavia l'asimmetria del diverso rilievo degli interessi e degli oneri, consente un impiego 'addomesticato' dei criteri di verifica dell'usura: negli ultimi quindici anni, l'intermediario bancario, traslando il costo del credito dagli interessi alle commissioni, oneri e spese, ha potuto conseguire un significativo incremento dei ricavi, lasciando invariato il TEG comunicato alla Banca d'Italia.

L'algoritmo impiegato dalla Banca d'Italia, giudicato funzionale alla rilevazione del tasso medio di mercato, presta il fianco a pregnanti distorsioni se impiegato acriticamente per la verifica del rispetto delle soglie d'usura.

Le posizioni e gli interventi adottati dalla Banca d'Italia non sembrano aver corretto l'anomalia. Il TEG di rilevazione continua a risultare falsato dalla asimmetria nella formula di calcolo, fra interessi rapportati al credito medio e oneri rapportati al credito massimo: l'effettivo tasso di credito (TAEG) risulta spesso marcatamente più alto. I criteri di annualizzazione degli oneri nel TEG, in particolare delle commissioni di istruttoria veloce, come modificati dalle FAQ, disattendono elementari principi finanziari che pur sembrava volersi rispettare nella formulazione delle nuove "Istruzioni" della Banca d'Italia [86].

[86]In maniera alquanto impropria e singolare, con le FAQ del 1° dicembre '10 si è modificato, con decorrenza dal trimestre di rilevazione ottobre-dicembre 2010, il criterio di an-

Comportamenti opportunistici che tendono a conseguire benefici economici, travisando lo spirito della norma espresso dall'art. 644 c.p., ancorché risultino nella forma coerenti con le 'Istruzioni' e/o con le successive FAQ di chiarimento espresse dalla Banca d'Italia, non esimono l'intermediario dal reato d'usura. A questi comportamenti appare collegarsi il menzionato passaggio della Cassazione n. 46669/11 dove si riporta "*Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari ...*". Nella circostanza prospettata, è illegittimo il comportamento dell'intermediario che, utilizzando il fianco offerto da '*circolari o direttive'* più o meno coerenti con l'art. 644 c.p., modifica in modo 'acconcio' l'assetto delle condizioni praticate, per rientrare formalmente nei parametri stabiliti dalle 'Istruzioni' e dalle 'interpretazioni' offerte dalle FAQ e disattendere sostanzialmente il portato normativo dell'art. 644 c.p.[87].

3.3 L'annualizzazione nelle nuove 'Istruzioni' e la successiva edulcorazione delle FAQ.

Come menzionato, l'annualizzazione degli oneri, dopo la formale introduzione nelle nuove 'Istruzioni', è stata sostanzialmente ridimensionata dalle FAQ intervenute successivamente.

---

nualizzazione previsto dalle 'Istruzioni'. La modifica, rimuovendo in larga parte l'annualizzazione, ha risvolti economici apprezzabili, risulta priva di fondamento logico-finanziario e si pone in contrasto con il dettato dell'art. 644 c.p. che, ancorché interessi, oneri e spese siano calcolati trimestralmente, pone il riferimento al 'tasso effettivo annuo'. Sorge il ragionevole dubbio che la modifica sia stata curata dagli uffici competenti senza un sufficiente vaglio dei riflessi giuridici ed economici.

[87] *"L'attività bancaria nel suo complesso, quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta del risparmio (si veda in particolare il D.L.vo n. 385/93) risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle tante forme di esercizio di impresa, già di per sé sottoposto a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato (spesso trascurato) della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost. predisposta a favore della collettività, un 'servizio' per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, di vigilanza e di 'trasparenza'; ne deriva che i profili di responsabilità nell'espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità all'elevato grado di professionalità richiesto."* (Cassazione, Sez. I Civile, 23/2/00 n. 2058).

Nella legge 108/96 è esplicito il riferimento al computo del tasso d'interesse effettivo espresso su base annuale. Di regola il tasso effettivo è sempre calcolato in ragione d'anno[88].

Il passaggio dalla base trimestrale di addebito alla base annuale di calcolo si presenta concettualmente semplice: per un credito di € 100 il pagamento di una remunerazione costante trimestrale di € 4 corrisponde al 4% trimestrale e al 16% annuale[89]. Con una soglia al 17% l'operazione non presenterebbe usura.

Diversamente si presenta la situazione se la remunerazione, anziché costante fosse variabile, ad esempio € 7 il I trimestre, € 3 il secondo trimestre, € 4 il III trimestre e € 2 il IV trimestre. La somma finale risulterebbe sempre € 16, complessivamente nell'anno si è corrisposto il 16% del credito, ma nei distinti trimestri finanziariamente si è corrisposto il 28% il I trimestre, il 12% il II trimestre, il 16% il III trimestre e l' 8% il IV trimestre. Non vi é dubbio che la legge si riferisca alla rilevazione dell'esborso trimestrale ancorché il tasso sia calcolato su base annua: conseguentemente il I trimestre cade in usura. In altri termini non risulterebbe consentita alcuna forma di compensazione tra un trimestre e l'altro. Coerentemente con questo principio, il limite massimo della commissione di affidamento, per l'istruttoria fido che gli intermediari curano di regola annualmente, è fissato dal D.L. 78/09, conv. legge 102/09, nello 0,50% trimestrale, non nel 2% annuale: gli oneri annuali non possono

[88] Si tralascia una prima smagliatura delle 'Istruzioni' rispetto alla norma di legge: la legge fa riferimento non al tasso annuo, ma al 'tasso effettivo annuo' con risvolti finanziari che, presumibilmente per semplicità di rilevazione, vengono trascurati nelle 'Istruzioni'. Un esempio può essere di aiuto. Se l'ammontare di interessi, commissioni e spese imputati al trimestre ammonta a € 10 e lo scoperto medio di conto, nel trimestre, è pari a € 400, il tasso annuo, su base trimestrale è pari al 10% (10/400 x 365/92): questo è il tasso annuo, il cui pagamento però è distribuito in quattro momenti dell'anno, in ciascuno dei quali si viene a pagare il 2,5%. Poiché sugli € 10, che vanno ad incrementare alla fine del trimestre il credito, maturano ulteriori interessi nei successivi trimestri dell'anno, il tasso effettivo che si viene a corrispondere, in ragione d'anno, è pari al 10,38% [= (1 + 2,5%)^4 - 1] del credito utilizzato nel trimestre. In altri termini risulta finanziariamente equivalente pagare il 10% con 4 pagamenti trimestrali del 2,5% o pagare, in unica soluzione, a fine anno il 10,38%. Il 10% è il tasso annuo, il 10,38% è il tasso effettivo annuo: a quest'ultimo si riferisce il disposto dell'art. 644 c.p..

[89] In un rigoroso calcolo finanziario si renderebbe necessario tener conto, oltre che della capitalizzazione infrannuale, dei giorni del trimestre.

essere esatti interamente all'inizio dell'anno di riferimento e computati nel TEG pro quota trimestralmente.

Nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, per gli oneri riportati nella seconda frazione del TEG, che possono variare apprezzabilmente fra un trimestre e l'altro, si prevedono deroghe al principio sopra riportato.

Nelle 'Istruzioni' per l'annualizzazione degli oneri ci si discosta dall'ordinario criterio impiegato per gli interessi, per i quali si calcola l'equivalente esborso annuale (senza capitalizzazione). Nel riportare l'esborso trimestrale degli oneri al tasso annuale, le 'Istruzioni' introducono la distinzione fra oneri ricorrenti ed oneri occasionali. Per i primi si prevede la riconduzione all'anno, calcolando gli addebiti intervenuti nell'ultimo anno o, nel caso di nuovi rapporti o di variazioni contrattuali, la loro stima (vengono moltiplicati per quattro, ad esempio); per i secondi, connessi a circostanze occasionali, destinate a non ripetersi, non si effettua alcuna annualizzazione. Le 'Istruzioni' recitano: "*gli oneri su base annua sono calcolati includendo tutte le spese sostenute nei dodici mesi precedenti la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste siano connesse con eventi di tipo occasionale, destinati a non ripetersi*. *Nel caso di nuovi rapporti o di variazione delle condizioni … gli oneri annuali dovranno essere stimati sulla base delle condizioni contrattuali applicate."*

Le deroghe ai principi finanziari riferiti al costo trimestrale sono due: i) per gli oneri ricorrenti, il criterio di annualizzazione considera gli oneri degli ultimi quattro trimestri, realizzando in tal modo la compensazione fra importi più alti e importi più bassi; ii) gli oneri occasionali non vengono annualizzati: se la presunzione giustificativa fosse che tali oneri siano riferibili a servizi che si estendono a più trimestri, si poteva evitare tale deroga, inducendo le banche ad un addebito pro quota trimestrale, come si è previsto per legge con le commissioni di affidato o quanto meno la loro partecipazione ad ogni trimestre al quale è esteso il servizio. Se poi l'onere occasionale è semplicemente riferito ad un unico trimestre, non si comprende – secondo gli ordinari canoni finanziari – perché non debba essere annualizzato.

Tali criteri, ritenuti, nella discrezionalità professionale della Banca d'Italia, coerenti per una corretta rilevazione statistica del tasso medio di mercato (TEGM), destano serie perplessità sul piano tecnico. Impiegati anche nella verifica della soglia

d'usura, determinano un conflitto, secondo gli ordinari canoni finanziari, con il principio normativo di riferimento alla base annua. La discrasia diviene ancor più significativa quando oneri ricorrenti vengono trattati per occasionali, e di riflesso non vengono annualizzati.

Avendo il D.L. 185/08, conv. legge n. 2/09, previsto per gli affidamenti una commissione trimestrale onnicomprensiva di tutto, ricompresa ed annualizzata nel calcolo del TEG, il problema si pone soprattutto per le commissioni sugli sconfini e scoperti privi di fido (CIV), applicate secondo criteri tra i più 'disparati' sino all'1/10/12 e poi anch'esse regolamentate dall'art. 117 bis del TUB, inserito dal D.L. 6/12/11 conv. legge 22/12/11, n. 214[90]. Non è la prima volta che si confida nel pieno liberismo e solo dopo aver subito, '*preda dei regolati*', le conseguenze di comportamenti informati ad un sospinto opportunismo, si interviene a rimediare con 'paletti' normativi e regolamenti[91].

Mentre la commissione di affidamento ricorre trimestralmente e quindi nell'algoritmo di calcolo previsto dalle 'Istruzioni' viene annualizzata, la commissione di scoperto, seguendo i peculiari criteri stabiliti dalla Banca d'Italia, pone un problema di annualizzazione in quanto può risultare associata ad eventi sia occasionali che ricorrenti. La soluzione potrebbe agevolmente essere trovata sul piano operativo. Se la CIV si ripete nell'arco dell'anno non può che essere annualizzata, o con l'ordinario criterio finanziario (x 4), o con l'edulcorato criterio introdotto dalla Banca d'Italia. Il concetto di scoperto 'ricorrente' va inteso rispetto al trimestre, che costituisce la base temporale di rilevazione, e il ripetersi di scoperti in due trimestri dell'ultimo anno fa venir meno la condizione di 'occasionale' che consentirebbe, secondo le 'Istruzioni', di evitare l'annualizzazione: ciò risulta corrispondente finanziariamente ad una stima di eventi di scoperto, per l'anno a venire, pari alla ricorrenza dell'anno appena trascorso.

---

[90] Cfr. Banca d'Italia, *Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto* (documento privo di data).

[91] "Un modello in cui gli operatori considerano lecita ogni mossa, in cui si crede ciecamente nella capacità del mercato di autoregolamentarsi, in cui divengono comuni gravi malversazioni, in cui i regolatori dei mercati sono deboli o prede dei regolati, in cui i compensi degli alti dirigenti d'impresa sono ai più eticamente intollerabili, non può essere un modello per la crescita del mondo". *(M. Draghi, Governatore della Banca d'Italia, a commento dell'Enciclica* Caritas in veritate*, l'Osservatore Romano, 9 luglio 2009).*

Lo scoperto dovrebbe fisiologicamente risultare occasionale, ma, se il fido concesso è inferiore alle necessità dettate dal capitale circolante e la banca – ancorché abbia valutato, nella sua discrezionalità, l'ammontare di fido ritenuto coerente con il merito di credito del cliente – si mostri flessibile e tollerante nella concessione degli scoperti, non è infrequente il ripetersi e/o il protrarsi di situazioni di scoperto: la ricorrenza è posta in buona misura nella discrezionalità della banca. Il fenomeno è ampiamente diffuso e risalente nel tempo: in sede civile numerose pronunce, anche di legittimità, si sono occupate del fido di fatto protratto talora per anni[92].

Pertanto, la ricorrenza dello scoperto, e di riflesso l'applicazione della relativa commissione, è strettamente connessa alla politica di maggiore o minore cautela po-

[92] Si riscontra spesso da parte dell'intermediario una significativa vischiosità e ritrosia ad una formalizzazione del fido, sia per il più significativo contenuto degli obblighi assunti dalla banca sia per l'impegno del capitale di vigilanza; mentre una distinta e impregiudicata revocabilità unilaterale ed immediata del fido, congiuntamente allo *jus variandi*, ha tutelato maggiormente l'intermediario, sia dal rischio di inesigibilità del credito, sia dal rischio di ascesa dei tassi. Indicative al riguardo sono le considerazioni espresse da P. Ferro-Luzzi: *"Il sistema bancario si è sempre mostrato molto riluttante alla determinazione precisa degli obblighi della banca e dei diritti del cliente in ordine alla 'disponibilità', sfumando più possibile il contenuto e la portata del diritto del cliente. Al proposito le vecchie N.B.U., vado a memoria ma non credo di sbagliare di molto, per quanto riguardava il recesso della banca dall'apertura di credito stabilivano: 'La banca ha la facoltà di recedere in qualsiasi momento, anche con una comunicazione verbale, dall'apertura di credito, ancorché concessa a tempo determinato, nonché di ridurla o sospenderla; per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al cliente, con lettera raccomandata un preavviso non inferiore a 1 giorno'. La formula oggi è probabilmente diversa, e non è questa la sede per criticarla, mostra però all'evidenza la riluttanza a considerare la disponibilità come un 'dovere di dare' giuridicamente rilevante della banca. Conferma questa impressione la circostanza, vado ancora a memoria, che nei bilanci delle banche se viene registrata l'entità dell'utilizzato, l'entità dell'affidato, se appare, appare invece 'sotto la linea', come semplice impegno (c.d. 'margine disponibile'); del resto l'^affidato', se non accompagnato da clausole di 'irrevocabilità', ben rare, non ha come tale un suo rilievo, un suo peso nella determinazione dell'impegno del patrimonio a fini di vigilanza. Si è in realtà in presenza di uno dei tanti, purtroppo frequenti, 'disallineamenti' tra operatività bancaria e disciplina giuridica; in effetti se è sicuro che il cliente non ha un 'diritto di credito' sull'affidato (come, con costante insuccesso, si è talora tentato di sostenere), è altrettanto vero che qualche profilo di 'giuridicità' la posizione del cliente affidato deve pur averlo; le banche tentano di sfumarlo al massimo (revocabilità in qualunque momento, anche nei contratti a tempo determinato, anche con comunicazione verbale e senza prevedere, diciamo, spiegazioni), ma, ripeto, che qualche profilo di rilevanza giuridica vi debba essere, e vi sia, lo dimostrano gli interventi, giurisprudenziali soprattutto, in punto di condizioni di liceità del recesso."* (Paolo Ferro-Luzzi, Ci risiamo. A proposito dell'usura e delle commissioni di massimo scoperto, Giur. Comm. 2006).

sta nella concessione dei fidi e nella misura della rigidità con la quale l'intermediario persegue il rispetto del fido accordato.

Nonostante il chiaro asserto riportato nelle 'Istruzioni', le FAQ, in termini alquanto confusi e distorsivi, hanno offerto la sponda ad una lettura opportunistica, preordinata a rinnegare l'annualizzazione introdotta dalle 'Istruzioni'.

Con le FAQ il concetto di 'evento occasionale' non ripetibile delle 'Istruzioni' viene rimosso e sostituito con il concetto di 'evento non continuativo', così che se l'onere addebitato, ancorché ricorrente in tutti i trimestri, è riferibile a scoperti non continuativi, va considerato solo nell'ultimo addebito, con esclusione quindi degli altri addebiti allo stesso titolo effettuati nell'anno. Una successione di sconfinamenti frazionati nel corso dell'anno, che hanno generato costi ripetitivi, ma riferiti ad uno sconfinamento non continuativo concorrerebbero solo per l'ultimo sconfinamento. Anche le spese ripetute nei trimestri, relative ad uno sconfinamento continuativo, se interrotto anche brevemente, prima del trimestre di rilevazione, egualmente non concorrerebbero nel calcolo del TEG.

Una simile lettura delle 'Istruzioni' – disposta per altro con decorrenza, per la verifica dell'usura, dal 1 aprile '11 – risulta 'bislacca', prima ancora che priva di fondamento logico-finanziario: rimuovendo in buona parte l'annualizzazione, ha riflessi economici di dimensioni significative[93].

---

[93] Con le FAQ del 1° dicembre '10, vengono consolidati i cambiamenti già introdotti nelle FAQ precedenti, chiarendo, per entrambi i casi di scoperto (senza fido e oltre il fido): "*ad esempio, se nel trimestre di segnalazione si è registrato uno scoperto che ha avuto inizio nel trimestre precedente e che sia durato in totale quattro mesi, la segnalazione dovrà considerare gli interessi e gli oneri sostenuti nel trimestre di rilevazione, moltiplicandoli per quattro se si tratta di oneri mensili o per 120 se giornalieri e rapportandoli al saldo massimo di segno negativo registrato nel trimestre di rilevazione*.". Con la precisazione: '*La presente indicazione si applica a partire dalla rilevazione relativa al trimestre ottobre-dicembre 2010* (quindi applicativa, per la verifica, dal 1 aprile '11)".
La confusione e l'irragionevolezza finanziaria del criterio prospettato sollevano ampie perplessità: oltre al palese refuso di associare agli oneri anche gli interessi, che vanno computati in ragione d'anno, con il chiarimento, dopo poco meno di un anno, si mira a modificare il dettato delle 'Istruzioni', sotto la veste di una 'precisazione' alla quale si attribuisce altresì una decorrenza. Nel senso che prima della rilevazione del trimestre ottobre-dicembre 2010, le 'Istruzioni' vanno interpretate per come sono scritte, mentre con la menzionata rilevazione, vanno interpretate come riportato nella precisazione. Appare un

Dopo le chiare ed ineludibili pronunce della Cassazione, la confusione, e soprattutto l'irragionevolezza delle contraddittorie indicazioni date agli operatori bancari per la rilevazione del tasso medio di mercato (TEGM), non può essere traslate, *sic et simpliciter*, alla verifica dell'usura, che risponde esclusivamente ai principi dettati dall'art. 644 c.p.: i rischi del reato rimangono qualora '*gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia'*. Per altro, risulterebbe discriminante per quella parte dell'universo bancario che, in termini finanziari corretti e trasparenti, ha privilegiato una strategia aziendale più attenta ai tassi che ad un onere generalizzato ed indifferenziato di penalizzazione, di scarsa correlazione con il merito di credito. Tale aspetto assume un particolare rilievo per il periodo dal '09 al '12 nel quale la commissione per lo scoperto era rimessa alla 'stravagante' discrezionalità degli intermediari[94]: con la regolamentazione delle commissioni (CIV) il fenomeno risulta più contenuto ma presenta comunque risvolti economici non trascurabili.

La modifica introdotta dalle FAQ dovrebbe sollevare, in sede di verifica del rispetto della soglia, quanto meno un più che lecito dubbio sulla coerenza con il dettato normativo[95].

---

ossimoro: come può una FAQ, per la natura stessa che la costituisce, avere una valenza modificativa della norma che intende chiarire?

[94] Cfr. Banca d'Italia. Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalla Banche su affidamenti e scoperti di conto (doc. privo di data).

[95] D'altra parte nelle stesse FAQ si richiama anche l'applicazione di un passaggio delle 'Istruzioni' dal quale buona parte delle banche, dimostrando una maggiore avvedutezza e cautela di quanto suggerito dalla Banca d'Itala, risulterebbe essersi discostata, per la palese contrarietà al dettato normativo. Il riferimento è al periodo transitorio, fra le precedenti e le nuove 'Istruzioni' della Banca d'Italia, nel passaggio dalle CMS alle commissioni sostitutive di affidamento e di scoperto; le 'Istruzioni' del '09, in maniera arbitraria e alquanto incauta, riportano: *"Si ritiene opportuno precisare che le nuove istruzioni prevedono che fino al 31.12.09 (periodo transitorio) restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente (ma vanno inclusi nel TEG per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia): a) la CMS e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009; b) gli oneri applicati alla clientela per i passaggi a debito di conti non affidati, fino a concorrenza delle spese addebitate ai clienti per la liquidazione trimestrale dei conti affidati; c) gli oneri assicurativi imposti per legge direttamente a carico del cliente (anche per il tramite dell'intermediario).*
Tale opinione appare confliggere, oltre che con la *ratio* della legge usura (L. 108/1996), con l'art 2 bis della stessa legge 28/1/2009, n. 2, che prevede che *'il limite previsto dal*

Il depotenziamento del presidio di legge non sembra aver termine.

Con le 'Istruzioni' in essere sino a tutto il '09, il varco normativo all'elusione dell'art. 644 c.p. è stato realizzato con le CMS e l'asimmetria delle due frazioni componenti il TEG.

Dal '10 un significativo varco viene offerto dalle FAQ che hanno ridimensionato l'annualizzazione introdotta dalle nuove 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Quando ancora si deve porre rimedio ed argine alle distorsioni operative indotte dalle ricorrenti smagliature delle norme amministrative, altre aperture, di maggior rilievo, si vengono profilando con la nuova categoria 'Scoperto senza affidamento'.

3.4 La nuova categoria 'Scoperto senza affidamento' introdotta dalle 'Istruzioni' a partire dal 2010.

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

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

Prima del '10 gli scoperti senza affidamento erano ricompresi nelle aperture di credito con una soglia, nella fascia di importo più basso, del 17% circa: con le modifiche ai criteri di rilevazione del TEG e lo scorporo in due distinte categorie, la soglia degli 'Scoperti senza affidamento' è balzata sino al 29,9%: l'incremento del 70% dà la misura delle commissioni, oneri e spese che venivano 'edulcorati' nella formula di calcolo delle precedenti 'Istruzioni'. L'intervento della Banca d'Italia ha indotto, nella fascia di importo minore, un incremento sistematico del tasso superiore allo spread (50%) di scostamento consentito dalla norma.

---

terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto' e quindi le commissioni in parola non potevano che essere ricomprese nel calcolo del TEG.

CONTI AFFIDATI E NON AFFIDATI: SOGLIE D'USURA				
	Precedenti 'Istruzioni' ('06)			
Trimestre di rilevazione	C/C garantiti e non garantiti & Scoperti senza affidamento			
	< 5.000		> 5.000	
III trimestre 2009	17,39%		12,48%	
IV trimestre 2009	17,64%		12,77%	
	Nuove 'Istruzioni' ('09)			
	C/C garantiti e non garantiti.		Scoperti senza affidamento	
	< 5.000	> 5.000	< 1.500	> 1.500
I trimestre 2010	19,28%	14,39%	29,94%	19,68%
II trimestre 2010	18,72%	14,73%	27,74%	19,68%

Nei trimestri successivi i tassi degli affidamenti si sono assestati su livelli non molto discosti dai livelli del ’09. I tassi degli ‘Scoperti senza affidamento’, dopo un brusca flessione[96], hanno mantenuto, rispetto ai tassi sugli affidamenti, un marcato divario, nell’ordine del 30%.

[96] La menzionata flessione può essere presumibilmente riconducibile, in buona parte, al menzionato intervento modificativo dell’annualizzazione, intervenuto con le FAQ del 1 febbraio ’10 e consolidatosi con le FAQ del 1 dicembre ’10.

CONTI AFFIDATI E NON AFFIDATI: SOGLIE D'USURA						
Trimestre di rilevazione	C/c garantiti e non garantiti		Scoperti senza affidamento		Δ %	
	A1	A2	B1	B2	B1/A1	B2/A2
	sino a 5.000	*oltre 5.000*	*sino a 1.500*	*oltre 1.500*		
I trimestre 2010	19,28%	14,39%	29,94%	19,68%	55,3%	36,8%
II trimestre 2010	18,72%	14,73%	27,74%	19,68%	48,2%	33,6%
III trimestre 2010	17,25%	13,71%	24,42%	19,82%	41,6%	44,5%
IV trimestre 2010	17,07%	13,73%	24,71%	20,13%	44,7%	46,7%
I trimestre 2011	16,70%	13,53%	23,46%	20,31%	40,5%	50,1%
II trimestre 2011	16,65%	13,64%	22,49%	20,40%	35,0%	49,6%
III trimestre 2011	18,05%	15,59%	22,31%	21,43%	23,6%	37,4%
IV trimestre 2011	17,84%	15,53%	22,23%	21,48%	24,6%	38,3%
I trimestre 2012	17,75%	15,64%	22,20%	21,46%	25,1%	37,2%
II trimestre 2012	17,59%	15,81%	21,91%	21,53%	24,6%	36,1%
III trimestre 2012	18,05%	16,41%	22,10%	21,88%	22,4%	33,3%
IV trimestre 2012	17,85%	16,39%	22,43%	22,48%	25,6%	37,1%
I trimestre 2013	18,15%	16,68%	23,25%	22,94%	28,1%	37,6%
II trimestre 2013	18,24%	16,74%	23,85%	23,06%	30,8%	37,8%

Il fenomeno non sembra rimasto nei limiti di marginalità. Le statistiche sono al riguardo carenti: l'informazione rimane al momento ristretta negli ambiti riservati delle politiche aziendali degli intermediari e in quelli relativi alla rilevazione del TEGM e non risulta disponibile.

La Banca d'Italia, nella Relazione sull'analisi d'impatto della Delibera CICR di attuazione dell'art. 117 bis, ha auspicato l'allargamento della categoria riservata agli 'Scoperti senza affidamento' alla componente extra-fido dal credito affidato[97]. Con questa modifica alla classificazione del credito si verrà ad ampliare apprezzabilmente la menzionata categoria degli 'Scoperti senza affidamento', dando la stura a comportamenti opportunistici degli intermediari che, nelle loro valutazioni discrezio-

[97] *"Come possibile soluzione si potrebbe prevedere lo scorporo della componente extra-fido e la classificazione della stessa nella categoria attualmente riservata agli 'scoperti senza affidamento', per le analogie che contraddistinguono le due tipologie di operazioni. Tale categoria presenta soglie strutturalmente più elevate (quelle attuali sono del 21,9% e del 21,5% per le due classi d'importo previste). Da un lato, tale innovazione consentirebbe agli intermediari di applicare tassi più elevati per le operazioni extra-fido, dall'altro, lo scorporo della componente extra-fido determinerebbe una riduzione delle soglie usura per la categoria 'aperture di credito in conto corrente'. Si dovrà inoltre valutare se l'accorpamento di extra-fido e scoperto senza affidamento comporterà una riduzione dei tassi anche in quest'ultima categoria, nel caso in cui – come osservato in alcuni contratti – la prima tipologia sia caratterizzata da tassi meno penalizzanti.".*

nali, possono lesinare la concessione del fido e tollerare al contempo lo scoperto di conto, anche continuativo e di importo significativo. Rimarrà nella completa discrezionalità dell'intermediario stabilire se concedere o meno il fido, l'ammontare eventualmente accordato al tasso ordinario e gestire poi l'extra-fido e lo scoperto con i più ampi margini di flessibilità e entro i limiti di soglia, maggiorati di un terzo, previsti dalla nuova categoria[98]. Già da tempo i nuovi contratti di conto corrente riportano, accanto al tasso previsto per il fido, il tasso concordato per l'eventuale extra-fido, oltre alle commissioni di istruttoria veloce introdotte con il D.L. 6/12/11 n. 201.

Con l'inclusione nella categoria 'Scoperto senza fido' del credito in extra-fido si verrà a tracimare sostanzialmente ogni ragionevole limite di usura, in una delle più diffuse forme di credito. Se dalle aperture di credito si scorpora la parte non affidata, questa presenterà un tasso medio più alto al quale verrà applicato il relativo *spread*: poiché la categoria di attribuzione del credito non è oggettivamente insita nella natura del credito stesso ma è riposta nella discrezionalità dell'intermediario, si vanifica significativamente il senso della soglia d'usura.

L'esperienza passata delle CMS, poste al di fuori del TEG, ha mostrato che la minima 'smagliatura' offerta dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, soprattutto nelle categorie più chiuse alla concorrenza, viene opportunisticamente colta per ampliare il costo del credito[99].

Non appare congruente con una corretta gestione del credito favorire erogazioni oltre i limiti del fido o in assenza di fido, che possono prorogarsi per lunghi periodi e/o per importi significativi a tassi marcatamente più elevati. Sia negli scoperti senza fido che nell'utilizzo del credito in extra-fido, per evitare anomalie e facili

[98] Verrebbe altresì meno la remora ad un'estensione e durata dell'extra fido costituita dalla circostanza che le 'Istruzioni' prevedono il rapporto degli oneri al fido accordato, per cui il debordo dal fido induce una limitazione maggiore nel TEG applicato.

[99] "*Le banche potevano quindi neutralizzare la nuova normativa in tema di usura aumentando le commissioni di massimo scoperto, atteso che queste non venivano conteggiate per verificare il superamento dei tassi soglia. Gli istituti erano altresì avvantaggiati dalla generale discesa dei tassi di mercato negli anni successivi. Mentre i tassi di interesse scendevano, le commissioni di massimo scoperto aumentavano, divenendo così una componente sempre più rilevante dei ricavi derivati dall'attività di finanziamento*". (G. Canali, Giudice Tribunale Brescia, Il contenzioso con le banche e le società di leasing, 25 maggio 2012).

comportamenti opportunistici, si rende necessaria una regolamentazione più stretta, prima che il fenomeno assuma una dimensione più ampia di quella fisiologica[100].

Con l'introduzione della categoria 'Scoperti senza affidamento', la revoca del fido, se l'esposizione non viene prontamente estinta, viene frequentemente accompagnata, nella segnalazione alla Banca d'Italia, con il passaggio del credito dalla categoria 'Aperture di credito' alla nuova categoria, con la conseguente maggiorazione di un terzo della soglia d'usura.

Si nutrono serie perplessità che un credito scaduto e non saldato possa essere automaticamente collocato in una categoria con soglia d'usura più elevata, per le medesime riflessioni che si prospettano per il tasso di mora. Al manifestarsi della patologia e soprattutto a discrezionalità dell'intermediario, verrebbe effettuato un cambio di soglia. Non sembra sia questo lo spirito che informa la legge 108/96[101]. Con il medesimo principio si potrebbero prevedere categorie diverse, ad esempio, per scoperti oltre i 180 gg., per i crediti incagliati o in sofferenza.

Anche in questa circostanza le 'Istruzioni', alle quali vengono accompagnate anche le FAQ, appaiono confuse e incongruenti, e gli intermediari ne vengono cogliendo il lato opportunistico[102].

La legge prevede la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, '*tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie'*. La distinzione del rischio va riferita alla natura oggettiva della tipologia di credito, non all'elemento soggettivo del cliente. Creando, nella stessa tipologia di

[100] Meri palliativi appaiono gli interventi di trasparenza previsti per il credito al consumo.

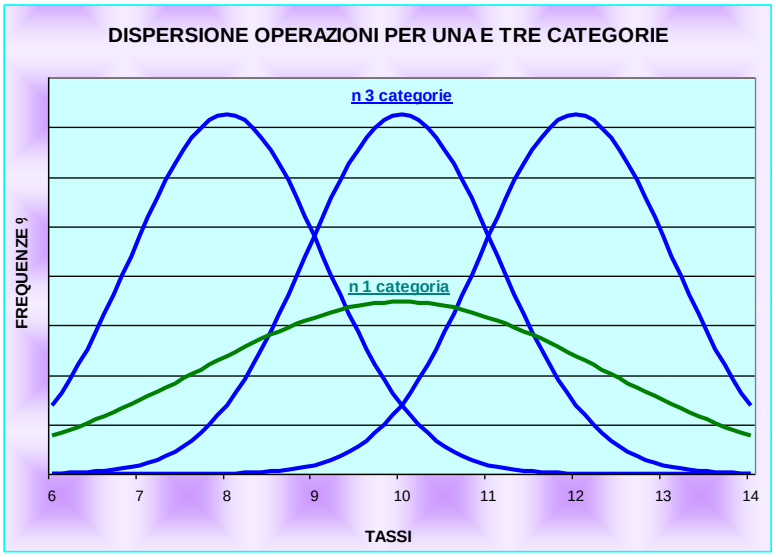
[101] Lo scoperto di conto non costituisce una ordinaria forma di credito. Se si accompagna ad una criticità nella situazione di liquidità, incorpora spesso una gradazione di patologia, non dissimile dal credito scaduto e non pagato.

[102] Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia prevedono al riguardo una distinzione fra fidi revocati e fidi scaduti. I fidi revocati, ancorché non saldati, sono esclusi dalla rilevazione, mentre i fidi scaduti e non saldati continuano, anche nei trimestri successivi, ad essere segnalati nella medesima categoria, con riferimento all'ultimo fido accordato, sino all'estinzione e/o al giro a sofferenza. In entrambi i casi di estinzione del fido la verifica del rispetto della soglia dovrebbe essere effettuata con riferimento alla categoria del credito affidato e con l'ultimo fido accordato. Ma non risulta che le procedure informatiche delle banche siano organizzate in questo senso, né che la Banca d'Italia sia intervenuta con un chiarimento come fatto per gli interessi di mora.

credito, soglie diversificate d'usura in funzione del rischio del cliente si introduce un elemento soggettivo di discrezionalità che vanifica gli obiettivi della legge: teoricamente, scalettando il rischio si perverrebbe facilmente a valori della soglia indefinitamente crescenti, che svilirebbero la funzione dello *spread* dal tasso medio di mercato disposto dalla legge.

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.

La legge 108/96 ha previsto una diversificazione del tasso soglia: un tasso soglia unico per l'intero universo del credito avrebbe richiesto uno *spread* sul tasso medio ben superiore al 25% più 4 punti, inducendo un limite assai lasco per talune forme di credito e assai rigido per altre.



L'esempio nel grafico sopra riportato mostra come, considerando tutto l'universo del credito in un'unica categoria, il TEGM risulterebbe pari al 10% e quindi lo spread al 6,5% (TEGM x 25% + 4%). Il limite risulterebbe troppo lasco per i crediti del 1° tipo (con TEGM pari all'8%), troppo stretto per i crediti del 3° tipo (con TEGM al 12%).

La previsione iniziale di 15 categorie omogenee, ciascuna con un proprio tasso soglia di riferimento, nel ridurre la dispersione intorno alla media, ha consentito

di comprendere entro l'originario *spread* del 50% un'apprezzabile componente di patologia delle operazioni della categoria.

Non sono disponibili dati relativi alla forma ed ampiezza della dispersione intorno alla media dei tassi in ciascuna categoria considerata nell'indagine curata dalla Banca d'Italia; certamente aver elevato la distribuzione delle categorie e classi, dalle originarie 15 alle attuali 25, ha significativamente accresciuto il livello di omogeneità delle operazioni all'interno di ciascuna categoria: la dispersione dei tassi risulta oltremodo contenuta all'interno di ciascuna categoria e il rispetto della soglia apprezzabilmente più agevole.

Introdurre all'interno di una medesima tipologia di credito un'ulteriore distinzione, oltre che per l'importo, anche per classi di rischio, è del tutto equivalente ad un ampliamento dello *spread* per quella forma di credito. 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% + ¼ di 6% + 4 punti) al 14% (8% + ¼ di 8% + 4 punti), potendo l'intermediario bancario, nella sua discrezionalità, spostare agevolmente il credito dalla partizione A alla B.

E' quello che si è fatto con lo scorporo, dalla categoria delle aperture di credito, di quelle prive di fido e quello che 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.

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

Ancorché la Cassazione ritenga che "*non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari*" (Cassazione Pen. n. 12028/10), si assiste ad un interventismo reiterato che fa della 'fotografia' un simulacro.

D'altra parte la classificazione nelle categorie è prevista dalla legge annualmente con decreto ministeriale, dovendo la rilevazione statistica dei tassi medi di mercato rispecchiare d'appresso l'evoluzione del mercato del credito. La scelta del metodo di calcolo del tasso effettivo, dei criteri di raccolta dei dati statistici, dei criteri di individuazione delle categorie omogenee, sono spazi che lasciano eccessivi margini 'in bianco' della norma penale, se vengono intesi in senso creativo: la discrezionalità amministrativa trova limiti e contenimento nell'oggettività dei criteri. Con il disposto dell'art. 3 comma 2 dei decreti ministeriali, si vorrebbe trasporre questi margini 'accomodati' dalla rilevazione statistica del TEGM alla verifica del rispetto della soglia d'usura.

Le indicazioni, spesso parziali e di favore, prospettate dalla Banca d'Italia, appaiono più dirette alla verifica dell'usura che alla rilevazione statistica: sembrano perpetrarsi quegli spazi di scarsa trasparenza e di conflitto con la norma che hanno consentito in passato l'ampio ricorso al *favor rei*, in presenza di significative lesioni al rispetto della legge. Se non si rescinde definitivamente il legame fra criteri di rilevazione del tasso medio (TEGM) e criteri di verifica del rispetto della soglia, permarranno ampie zone di criticità dove la rilevazione del TEGM non fotografa l'effettivo tasso di mercato e, in parallelo, comportamenti equivoci degli intermediari, dietro la formale copertura dell'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali, reitereranno problemi di determinatezza e tassatività della norma.

La Cassazione, anche recentemente, ha ribadito che la riserva di legge è rispettata, risultando affidato alla Banca d'Italia e al MEF solo il compito di fotografare i tassi di mercato[103]. La carenza non è nella legge, è nella norma amministrativa.

---

[103] "*Proprio il rilievo che assume la procedura amministrativa per l'integrazione del reato ha fatto sorgere dei dubbi di costituzionalità della norma. Sul punto è intervenuta questa Sezione che ha statuito che: "In tema di usura è manifestamente infondata l'eccezione di*

Gli interventi della Banca d'Italia appaiono andare ben oltre '*l'atto meramente ricognitivo, destinato a 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari distinti per classi omogenee di operazioni, secondo parametri di certezza ed obiettività'*.

Oltre tutto sul piano contrattuale, introducendo una seconda categoria per il credito in conto corrente e risultando rimessa all'intermediario la discrezionalità di porre il medesimo credito nell'una o nell'altra categoria, con un divario delle soglie di circa un terzo, si rafforza la dominanza della banca sul cliente.

3.5 Costo della raccolta e servizio del credito: un rapporto di 1 a 100.

Nell'ortofrutta, come in altri comparti produttivi, si denunciano spesso gli eccessivi passaggi che fanno lievitare significativamente il prezzo finale del prodotto. Nel settore del credito i passaggi sono minimi, quando non è uno solo, ma dal produttore (risparmiatore) all'utilizzatore (impresa) il prezzo manifesta una lievitazione astrusa, sintomo di una patologia che pervade tutto il sistema: una sorta

---

incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 644, terzo comma cod. pen. e 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108 per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che le predette norme, nel rimettere la determinazione del "tasso soglia", oltre il quale si configura uno degli elementi oggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, determinerebbero una violazione del principio della riserva di legge in materia penale" (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20148 del 18/03/2003 Ud. Rv. 226037). Con tale pronunzia la Corte ha osservato che il principio della riserva di legge è rispettato in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministro del tesoro solo il limitato ruolo di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari. Non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari. Questo percorso postula l'intervento della Banca d'Italia che nella sua qualità di Organo di vigilanza deve fornire le dovute istruzioni alle banche ed agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie.

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

di fiscalità parallela che accompagna ogni transazione creditizia e finanziaria e sembra, all'apparenza, ormai digerita e metabolizzata nell'ordinaria cultura sociale. Risultante di scelte strategiche della Banca d'Italia, che, per lungo tempo, ha ostacolato l'accesso nel territorio nazionale all'operatore estero, privilegiando la stabilità dell'operatore bancario, relegando alla 'disclosure' la tutela di risparmiatori e prenditori di credito, rimettendo al legislatore interventi e regolamenti che potessero sviluppare la concorrenza e, per questa via, favorire un virtuoso processo di calmierazione del mercato del credito.

Le indicazioni 'difformi' della Banca d'Italia in materia d'usura, recentemente circostanziate dalla Cassazione Penale, rispecchiano un più generale uso 'difforme' dei poteri di Vigilanza, dove l'efficienza e stabilità del sistema bancario è fine a se stessa, la competitività è rivolta oltre confine, le norme creditizie risultano ad esse sotto-ordinate e i risvolti finali sullo sviluppo economico più subiti che agiti in una preordinata strategia di Paese.

Con l'ampliamento del numero di categorie e classi di credito, dalle 15 iniziali alle attuali 25 e l'allargamento dello *spread* da 0,50% a 0,25% + 4 punti, disposto dal provvedimento legislativo 106/11, si è data una pronta ed ampia risposta alle esigenze dell'intermediario bancario. Ciò nonostante ulteriori margini di ampliamento vengono surrettiziamente creati nei criteri di verifica delle soglie d'usura.

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.

Con l'inedito algoritmo di calcolo della Banca d'Italia, il TEGM rilevato risulta inferiore all'effettivo costo del credito. Il medesimo algoritmo di calcolo, impiegato anche per la verifica dell'usura, ha favorito forme surrogatorie di remunerazione del credito ottenute, per altro, con modalità poco trasparenti e di difficile apprezzamento nelle valutazioni di investimento *ex ante* dell'imprenditore.

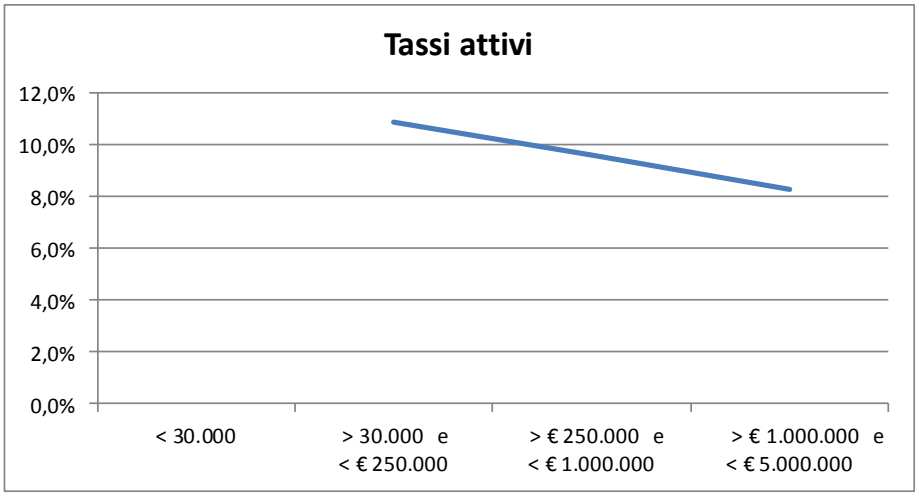
La Banca d'Italia riporta nel Bollettino statistico una più corretta rilevazione dei tassi praticati dalle banche, riferita al TAEG, l'effettivo costo del credito, ma tale rilevazione esclude le esposizioni inferiori a € 30.000, il ventre 'molle' e 'allargato' del Paese dove si concentra numericamente una parte rilevante di esposizioni creditizie più deboli.

Tali statistiche evidenziano un chiaro rapporto inverso fra importo e tasso: l'estrapolazione verso i finanziamenti di importo minore non appare coerente con i tassi del TEGM.

		RILEVAZIONE DEL TEGM		RILEVAZIONE CAMPIONARIA TASSI ATTIVI (Operazioni a revoca)		
		Scoperti senza affidamento	Aperture di credito			
		> 1.500	> € 5.000	> 30.000 e < € 250.000	> € 250.000 e < € 1.000.000	> € 1.000.000 e < € 5.000.000
2010	II trimestre	13,12%	9,82%	9,70%	8,33%	6,89%
	IIII trimestre	13,21%	9,14%	9,52%	8,20%	6,79%
	IV trimestre	13,42%	9,15%	9,40%	8,17%	6,85%
2011	I trimestre	13,54%	9,02%	9,49%	8,32%	6,94%
	II trimestre	13,60%	9,09%	9,93%	8,47%	7,08%
	IIII trimestre	13,94%	9,27%	9,88%	8,58%	7,26%
	IV trimestre	13,98%	9,22%	9,99%	8,87%	7,60%
2012	I trimestre	13,97%	9,31%	10,24%	9,19%	8,01%
	II trimestre	14,02%	9,45%	10,83%	9,57%	8,31%
	IIII trimestre	14,30%	9,93%	10,75%	9,68%	8,42%
	IV trimestre	14,78%	9,91%	10,50%	9,45%	8,24%
2013	I trimestre	15,15%	10,14%	10,47%	9,38%	8,05%
	II trimestre	**15,25%**	**10,19%**	**10,82%**	**9,60%**	**8,25%**

Elaborazione su dati Bankitalia.

Pur nella diversa metodologia di rilevazione, dal trend segnato dalle classi di importo delle operazioni a revoca (rilevazione tassi attivi), sembrerebbe emergere che l'effettivo costo del credito risulti superiore al tasso segnalato dal TEGM.



L'introduzione dell'ultima categoria, relativa agli scoperti privi di fido, ha determinato per questi ultimi un innalzamento *d'emblée* di un terzo della soglia d'usura: con la prevista inclusione nella medesima categoria del credito extra-fido, il costo di una parte non trascurabile del credito alle imprese verrà riposto nella più ampia discrezionalità dell'intermediario bancario, senza che siano state create adeguate condizioni di concorrenza che possano in qualche modo temperare la dominanza e dipendenza nei rapporti negoziali sottostanti.

Con il costo del credito che può ascendere a valori effettivi del 22,8% non si favorisce lo sviluppo economico, al più si disloca credito altrimenti utilizzabile più proficuamente; se poi il credito è incagliato in carenze di liquidità si innesca una lievitazione anatocistica che può facilmente sospingere l'impresa verso il default[104].

---

[104] "*La concessione di finanziamenti a qualsiasi soggetto economico, se pure necessaria ed utile per lo svolgimento dell'attività, certo non può considerarsi vantaggiosa dal punto di vista strettamente finanziario, in quanto il valore rappresentato dall'importo finanziato è sempre neutralizzato, nel patrimonio della società, dal corrispondente debito nei confronti dell'istituto finanziatore, e deve anche essere maggiorato degli interessi relativi e delle ulteriori spese inerenti al servizio espletato. Conseguentemente, non solo la concessione di finanziamenti si presenta neutra nello stato patrimoniale delle società, ma ha addirittura un effetto negativo laddove si consideri la necessità di conteggiare a debito le somme relative agli interessi maturati nell'esercizio, come pure il corrispettivo spettante all'istituto di credito per il servizio espletato. Tale effetto negativo potrà certo essere controbilanciato dagli effetti positivi dell'impiego del finanziamento nell'impresa ma questo solo a condizione che tale impiego sia produttivo di ricavi operativi. Gli oneri connessi al finanziamento potranno, infatti, essere coperti solo ed in quanto i ricavi derivanti dall'utilizzazione produttiva del finanziamento siano più elevati. In questo caso l'impresa efficiente può effettivamente ben trarre utilità dal finanziamento. Questo si verifica quando l'impresa è in grado di elaborare e soprattutto di attuare un ragionevole piano indu-*

Il divario odierno (II trim. '13) fra il tasso Euribor (0,23% per i tre mesi - 0,54% per i sei mesi) ed il tasso soglia d'usura per gli scoperti di conto (23,85% sino a € 1.500 - 23,06% oltre € 1.500), misurato con gli 'addomesticati' criteri illustrati in precedenza, segnala una distanza di oltre cento volte, che va ben al di là del margine necessario all'intermediario bancario per una gestione efficiente del credito. Nel timore di pregiudicare il libero mercato, si è trascurato di tutelare la funzione pubblicistica assegnata all'operatore bancario.

Con un'inflazione sotto il 2% ed un tasso monetario prossimo ai minimi storici, il costo del credito è rimasto ai livelli precedenti l'introduzione dell'Euro: la remunerazione del risparmio si è ridotta a valori esigui con scarsi benefici per le imprese alle quali, attraverso l'intermediazione bancaria, tale risparmio affluisce. Sia il risparmiatore che il prenditore di fondi rimangono 'strozzati' da una forbice dei tassi segnatamente allargata, dai risvolti patologici: in tali circostanze il costo del credito presenta per l'impresa un sovraccarico economico, alla stregua di quello energetico e fiscale.

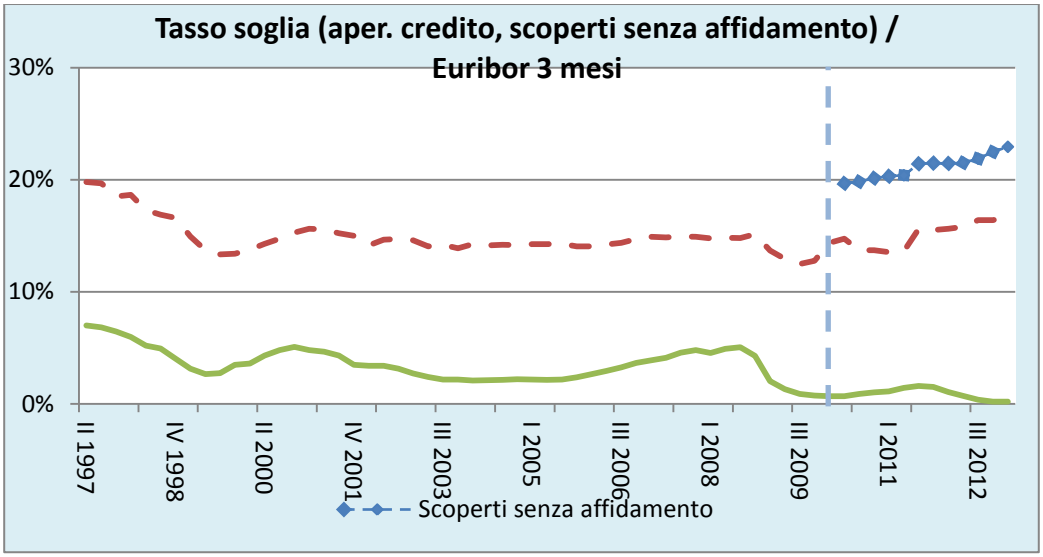
Risulta viziato lo stesso processo decisionale che presiede l'erogazione del finanziamento quando l'attenzione dell'intermediario si viene rivolgendo più alle garanzie che al ritorno atteso dell'investimento.

In un sistema italiano eccessivamente banco-centrico e un tessuto industriale parcellizzato e sottocapitalizzato, assai più incidente risulta il *trade-off* fra costo del credito e sviluppo economico: quand'anche l'accesso al credito non sia impedito da vincoli, condizioni e vischiosità organizzative, una maggiorazione del costo oltre il tasso ordinario di mercato esclude una porzione più incidente di impieghi imprenditoriali; se nel breve l'ampia forbice dei tassi rafforza la stabilità dell'intermediario, in prospettiva ne pregiudica lo stesso sviluppo, per gli effetti di ritorno che nel tempo si riflettono nell'aggregato delle imprese.

---

striale, che consenta di utilizzare il capitale proveniente da finanziamento per investimenti. Da ciò consegue che in tutti i casi in cui le condizioni economiche dell'impresa finanziata (in particolare le sue capacità produttive), siano tali da non consentire una efficiente utilizzazione della liquidità ottenuta con il finanziamento, il peso degli oneri del finanziamento (la cd. Leva finanziaria) eroderà in modo progressivo il patrimonio della società." (B. Inzitari, L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, 2007, in: ilcaso.it).

Fino al 2009 il tasso Euribor e il tasso soglia presentavano, seppur in un ampio e costante divario, un'apprezzabile correlazione positiva (+0,83); a partire dalla fine del 2009 si è assistito ad un'inversione della direzione (-0,35) corrispondente ad un apprezzabile ampliamento del divario fra i due tassi monetari. Lo scorporo, in una distinta categoria, degli scoperti privi di fido non ha sortito l'auspicato temperamento del costo del credito affidato: da un'unica categoria se ne sono ricavate due con l'unico effetto di liberare incrementi del tasso negli scoperti privi di fido.



La pratica di tassi che, nella sottostima del TEG, possono ragguagliarsi sino a 100 volte l'Euribor non riflette una sana gestione del credito, né favoriscono una corretta allocazione i comportamenti degli intermediari che vengono preordinati a cogliere le pieghe elusive offerte dalle 'Istruzioni' e dalle annesse FAQ.

L'intermediario è preposto dall'ordinamento giuridico alla canalizzazione del risparmio verso la produzione: le risorse finanziarie sono un bene limitato e prezioso, non vi dovrebbero essere disponibilità per un rischio corrispondente a tassi marcatamente elevati. Tuttavia spesso non è il rischio che eleva il tasso. L'imprenditore lo subisce per semplice carenza di liquidità e il costo del credito, sino a valori effettivi superiori al 23,8%, non è che il 'giogo' risultante da comportamenti il più delle volte dissociati: il fido non viene concesso (ampliato) ma, ciò nonostante, il credito viene erogato[105].

[105] *Un sintomo di disfunzione è rappresentato dagli sconfinamenti sui fidi bancari, un fenomeno che si colloca su livelli particolarmente elevati in talune regioni meridionali. La*

Il rapporto fra tasso e rischio incontra un limite superiore oltre il quale, di regola, l'intermediario rifiuta il finanziamento in quanto la rischiosità rende improbabile il pagamento degli interessi e il rimborso del capitale: solo nell'usura si procede comunque al finanziamento in quanto è irrilevante il buon esito dell'iniziativa, risultando l'obiettivo quello di appropriarsi dei beni dell'usurato.

Di regola investimenti meritevoli di credito non riescono a spesare un tasso così elevato: se applicato a carenze di liquidità, rivenienti da un fido che potrebbe risultare preordinatamente limitato, lo stesso costo del credito finisce per pregiudicare l'iniziativa finanziata. Se il margine economico dell'iniziativa non riesce, nei tempi e nelle dimensioni, a produrre la liquidità necessaria a coprire gli interessi, viene ad essere innescato un irreversibile aumento del passivo e una persistente erosione delle risorse sottratte agli impieghi produttivi, che finisce per pregiudicare l'integrità del patrimonio.

Il credito in conto è una tipica fonte di finanziamento del sistema italiano, tra le più onerose: costituisce il 27% dei finanziamenti erogati dal sistema bancario, contro il 10% circa degli altri paesi europei.

IMPIEGHI DELLE BANCHE: Distribuzione per forma tecnica. (mil.ni Euro)						
Conti correnti	**Mutui**	**Prestiti c/ cessione stipendio**	**Prestiti personali**	**Operazioni di factoring**	**Leasing finanziario**	**Totale**
367.680	947.912	8.297	32.176	5.400	22.112	**1.383.577**
26,6%	68,5%	0,6%	2,3%	0,4%	1,6%	**100,0%**

Fonte: Bollettino statistico Banca d'Italia 2013

E' un'anomalia tutta italiana la circostanza che si finanzi spesso con credito a revoca ben oltre il capitale circolante[106].

---

prassi degli sconfinamenti può dipendere da carenze organizzative delle banche. Essa influisce pesantemente sul costo effettivo del denaro, per effetto delle maggiorazioni di tasso e delle commissioni di massimo scoperto. E' indicativa di comportamenti non trasparenti: la banca accorda un fido inferiore a quello che serve al cliente, rendendosi peraltro disponibile a mantenerlo di fatto al di sopra dell'accordato; il cliente dal canto suo accetta questa impostazione, che lo pone in una situazione di debolezza nei rapporti quotidiani con la banca. (G. Berionne, Consiglio Superiore della Magistratura, incontro di studio sul tema: 'Usura e disciplina penale del credito', Frascati 1997).

[106] Pur con i debiti distinguo, impliciti nella natura e garanzia, delle diverse forme di credito, appare assai ampio il divario fra il tasso del credito in conto corrente e quello medio generale dei prestiti; quest'ultimo, secondo una recente indagine (maggio 2013) della

Già ora la distinzione di soglia fra credito affidato e non affidato ha portato ad una lievitazione del credito non affidato; la prospettata estensione della categoria al credito in extra-fido è suscettibile di amplificare il fenomeno dello scoperto, con le ineludibili ripercussioni economiche.

Per altro con la formalizzazione dell'istruttoria di affidamento e la specifica commissione prevista anche per gli scoperti si vengono a definire e chiarire i rapporti giuridici. L'intermediario, che ha percepito una specifica commissione per l'istruttoria veloce del credito in extra-fido o scoperto, è stretto fra due opposte limitazioni alle quali, nella dovuta professionalità, gli compete prestare attenzione.

Da un lato, nell'eventualità di una criticità che si protrae nel tempo, coperta da credito non affidato, la maggiorazione del tasso sino ad un terzo fa insorgere costi che possono pregiudicare l'impresa e i terzi creditori: si può delineare in tali circostanze l'esercizio abusivo del credito. L'*expertise*, la capacità professionale e l'informazione di cui dispone l'intermediario gli consentono di valutare, al momento dell'erogazione e nelle successive *prorogatio* del credito, se questo sia funzionale all'impresa e se l'imprenditore possa sostenere l'impegno assunto, sia nel costo corrente dagli interessi, sia nel rimborso del finanziamento ricevuto. L'utilizzo del credito, anche se allarga le potenzialità dell'impresa, non è necessariamente fonte di crescita e stabilità; senza un corretto *business plan* nel quale trovino equilibrio e copertura il costo degli interessi e il rimborso del capitale, il patrimonio sociale può andare incontro ad una continua erosione: in tali circostanze l'erogazione del credito, tanto più se concessa a tassi particolarmente esosi, può solo favorire la decozione[107].

Confartigianato è stato stimato pari al 4,85% per i prestiti sino a € 250.000, 84 punti base in più rispetto alla media europea e 148 punti in più rispetto alla Germania.

[107] "*attraverso l'erogazione del credito, l'imprenditore dota la sua organizzazione produttiva di un capitale la cui acquisizione si giustifica perché esso viene a costituire uno strumento di produzione dell'impresa stessa. Ma questo significa che, al pari di tutti gli strumenti di produzione, anche il finanziamento ricevuto ha i suoi costi ed i suoi oneri: il costo degli interessi ed altre spese dovute quale corrispettivo alla banca e l'onere di dovere restituire l'intera somma ricevuta alla scadenza. L'imprenditore dovrà necessariamente realizzare un piano industriale che gli consenta di trare utili in una misura sufficiente almeno a coprire il costo degli interessi dovuti al finanziatore. Infatti, in mancanza di un equilibrio tra misura degli utili e misura degli interessi, l'intero patrimonio dell'impresa sarà progressivamente ed inesorabilmente pregiudicato, si verificherà un aumento irreversibile del passivo, come pure si verificherà una inevitabile erosione di risorse che verranno distolte*

La valutazione dell'intermediario, che concede un credito ad oltre il 23,8%, deve essere necessariamente assistita da un solido convincimento che l'imprenditore possa conseguire, dall'impiego nella produzione del finanziamento ricevuto, un lauto ritorno, almeno pari al 23,8%. L'operazione di finanziamento non è un servizio comune: all'erogazione del credito corrisponde una prestazione altamente professionale, svolta in un ambito di attività riservata, curata attraverso una qualificata istruttoria sul merito di credito, misurato sulle capacità imprenditoriali, sulle condizioni patrimoniali e potenzialità reddituali. I rischi di un abusivo esercizio del credito non possono essere trascurati.

Dall'altro lato, in assenza di un apprezzabile rischio di insolvenza, il costo del credito che si discosti dall'ordinario può configurare una violazione dell'usura concreta. Per la categoria 'scoperti senza affidamento', con una così marcata penalizzazione del costo, il rispetto della soglia non esime l'intermediario dal rischio di incorrere nell'usura prevista dal 3° comma dell'art. 644 c.p.: *"Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.*".

Le condizioni del 3° comma dell'art. 644 c.p. ricorrono in presenza dei due elementi caratterizzanti la fattispecie: la '*sproporzione*' tra interessi e prestazione e la situazione di '*difficoltà economica o finanziaria*' del soggetto passivo.

La *sproporzione* è palesemente riferibile al costo del servizio prestato, mentre l'espressione '*difficoltà economica e finanziaria'* individua una circostanza che ab-

---

da usi produttivi per far fronte al crescente debito degli interessi. Nella sua forma estrema tale pregiudizio si osserva nei finanziamenti usurai caratterizzati dal fatto che l'abnorme costo degli interessi è, per definizione, di molto superiore a qualsiasi possibile remunerazione e reimpiego che l'imprenditore può trarre dall'uso del denaro acquisito con il finanziamento. (…) *Da quanto rappresentato emerge che il danno che può derivare dalla condotta della banca che abbia finanziato in modo irregolare l'impresa investe proprio la società ed iol suo patrimonio, il quale, per effetto degli ingiustificati finanziamenti concessi dalla banca stessa, verrà ad essere progressivamente eroso fino a diventare deficitario."* (B. Inzitari, L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, 2007, in: ilcaso.it).

braccia fattispecie ben più ampie del più ristrettivo '*stato di bisogno'* (precedente formulazione).

In dottrina, nello spirito della nuova versione dell'art 644 c.p., si sottolinea l'opportunità di un approccio oggettivo ai concetti: la "*difficoltà finanziaria*" è riconducibile ad una carenza di liquidità, mentre la '*difficoltà economica*" è riconducibile ad uno squilibrio più ampio, che coinvolge l'attività economica complessiva. L'espressione '*concrete modalità del fatto'* sembra invece riferibile a circostanze particolari od aspetti negoziali che, discostandosi da quelli ordinari, potrebbero costituire sintomi segnaletici di un finanziamento usurario. A parte casi di modesti e momentanei sconfini, per scoperti più rilevanti e duraturi la carenza di liquidità comporta lo scoperto e l'addebito di commissioni ed interessi esosi che, nell'impossibilità di una pronta copertura, accrescono la carenza di liquidità in una spirale che si autoalimenta trimestralmente, in un'accelerazione senza sosta[108]. Le modalità di accesso al credito possono assumere una veste particolare: il cliente non risulta affidato, o affidato per un importo inferiore all'effettivo credito erogato, e ciò nonostante si mantiene in essere uno scoperto prolungato, a tassi che si discostano dall'ordinario: in assenza di rientro frequentemente la chiusura del conto viene procrastinata nel tempo, lasciando lievitare gli interessi, ricondotti al limite estremo della categoria.

Lo scoperto di un rapporto privo di fido o il debordo oltre il fido, per un importo non trascurabile e protratto nel tempo, implica in sé, quanto meno, una criticità di liquidità che pone l'operatore economico in uno stato di dipendenza necessitata, priva di alternative. L'ulteriore margine di un terzo che, nella 'smagliatura' delle 'I-

---

[108] *"(…) Ne discende, in primo luogo, l'esigenza di definire i contenuti di tale stato di bisogno (…) la giurisprudenza ha riconosciuto con sempre maggiore ampiezza, passando da una interpretazione restrittiva, che lo limitava alle sole esigenze di carattere alimentare legate alla sopravvivenza del soggetto, ad una concezione più aderente alla realtà del costume e dei rapporti economici, che lo riconosce in ogni stato di difetto di liquidità che induca un soggetto ad accettare l'applicazione di interessi oggettivamente iniqui (…) le cause che determinano il ricorso al credito usurario si sostanziano in un difetto di liquidità, che può assumere diversa consistenza, ricorrendo, ad esempio, nell'esigenza di denaro liquido per far fronte ai pagamenti di routine, in contingenze negative di mercato, in momenti di crisi aziendale più consistenti, nella necessità di capitale per iniziative economiche reputate fondamentali, e così via."* (Audizione dei magistrati della procura circondariale presso la pretura di Roma alla Commissione Antimafia, in: www.liberliber.it/ biblioteca/i/italia/ verbali_antimafia_xi_legislatura/html/violante02/48_00.htm).

struzioni', si libera con lo scoperto viene a ricreare una forma celata di mora: capitalizzandosi trimestralmente, in una spirale anatocistica, si autoalimenta in una forma impropria di usura. In tali circostanze, venendo meno quell'elemento di reciprocità che giustifica la deroga prevista dalla Delibera CICR 9/2/00 per i rapporti di conto corrente, si potrebbe ravvisare in tale costrutto logico-contabile anche la fattispecie degli interessi anatocistici vietati dal dettato dell'art. 1283 c.c., considerato dalla Cassazione stessa "*norma imperativa, che presidia l'interesse pubblico ad impedire una forma, subdola, ma non socialmente meno dannosa delle altre, di usura*" (Cfr. Cass. 3479/71 e n. 1724/77)[109].

In una corretta gestione, uno scoperto di conto, che si protrae oltre il limite di occasionalità e temporaneità, dovrebbe indurre la banca, ove ricorrono le condizioni, a formalizzare un affidamento a scadenza o a revoca o, alternativamente, imporre un rapido rientro, chiudendo il rapporto ed applicando, senza alcuna capitalizzazione, le condizioni ordinariamente previste nella circostanza.

3.6 Gli interessi di mora e le soglie d'usura.

E' ormai da lungo tempo assodato che anche gli interessi di mora, ancorché non concorrano a determinare il TEGM, sono soggetti al rispetto delle soglie d'usura[110]. Per essi si è creata una situazione simile a quella delle CMS prima del '10, escluse dal TEG e menzionate a parte nei decreti ministeriali.

---

[109] Tale eventualità risulterebbe esclusa dal CICR che, nel provvedimento del 30/6/12, nel regolare gli affidamenti e gli scoperti ha previsto: "*Rimane fermo quanto stabilito, ai sensi dell'articolo 120 del TUB e della delibera CICR del 9 febbraio 2000 recante "Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria*".

[110] Con l'applicazione dell'art. 1815 c.c. a tutti gli interessi, sia corrispettivi che moratori, nel caso in cui il tasso di mora superi la soglia vigente all'epoca della pattuizione: "*L'art. 1815, comma 2°, c.c. esprime un principio giuridico valido per tutte le obbligazioni pecuniarie e a seguito della revisione legislativa operata dall'art. 4 della legge 7/3/96 n. 108 e dalla legge 28/2/01, n. 24 – di conversione del D.L. 29/12/00 n. 394 – esso prevede la conversione forzosa del mutuo usurario in mutuo gratuito, in ossequio all'esigenza di maggiore tutela del debitore e ad una visione unitaria della fattispecie, connotata dall'abbandono del presupposto soggettivo dello stato di bisogno del debitore, a favore del limite oggettivo della 'soglia' di cui all'art 2, IV comma, della stessa legge n. 108/96 (…). Diversamente da quanto dedotto nella motivazione della sentenza impugnata, la sanzione*

Nell'ambito dell'individuazione delle soglie d'usura, il tasso di mora non viene rilevato trimestralmente, né può costituire una categoria a sé, distinta dalle altre che caratterizzano il quadro del credito: la legge consente la distinzione in categorie per le operazioni di credito, non per la natura degli interessi. Tuttavia da un decennio i decreti ministeriali, nella medesima opacità che ha contraddistinto l'evidenza *a latere* delle CMS, continuano a menzionare un'indagine campionaria, curata dalla Banca d'Italia nel 2001/02, che aveva accertato un tasso collocato 2,1 punti al di sopra del tasso medio rilevato per il complesso del campione esaminato[111].

Il richiamo alla rilevazione campionaria, sin dalla prima comparsa nel decreto ministeriale del marzo '03, ad oltre sei anni dalla legge, ha determinato una certa confusione e scetticismo, apparendo come un rimedio alla discrasia insorta fra la norma di legge, che assume una portata assoluta, indifferente alla natura dell'interesse percetto, e le 'Istruzioni' della Banca d'Italia, che dovendo perseguire la rilevazione statistica di un dato fisiologico di mercato, escludono espressamente la mora, ma sono nel contempo gravate dall'art. 3 comma 2 dei decreti ministeriali di pubblicazione del TEGM, che dispongono che gli intermediari, al fine di verificare il rispetto del limite d'usura, "*si attengono ai criteri di calcolo delle 'istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia*".

Con il menzionato disposto ministeriale – per nulla ricompreso nei margini delegati dalla legge 108/96, che assegna al MEF, sentita la Banca d'Italia, esclusivamente il compito di rilevare il tasso medio di mercato – si continua, con caparbietà, a

---

così stabilita dell'abbattimento del tasso di interesse applicabile si applica a qualunque somma fosse dovuta a titolo di interesse, legale o convenzionale, sia agli interessi corrispettivi che agli interessi moratori, con la solo esclusione del caso in cui i rapporti contrattuali presupposti dall'applicazione degli interessi fossero già esauriti alla data dell'entrata in vigore della legge n. 108/96 (cfr. Cass. Civ., n. 5324/2003).". (Corte d'Appello Venezia, Sez. III Civ., Presid. G. Silvestre, 18 febbraio '13, n. 342).

[111] Art. 3, 4° comma: "*I tassi effettivi globali medi di cui all'art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento. L'indagine statistica condotta nel 2002 ai fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali*.".

voler riportare i criteri e il tasso da impiegare per il rispetto dell'art. 644 c.p. ai criteri e al tasso appositamente ideati dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato (TEGM): risultando le finalità diverse seppur accostate, si viene a perpetrare l'ambigua incongruenza nella quale si è incorsi con la CMS, esclusa nella rilevazione del TEGM e ricompresa nella verifica del rispetto della soglia d'usura.

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

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

Si può ritenere che, con le precisazioni in tema di responsabilità e professionalità dell'operatore bancario fornite dalla Cassazione, in presenza dell'elemento oggettivo non rimangano spazi di copertura delle indicazioni della Banca d'Italia che possano far escludere l'elemento soggettivo.

Per la mora – come per altre fattispecie che vengono escluse dalla rilevazione del TEGM, quali crediti in sofferenza, revocati, ecc. (cfr. paragrafo B2 delle 'Istruzioni) – il disposto dell'art. 3, comma 2 dei menzionati decreti ministeriali si pone in palese contraddizione con il dettato dell'art. 644 c.p.. Analoga contraddizione viene emergendo per il criterio di annualizzazione, previsto nella formula di calcolo, con le edulcoranti modifiche apportate dalle FAQ, che celano in tal modo un ruolo attivo nel diritto.

La Banca d'Italia con le sue indicazioni, che talvolta esondano l'ambito proprio alla rilevazione del tasso medio di mercato, appare contraddire le pronunce della

Suprema Corte, contribuendo a creare zone grigie che minano la determinatezza e tassatività della norma.

Quali che siano le 'Istruzioni' e le modifiche apportate dalle FAQ, la trasposizione delle indicazioni della Banca d'Italia, dalla rilevazione del tasso medio di mercato alla verifica del rispetto delle soglie d'usura, rimane subordinata al disposto della legge 108/96. Con questa incontrovertibile evidenza si scontrano quei comportamenti opportunistici degli intermediari, che ricercano 'copertura' nelle ambiguità insite nella norma amministrativa.

Il singolare riferimento nei decreti ministeriali alla rilevazione campionaria dei tassi di mora del 2002 crea il destro per un diverso trattamento degli stessi rispetto ai tassi corrispettivi.

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. D'altra parte, lo *spread* dal tasso medio di mercato rilevato dalla Banca d'Italia – ancor più nel valore ampliato dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11 – nello spirito della legge, è volto a coprire le componenti di patologia del rapporto creditizio. L'intermediario bancario, con il tasso medio copre i costi di raccolta, struttura ed organizzazione, con il differenziale fra il valore medio del tasso fisiologico e il margine superiore della soglia d'usura può compiutamente ammortizzare sofferenze e dubbi esiti del credito accordato.

Oltretutto, nelle aperture di credito gli interessi di mora decorrono con la revoca del fido. Ma con l'introduzione della categoria dello scoperto privo di fido, nella scarsa trasparenza delle 'Istruzioni', gli intermediari collocano i fidi revocati nella nuova categoria, creando così surrettiziamente un'impropria copertura alla maggiorazione della mora, altrimenti preclusa dal disposto normativo.

Creare, con il generico riferimento ad una rilevazione campionaria, un'ulteriore *spread* di penalizzazione entro una diversa e ancor più elevata soglia –

ancor prima di ravvisare la ricorrenza dell'usura concreta[112] – appare, per il vero, stravolgere la logica della rilevazione del valore medio di mercato, quale elemento ordinario e fisiologico, al quale le stesse 'Istruzioni' fanno riferimento.

Con la legge 108/96 si è inteso individuare un limite d'usura al tasso sul credito, limitando i rischi e i costi delle relative patologie entro lo *spread* previsto, misurato sul costo ordinario del credito fisiologico. Non si è inteso porre un diverso limite d'usura al passaggio del credito dallo stato fisiologico a quello patologico: se si inseguono i diversi rischi e le relative patologie con differenti soglie d'usura si innesca un'ascesa che vanifica lo spirito stesso della legge.

3.7. I chiarimenti della Banca d'Italia del 3 luglio 2013.

La mora costituisce una penalizzazione a presidio di comportamenti volti al rispetto delle condizioni contrattuali: se il tasso praticato è già prossimo alla soglia, non residuano spazi consentiti per introdurre una penalizzazione. D'altra parte è nello spirito della legge presidiare da eccessivi costi situazioni di difficoltà economico-finanziaria.

L'ABI, all'epoca dell'indagine sui tassi mora richiamata dal decreto ministeriale, sulla base di '*prime autorevoli interpretazioni della dottrina*'[113], aveva indirizzato le banche associate ad adottare, per la mora, un sofisticato criterio, successivamente mutuato dalla Banca d'Italia per la CMS con la Circolare del 2/12/05: soglia

---

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

[113] Il riferimento è al parere della prof.ssa Severino di Benedetto che non ha incontrato alcun seguito in dottrina.

per la mora pari al 2,1% maggiorata del 50%, cioè 3,15 punti sopra il tasso praticato, sempre che il debordo non sia compreso nel margine fra il tasso soglia e il tasso corrispettivo.

L'indicazione dell'ABI non risulta essere stata seguita dalla banche più prudenti, che hanno valutato con attenzione le pronunce nel frattempo espresse dalla Cassazione e dalla Corte Costituzionale[114].

Una posizione diversa ha assunto recentemente la Banca d'Italia che, intervenendo, in maniera inusuale, con un chiarimento del 3/07/13, è parsa contrapporsi alla Sentenza ultima della Superiore Corte n. 350/13 in tema di mora[115]. Nel chiarimento si puntualizza:

---

[114] *"Non v'è ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge 108 del 1996 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, 3° comma, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall'art. 1224, 1° comma, del codice civile, nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale "gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Il ritardo colpevole, poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge"* (Cassazione n. 5286/00).
La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi nei giudizi di legittimità costituzionale sollevati dalla legge n. 24/01 (Interpretazione autentica della legge 108/96), ha precisato, seppur in un *obiter dictum*, che: " *Va in ogni caso osservato – ed il rilievo appare in sé decisivo – che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori."* (Corte Cost. n. 29/02).
Anche l'art. 1, comma 1, D.L. 394/00, di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., riconduce alla nozione di interessi usurari a quelli convenuti *'a qualsiasi titolo'*, e la relazione governativa che accompagna il decreto fa esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, *'sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio'*.

[115] "*La stessa censura (sub b), invece, è fondata in relazione al tasso usurario perché dalla trascrizione dell'atto di appello risulta che parte ricorrente aveva specificamente censurato il calcolo del tasso pattuito in raffronto con il tasso soglia senza tenere conto della maggiorazione di tre punti a titolo di mora, laddove, invece, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori"* (Cass. 09.01.2013, N. 350; Cfr. anche Cass. 11/1/13, n. 602 e 603).

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

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

iii) la Banca d'Italia, attraverso le 'Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura' e i connessi chiarimenti pubblicati sul sito, fornisce agli intermediari i criteri tecnici da seguire per segnalare in modo corretto e omogeneo i TEG applicati, utilizzati per l'individuazione delle soglie trimestrali. I Decreti ministeriali che aggiornano i tassi soglia dispongono che gli intermediari verifichino l'usurarietà dei tassi applicati sui singoli contratti sulla base degli stessi criteri tecnici;

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

Nell'ambito di tali precisazioni di contorno la Banca d'Italia assume una propria posizione in merito agli interessi di mora:

'In ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura. Per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti trimestrali riportano i risultati di un'indagine per cui 'la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali'. In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo.'

L'Istituto Centrale appare voler ricondurre ad un automatismo di legge quella gestione dei tassi d'usura esercitata attraverso le categorie di credito, le FAQ e, non da ultimo, questa nuova comunicazione a chiarimento. Trascura per altro che, così

come il rispetto delle soglie d'usura prima di essere sottoposto al vaglio dell'Autorità giudiziaria deve essere correttamente monitorato dall'Autorità di Vigilanza, l'applicazione della norma va coniugata con i principi espressi dalla Suprema Corte; dopo le circostanziate pronunce espresse in questi ultimi anni, non sembra che residuino spazi di ignoranza che possano salvaguardare l'intermediario bancario dai riflessi penali.

Si prospetta altresì un'imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto, non prevista in alcun punto dalla legge e che rigidamente intesa non ha alcuna giustificazione tecnica, non potendosi sovrapporre le finalità di rilevazione del TEGM con le finalità dell'art. 644 c.p.. Né la rilevazione campionaria del '02 sugli interessi di mora può essere intesa come un'integrazione per ricondurre i criteri tecnici di verifica a quelli di rilevazione statistica, trascurando che i primi, quelli di verifica, ubbidiscono ai principi fissati dall'art. 644 c.p. e spetta eventualmente ai secondi omogenizzarsi ai primi: il viceversa configurerebbe un ulteriore aspetto di gestione dell'usura che la riserva di legge non consente.

Tanto varrebbe, semplificando l'articolato e vincolato costrutto di supporto, tenere separati i due criteri, funzionali a obiettivi accostati ma non sovrapponibili, rinunciando ad una rigida omogeneità che non è nella natura delle diverse finalità perseguite; l'intermediario può sempre ricorrere, all'occorrenza, a meccanismi automatici di cimatura per il rispetto della norma.

Non vi è chi non possa notare un'apprezzabile discrasia fra quanto riportato nel chiarimento e quanto stabilito dalla norma di legge e dalle pronunce in materia espresse dalla Cassazione[116]. Appare assai stridente la posizione assunta in materia di

---

[116] "*La sussistenza di una disparità di vedute tra la Cassazione e le Autorità di vigilanza non è certo una novità - né in sé, né tanto meno nel contesto normativo dell'usura - e sta, per così dire, nell'ordine delle cose che è connaturato al diritto vivente: in questa prospettiva, l'ultimo Comunicato della Banca d'Italia sembrerebbe potere anche suonare, forse, come una «sorta» di replica al più recente arresto del Supremo Collegio* (350/13) *(…) A me, per la verità, pare che a simile quesito possa darsi solo una risposta negativa. Nell'interpretare le leggi le Autorità amministrative – quand'anche di prestigio grande, com'è nel caso della Banca d'Italia – hanno per definizione un ruolo subalterno nei confronti dell'Autorità giudiziaria. Secondo i principi del sistema, inoltre, la funzione nomofilattica risulta affidata alla Corte di Cassazione. Senza riserve di materie: già per questo motivo, dunque, le rilevazioni trimestrali dell'usura devono mostrarsi specchio fedele degli orientamenti consolidati di quella. D'altro canto, nell'ambito della normativa sull'usura al*

tassi di mora, per i debiti riflessi di emulazione indotti nei comportamenti bancari[117]; i risvolti assumono una connotazione politica.

Poiché la previsione legislativa non ha ritenuto di contemplare una specifica soglia per i tassi di mora, considerandoli alla stregua dei tassi corrispettivi e compensativi, la Banca d'Italia, avvalendosi di una rilevazione parziale e vetusta, nell'esercizio del suoi controlli di Vigilanza, adotta un criterio analogo alla CMS soglia della Circolare del 2/12/05, privo di ogni sostegno normativo, giurisprudenziale e dottrinale[118].

Con il chiarimento prospettato, si crea un varco interpretativo che, ad una lettura poco accorta, potrebbe far ritenere leso il principio di tassatività e determinatez-

---

Ministero dell'Economia e alla Banca d'Italia non risulta affidato nessun potere secondario di specificazione dei precetti primari di legge (secondo quanto capita talvolta nell'ambito della normativa di protezione del cliente; così, ad esempio, nel caso dell'art. 117, comma 2, TUB). Come puntualmente ha osservato proprio il Supremo Collegio, le rilevazioni trimestrali non hanno la funzione di produrre opinioni, bensì quella esclusiva di «fotografare» l'esistente. Di rilevare il fatto storico dei tassi applicati dall'operatività, così; come pure di dare fotocopia alle consolidate letture che del dato normativo esprima la Corte di Cassazione." (A. A. Dolmetta, A commento della Comunicazione Banca d'Italia 3/7/13: usura ed interessi moratori, in ilcaso.it, 8 luglio 2013).

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

[118] Come già accaduto in altre circostanze – ancor più dopo le recenti statuizioni della Cassazione Penale – gli operatori bancari più prudenti si asterranno dall'accogliere le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia, se non altro considerando opportunamente che "*… il ragionevole dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità (cfr. in tal senso Sez. 6, Sentenza n. 6175 del 27/03/1995 Ud. (dep. 27/05/1005) Rv. 201518)."* (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11).

za della fattispecie penale, con la riproposizione dello iato fra l'elemento oggettivo e soggettivo d'usura.

Dopo anni di fermo sostegno alla trasparenza, la Banca d'Italia ha da ultimo realizzato che questa non è un sufficiente, esaustivo ed efficiente presidio alla correttezza dei comportamenti degli intermediari, ma non si intravvedono significative azioni e rimedi integrativi: si scorgono, al contrario, atteggiamenti di tutela, in odore di connivenza, che non paiono propri all'Organo di Vigilanza. In tali circostanze insorgono pregiudizi che, ad esempio, non fanno ritenere compiutamente trasparenti commissioni di istruttoria veloce la cui aderenza ai costi è affidata a procedure interne soggette esclusivamente al controllo dell'Organo di Vigilanza[119].

Senza trascurare, per altro, il richiamo del chiarimento alla circostanza che le 'Istruzioni' della Banca d'Italia vengono costantemente aggiornate per tener conto dell'evoluzione del mercato creditizio; sono all'uopo richiamati, accanto alle 'Istruzioni', '*i connessi chiarimenti pubblicati sul sito*' i quali hanno assunto la singolare funzione di modifica interpretativa delle 'Istruzioni (cfr. nota 15). Con buona pace della riserva di legge, se tali 'Istruzioni' e i connessi chiarimenti – a norma dell'art. 3, comma 2 dei Decreti Ministeriali – oltre che per la rilevazione del TEGM devono anche essere impiegati per la verifica del limite d'usura.

Ancorché il Testo Unico Bancario, D.L. 385/93 attribuisca all'art. 5 alla Banca d'Italia poteri di vigilanza, '*avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché <u>all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.</u>*', in presenza di commissioni di scoperto di ammontare superiore agli interessi, si è ritenuto che '*Con specifico riferimento ai costi applicati dalle banche su affidamenti e scoperti di conto, l'intervento della Banca ha potuto ottenere minori risultati concre-*

[119] Non si dispone altresì di evidenza alcuna dei controlli esperiti sulla rispondenza alle 'Istruzioni' dei dati forniti dagli intermediari ai fini della rilevazione del TEGM: la delicatezza e rilevanza di un limite che si fonda sulla correttezza stessa delle segnalazioni dei soggetti che lo subiscono, esigerebbe, da un lato la previsione di specifiche sanzioni nel caso di omissione o alterazione della segnalazione, dall'altro una maggiore trasparenza e monitoraggio, a garanzia dell'affidabilità del presidio posto dalla legge 108/96. Nel contempo l'assenza di statistiche sui dati desunti dalla lunga serie di rilevazioni ai fini della determinazione del TEGM impedisce una corretta valutazione della dimensione ed evoluzione delle poste che intervengono nel calcolo del TEG.

ti perché la materia non rientra tra le sue competenze: a fronte di strutture commissionali di dubbia legittimità, ma comunque pubblicizzate, la Banca non può avviare procedure sanzionatorie. (Audizione 6° Commissione del Senato del dott. A. Enria della Banca d'Italia, 17/03/10). Per i tassi di mora, invece, come menzionato nel chiarimento, si precisa: '*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.*'

Balza agli occhi la disparità fra l'astensione in spazi che appaiono propri all'Autorità di Vigilanza e l'intervento in spazi di competenza che invece gli sono preclusi.

Le finalità delle Autorità di Vigilanza sono state ulteriormente allargate e precisate dall'art. 127, come modificato dai D. Lgs n. 141/10, n. 218/10 e n. 169/12, il quale prevede che "*Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*.".

Recentemente il Direttore Generale della Banca d'Italia ha avuto modo di precisare[120]: "*Attraverso emendamenti recenti, approvati nel 2010, il Testo unico ha anche recepito in modo compiuto le crescenti istanze di tutela della clientela delle banche. L'art. 127 stabilisce ad esempio che la Banca d'Italia deve aver "riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5 (sana e prudente gestione), alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela"; l'art. 128-ter dà alla Banca d'Italia penetranti poteri inibitori in caso di irregolarità nei rapporti con la clientela. (...) La regolazione e la supervisione esercitate dalla Banca d'Italia hanno seguito l'evoluzione di questa sensibilità, innalzando l'attenzione alla tutela della clientela delle aziende bancarie e finanziarie, dedicando via via più risorse a questo aspetto, ritenuto anch'esso parte integrante della vigilanza. (...) Se la fiducia del pubblico nei confronti della correttezza dei comportamenti dell'industria finanziaria è incrinata, come a volte è accaduto in questi anni, è messa a repentaglio la sana e prudente gestione di singoli intermediari, è minacciata*

[120] *Intervento al Convegno 'Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri'. Banca d'Italia, 16/9/13.*

la stabilità dell'intero sistema finanziario. L'azione di vigilanza prudenziale e la tutela dei clienti si rafforzano l'un l'altra."

Le considerazioni ed osservazioni in precedenza illustrate non sembrano evidenziare, in materia di usura, quella sensibilità e attenzione alla tutela della clientela bancaria, che pur la Banca d'Italia ha negli ultimi anni prestato in tema di trasparenza e correttezza dei rapporti contrattuali.

Ancor prima dell'operatore bancario, la stessa Banca d'Italia deve recuperare quel rapporto di 'fiducia istituzionale' che, da Einaudi e Menichella sino a Carli e Baffi, ha accompagnato il proprio operato. A partire dagli anni novanta un cambiamento epocale ha interessato i rapporti fra banca e impresa: il rapido deterioramento dell'immagine reputazionale dell'intermediario ha toccato anche l'Istituto Centrale i cui interventi non appaiono talvolta distanti e distinti dall'Associazione di categoria.

Il nostro ordinamento affida la funzione nomofilattica alla Corte di Cassazione, senza deroghe, esclusioni e deleghe. Un più attento rispetto dell'Organo giudiziario ed un continuo dialogo e confronto con lo stesso potrebbero dispiegare una proficua sinergia fra i due Organi istituzionali e condurre ad interventi della Banca d'Italia più conformi al dettato normativo, più equilibrati nel mediare le esigenze delle parti che intervengono nel mercato del credito, incidendo e arginando comportamenti degenerativi dell'attività creditizia che esprimono null'altro che forme legalizzate d'usura.

4. PROBLEMATICHE CIVILI E L'INSORGENZA DELL'ILLECITO PENALE.

Nelle operazioni di verifica del rispetto delle soglie d'usura, indicazioni fuorvianti dell'organo amministrativo e pretestuose argomentazioni di coerenza ed omogeneità con il calcolo del TEGM hanno, come già accennato, per lungo tempo determinato uno stato di confusione che ha favorito e alimentato diffusi comportamenti opportunistici.

L'operatore bancario, compresso e costretto fra i costi della provvista, gli oneri di gestione e la copertura dei rischi di insolvenza da un lato e i limiti di tasso al credito dall'altro, ha fatto ampio ricorso ai margini discrezionali consentiti dall'art. 118 del T.U.B. per variare, e spesso introdurre, spese ed oneri accessori, la cui natura

e causalità sono risultate talora arbitrarie, indeterminate e volte, il più delle volte, ad eludere le soglie d'usura.

Frequentemente al rapporto di conto corrente è associato uno o più rapporti di finanziamento, quali apertura di credito e anticipazione. Questi costituiscono distinti contratti, legati dalla circostanza che il finanziamento concesso è regolato sul conto corrente, il quale assolve servizi diversi quali deposito della liquidità, pagamenti e incassi tramite assegni e bonifici, domiciliazione delle bollette, prelevamenti bancomat, ecc.. Si pone pertanto il problema di distinguere spese ed oneri attinenti l'erogazione del credito concesso, da considerare nel calcolo del TEG, da spese ed oneri che trovano invece giustificazione nei servizi diversi dal finanziamento in conto.

Insorgono per altro dubbi ed incertezze in specifiche circostanze operative che si incontrano con un'apprezzabile ricorrenza nel corso del primo decennio degli anni '00.

Tenendo debitamente presente che le modifiche unilaterali previste dall'art. 118 del T.U.B. sono riferibili esclusivamente a variazioni relative a condizioni previste contrattualmente, si rende opportuno valutare sia la congruità e causalità di eventuali spese ed oneri, previsti contrattualmente e modificati nel tempo, sia l'illegittimo addebito in conto di spese ed oneri introdotti ex novo.

Si è riscontrato in più circostanze che, successivamente alla legge 108/96 e alle 'Istruzioni' della Banca d'Italia - con la distinzione delle spese ed oneri da ricomprendere e da escludere dal calcolo del TEG ai fine della determinazione del TEGM - taluni intermediari hanno, in più riprese, esteso ed aumentato gli importi relativi all'aggregato degli oneri esclusi dal calcolo.

In presenza di un'apertura di credito e/o di un'anticipazione, il credito erogato dalla banca si modifica nel corso del tempo, entro i limiti di fido, e spesso oltre detti limiti, dipendendo dal flusso di rimesse e pagamenti. Il saldo passivo del conto esprime, tempo per tempo, il credito utilizzato. Poiché il credito erogato é la risultante degli addebiti e accrediti in conto, in presenza di importi illegittimamente addebitati dalla banca il credito effettivamente concesso dalla stessa risulta inferiore a quello espresso dal saldo passivo. Per la verifica del TEG praticato dalla banca, se il saldo

passivo risulta lievitato a seguito di indebiti interessi, oneri, spese e valute[121] apposti in conto nel corso dei trimestri precedenti, può questo saldo essere assunto a riferimento, senza alcuna rettifica? In quali circostanze, in caso contrario, è corretto operare delle rettifiche?

Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia, in tutte le edizioni elaborate, prevedono che nel calcolo del TEG si impieghino i 'Numeri', cioè il saldo per i giorni, indicati nell'estratto conto, nella presunzione di regolarità del rapporto, di pieno rispetto della normativa bancaria e dei termini contrattuali.

Nelle circostanze nelle quali si accerta una divergenza fra le condizioni legittime di contratto e quelle concretamente praticate, assume comunque rilievo l'aspetto

---

[121] Un aspetto di scarsa trasparenza si pone sino al '09 per i giorni valuta che spesso hanno costituito un apprezzabile beneficio integrativo degli interessi. Al riguardo chiarificatrici sono le sentenze del Tribunale di Roma (5/3/87 e 22-27/6/88) le quali, sulla base di quanto riferito dalla Banca d'Italia, all'uopo interpellata, hanno concluso che: *"tenuto conto che, ai sensi dell'art. 1282 c.c. i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto e pur non ignorando il profilo della teorica temporanea illiquidità dei versamenti effettuati mediante assegni tratti su banche diverse da quella del correntista, in mancanza di una più trasparente regolamentazione contrattuale, il problema deve essere risolto tenendo conto degli obblighi che incombono sulla banca che riceve l'assegno con una girata per l'incasso, obblighi che, in quanto riconducibili al rapporto di mandato, richiedono che il mandatario assolva il suo incarico con la diligenza del mandatario; ciò comporta che la banca non potrà non avvalersi, per acquisire la disponibilità della somma, dei moderni sistemi telematici che consentono di effettuare le operazioni in tempo reale e dei quali, è fatto notorio, vi è largo uso da parte degli istituti di credito, a ciò si aggiunga, come ha riferito la Banca d'Italia nelle sue informazioni, che le aziende di credito intrattengono tra loro conti di corrispondenza, per regolare contabilmente le partite di credito e di debito connesse con i servizi reciprocamente svolti, attraverso i quali dette partite si considerano immediatamente liquide. La diversa e più sfavorevole valuta applicata al cliente è fonte, perciò, di illegittimo lucro per la banca"* (in Giurisprudenza bancaria 1979-1989). La Corte di Cassazione (Sez. C. 26/7/89 n. 3507) già si era espressa in passato statuendo che: *"pur se l'accreditamento di somme si perfeziona, nel conto corrente bancario, al momento dell'annotazione sul conto, la Banca non è libera di effettuare la registrazione degli accrediti senza limiti di tempo, ma deve a ciò provvedere con la massima rapidità consentita con gli strumenti tecnici disponibili"*.
Il TEGM rilevato dalla Banca d'Italia sconta implicitamente un impiego fisiologico dei giorni valuta: assai complessa risulterebbe la rilevazione del TEGM che ricomprendesse nel calcolo anche il beneficio derivante dall'applicazione di 'giorni valuta' eccedenti i tempi tecnici necessari allo spostamento dei fondi. Il problema è risultato in buona parte superato con il D.L. del 25/6/09 che ha fissato i giorni valuta per bonifici, assegni circolari e assegni bancari.

fattuale: l'art. 644 c.p. sanziona, oltre al 'farsi promettere', il 'farsi dare', a prescindere da statuizioni affette da vizi di parziale o totale nullità.

Risultando frequentemente disattese le prescrizioni normative, è evidente che, se si depura il credito, risultante dal saldo passivo del conto, delle illegittime appostazioni effettuate dalla banca in tutti i trimestri precedenti, si viene a ridurre il denominatore del TEG e facilmente può risultare un tasso praticato che deborda le soglie d'usura.

Al riguardo una recente sentenza della Cassazione in tema di usura ha osservato: "*A tal fine, peraltro, non può accogliersi la tesi difensiva sulla legittimità della capitalizzazione annuale degli interessi operata con la scrittura del 4 gennaio 2011, sia perché la giurisprudenza civile considera l'art. 1283 c.c. ostativo alla previsione negoziale di capitalizzazione annuale degli interessi (Sez. U., n. 24418 del 2/12/2010, Rv. 615490) sia soprattutto perché non può certo consentirsi la capitalizzazione di interessi usurari, che, in quanto illeciti, renderebbero nulla qualsiasi pattuizione di capitalizzazione, dalla quale, anzi, potrebbe emergere proprio la usurarietà del tasso applicato. Per le stesse considerazioni, non può accogliersi la censura difensiva in merito alla decorrenza del termine prescrizionale, che parte dall'erroneo presupposto della legittimità della pattuizione del 3 gennaio 2004, che conterrebbe una capitalizzazione degli interessi.* " (Cassazione, II Sez. Pen., 8/9/11, n. 33331).

La problematica appare assai articolata e complessa, risultando le diverse tipologie di possibili illegittimità connaturate da una graduazione assai variegata di consapevolezza di commettere un illecito. Occorre più precipuamente distinguere e valutare gli addebiti la cui legittimità è (era) plausibilmente discutibile, e non è (era) soltanto un palese pretesto per incrementare il costo dell'effettivo credito erogato. I primi assumono rilievo esclusivamente sul piano civile, permanendo una concreta alea di dubbio, mentre i secondi debordano sul piano penale, a motivo dell'implicita consapevolezza e volontà, rimanendo inescusabili forme di imperizia o ignoranza da parte di un operatore professionale.

Se il consulente tecnico si attenesse a rigidi criteri oggettivi di accertamento dell'usura, considerando nei conteggi ogni voce giudicata illegittima a prescindere dagli aspetti soggettivi che rilevano sotto l'aspetto più propriamente penale, forni-

rebbe un'indicazione completamente avulsa dall'elemento psicologico di consapevolezza e volontà insito nel reato d'usura. Sotto questo aspetto le risultanze peritali risulterebbero di scarsa utilità per il P.M. e per il Giudice.

Per gli interessi anatocistici, ad esempio, sino alla prima sentenza contraria della Cassazione n. 2374/99, l'addebito in conto risultava del tutto pacifico, di regola non contestato e riconosciuto dalla giurisprudenza: la sua illegittimità, per il periodo precedente la Delibera CICR 9/2/00, è stata definitivamente sancita solo dalla Cassazione S.U. 25065/04 e precisata nelle modalità di capitalizzazione dalla Cassazione 24418/10 [122].

In un procedimento per violazione dell'art. 644 c.p., sino al '04, apparirebbe inconsistente la presenza dell'elemento soggettivo, per l'usura ascrivibile all'inclusione nel saldo passivo del conto degli interessi anatocistici addebitati nel periodo precedente la Delibera CICR 9/2/00[123]. Ma anche per il periodo successivo al '04, dopo la defi-

---

[122] "*L'importo monetario concesso in uso al cliente è, quindi, pari al passivo del rapporto di conto corrente nei vari momenti di svolgimento del rapporto medesimo: cioè è pari al denaro in più che il cliente utilizza rispetto a quello che avrebbe avuto a disposizione sul suo conto corrente per effetto dei diversi accrediti, detratti, però, gli addebiti. Esattamente, quindi, che all'interno della banca calcola l'interesse, da applicare al cliente per l'uso di quel denaro in più rispetto alle sue disponibilità, lo fa sul passivo che risulta dall'estratto conto durante il rapporto. Depurare ex post quel passivo da una serie di importi regolarmente addebitati, perché si ritengono ora non legittimamente effettuati, è, quindi, operazione non corretta, in modo indiscutibile per le evidenti refluenze sul profilo soggettivo, perché cambiando ex post l'ammontare del credito concesso è ovvio che ne risultano modificati gli interessi applicati, ma senza che chi all'epoca applicava in concreto i tassi lo potesse immaginare, salvo affermare (e sostenere in giudizio) che quelle errate imputazioni passive fossero applicate pur conoscendone l'illegittimità. Illegittimità che era, invece, tutt'altro che pacifica nella giurisprudenza, la quale fino alla sentenza n. 2374 resa nel 1999 aveva, ad esempio, stabilmente ritenuto per un ventennio che la capitalizzazione trimestrale degli interessi fosse consentita da un uso normativo (v. ancora sentenza 12675/1998)*" (Trib. Verona, G.U.P. G. Piziali, 21 settembre '07 n. 750, in A.DI.G.E. Rivista di giurisprudenza ed economia d'azienda, n. 3, 2008).

[123] Si è osservato che la formula del TEG indicata nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia non tiene conto dell'anatocismo prodotto in corso d'anno, risultando i numeri ricompresi al denominatore della prima frazione accresciuti degli interessi addebitati nei trimestri precedenti. L'osservazione non appare corretta per i rapporti che soggiacciono alla Delibera CICR 9/2/00, per i quali, con l'addebito trimestrale, l'interesse muta natura capitalizzandosi, divenendo cioè un tutt'uno con il capitale. Non si determina pertanto alcun anatocismo: giuridicamente non si riscontra produzione di interessi su interessi. I numeri che risultano al denominatore nel trimestre successivo corrispondono all'effettivo capitale medio di credito utilizzato. Altro aspetto è la riconduzione all'anno dell'interesse nella prima

nitiva pronuncia della Cassazione S.U., permane il dubbio che sia corretto rettificare il credito erogato degli interessi anatocistici precedenti la Delibera CICR del '00 se questi interessi risultano pagati - e quindi non capitalizzati nel credito - da rimesse solutorie intervenute precedentemente, che per altro potrebbero risultare anche prescritte.

Si ritiene che un accorto ausilio al magistrato possa essere meglio prestato trascurando quegli aspetti che più palesemente escludono ogni forma di volontà e consapevolezza di commettere l'illecito, rimettendo invece allo stesso la valutazione sugli aspetti di maggiore incertezza. Appare questo il criterio generalmente adottato e condiviso, sinora seguito nei vari accertamenti penali di usura bancaria.

Per gli oneri, spese e valute, illegittimamente ricompresi nel saldo passivo del conto occorrerà, come detto, valutare attentamente, in presenza o meno di una formale contestazione, la sussistenza o meno della consapevolezza e volontà di praticare un illecito suscettibile di cumularsi nel tempo accrescendo speciosamente il credito contabilizzato e celando per questa via interessi d'usura.

Il problema sembra assumere un rilievo particolare quando spese, oneri e valute, come anche gli interessi, non siano specificatamente convenuti in contratto e/o si sia fatto per essi riferimento agli usi di piazza. In tali circostanze la violazione dell'art. 117 del T.U.B. risulterebbe palese e, ancor più in presenza di una formale contestazione che abbia fatto valere la nullità delle condizioni, non sembrerebbero giustificate ignoranza o negligenza di condotte dell'intermediario che, perseverando l'addebito di costi non formalmente convenuti, possono far lievitare il saldo a debito, determinando un divario crescente con il credito effettivamente concesso. Per contro si può tuttavia osservare che, nella gestione dell'ampio aggregato dei conti della clientela, le variazioni delle condizioni curate a norma dell'art. 118 del TUB vengono effettuate in via informatica nella presunzione di un originario contratto completo

---

frazione e degli oneri e spese nella seconda frazione: il tasso 'effettivo' menzionato dal disposto normativo implicherebbe la riconduzione all'anno attraverso un criterio esponenziale [$(1 + i)^4$] in luogo del criteri aritmetico [(1+ 4 i)] impiegato nel TEG. Prescindendo dal peso relativo delle due frazioni che compongono il TEG, impiegare, per correntezza e praticità, il criterio aritmetico, in luogo di quello esponenziale, è del tutto equivalente: se un TEG costruito con il criterio aritmetico è inferiore alla soglia costruita con eguale criterio, anche il TEG costruito con il criterio esponenziale risulterà inferiore alla soglia costruita con il medesimo criterio.

e regolare. In tali circostanze rimane difficile ravvisare elementi soggettivi d'usura, determinati da successivi addebiti nel tempo che, per incuranza e negligenza occasionali nella predisposizione dei contratti originari, dovessero risultare non pattuiti. Non si può trascurare il generale principio *'bonam partem'* che presiede la normativa penale.

Un altro problema si pone, infine, nelle pregiudizievoli e poco trasparenti circostanze nelle quali la banca acconsente acché il fido concesso venga sistematicamente e costantemente sconfinato, applicando condizioni di tasso, commissioni e spese più esose[124]. L'apertura di credito, pur in assenza di un contratto scritto, rimane valida, a norma dell'art. 117 TUB, in quanto frequentemente il contratto di conto corrente, che ricalca il modello suggerito dall'ABI, disciplina anche le clausole relative all'eventuale apertura di credito in conto concordata in secondo tempo fra la banca e il cliente (Cass. Civ. Sez. I, 9/7/05, n. 14470). Diversamente per lo sconfinamento non sussiste spesso alcun regolamento negoziale, essendo al più previsto

[124] Lo sconfinamento dal fido è stato più recentemente definito dal D. Lgs. 141/10, nell'ambito del credito al consumo, come "*l'utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccedenza rispetto al saldo del conto corrente in assenza di apertura di credito ovvero rispetto all'importo dell'apertura di credito concessa*" e viene regolato nell'art. 125 *octies*. Lo sconfinamento si configura come una 'tolleranza' della banca che acconsente, in via temporanea e precaria, al di fuori dell'apertura di credito e per il quale permane il diritto di esigere l'immediato rimborso.
Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, pur potendo stipularsi la convenzione di concessione di credito per *facta concludentia* (v. Cass. 01/07/05 n. 14470; Cass. 15/09/06 n. 19941), la tolleranza dell'intermediario che consenta ripetuti sconfinamenti del conto, ovvero il ripetuto utilizzo del credito in eccesso al fido accordato, non costituisce di per sé prova dell'avvenuta stipula di una convenzione di concessione di credito o di aumento del credito già accordato (così Arbitro Bancario e Finanziario, Coll. Roma decisione n. 42/10 del 12/02/10), pur potendo tale reiterata condotta, nel concorrere di ulteriori requisiti, assumere rilievo a tal fine (in tema, si veda ad. es. Cass. 8/01/03 n. 58). Può pertanto ritenersi che, in difetto di una pluralità di indici di una diversa volontà delle parti, la concessione di sconfinamenti, ancorché ripetuti, sia da ricondursi alla tipologia dei c.d. "fidi di fatto". "*La tolleranza degli sconfinamenti da parte della banca non integra una manifestazione di volontà idonea a superare le clausole pattuite dalle parti perché l'aspettativa originaria del fatto che l'istituto di credito paghi assegni anche quando l'esposizione creditoria superi il limite di fido concesso non è di diritto, ma di fatto, priva di giuridica rilevanza; pertanto il mancato pagamento di assegni emessi da un correntista su un conto che presenta uno scoperto superiore a quello consentito e il conseguente protesto di tali titoli non costituisce lesione di interesse riconosciuto e garantito dall'ordinamento giuridico.*". (Cass. Civ. Sez. I, 10/2/04 n. 2477).

che la banca possa discrezionalmente consentire lo sconfinamento, al quale tuttavia il cliente non ha alcun diritto.

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

Analogamente, nel momento in cui la Banca acconsente a pagamenti oltre il fido concesso, sui quali di norma applica tassi e condizioni distinti, di fatto risulterebbe accordare un ulteriore finanziamento, giuridicamente distinto dal fido accordato. Non sembra configurarsi nella circostanza un'estensione del finanziamento in essere.

Anche quando la banca prevede in contratto tassi e condizioni distinte per la parte compresa entro il fido e per l'eventuale extra-fido, non appare corretto, nella verifica d'usura, calcolare il complessivo costo del credito nel trimestre sommando gli interessi, spese ed oneri applicati entro il fido con quelli più elevati praticati per l'extra-fido. [125]

Tale criterio risulterebbe disattendere lo spirito della norma che espressamente punisce *"chiunque si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari"*. Il disposto normativo sanziona non l'applicazione di tassi mediamente usurari, ma più semplicemente i tassi usurari[126]. Qualora la banca abbia prati-

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

[126] Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia riportano: "*Se si registrano utilizzi superiori al fido accordato la classe di importo rimane determinata in base all'ammontare del fido accordato*". Nei chiarimenti forniti dalla Banca d'Italia, alla domanda: "*In quale categoria devono*

cato, anche per la sola parte di credito in extra-fido, condizioni di tasso, spese ed oneri superiori alla soglia d'usura, sembrerebbe corretto ritenere che questa non possa essere elusa con una metodologia di verifica che, fondendo tassi più alti con tassi più bassi, riconduca il valore medio al di sotto della soglia[127].

Un avviso contrario ha espresso il G.u.p. A. Panichi nella sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno, n. 117 del 9/07/09, depositata il 23/7/09 – esaminata dalla

---

essere segnalati gli sconfinamenti rispetto al fido accordato sui conti correnti affidati?", viene fornita la risposta: "*Gli sconfinamenti rispetto al fido accordato rientrano tra le aperture di credito in conto corrente (Cat. 1.a o 1.b) sia ai fini della segnalazione sia per la verifica dell'eventuale usurarietà delle condizioni applicate.*". Dalla domanda e dalla risposta si può evincere che lo sconfinamento sia oggetto di un'apposita segnalazione, distinta da quella relativa all'affidamento concesso. Questo sembrerebbe ulteriormente avvalorato dalla risposta fornita alla domanda successiva: *"In un finanziamento revolving su carta di credito può verificarsi un'estensione del credito attraverso la concessione di ulteriori linee di finanziamento. E' ammessa una segnalazione unica nella categoria 9 (Credito revolving)?"*, alla quale viene fornita la risposta: "*Sì, in caso di mera estensione del credito con le stesse caratteristiche del finanziamento revolving in essere può essere prodotta una segnalazione unitaria*.".
Sembrerebbe evincersi che la condizione per un'unitaria segnalazione sia l'applicazione delle medesime condizioni, desumendo, a contrario e più in generale, che l'estensione di ogni finanziamento, intervenuta a condizioni e caratteristiche diverse, debba essere assoggettata a specifica e distinta segnalazione: nella circostanza tale estensione, non definita contrattualmente, andrebbe rapportata alla connessa massima variazione intervenuta nel trimestre.
In altro punto delle risposte ai quesiti, tuttavia, in merito alla variazione in via temporanea dell'accordato, si precisa che, se formalizzata, vanno tenute distinte le segnalazioni dei due contratti, prima e dopo la variazione. Se non formalizzata, la segnalazione rimane unica, ma non si fa riferimento ad una uniformità di condizioni.
Una situazione analoga si riscontra nella circostanza di fidi, scaduti ma non revocati, che, protraendosi nel tempo, con la lievitazione degli interessi, oneri e spese sconfinano e, con il riferimento all'ultimo fido accordato, vengono ad esorbitare le soglie d'usura.

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

Cassazione nella famosa sentenza 12028/10 – nella quale si è ritenuto che "*in relazione alla necessità di elaborare distinti conteggi in funzione delle diverse condizioni contrattuali, non si potesse accedere alla richiesta (*del CTP*), in quanto l'erogazione del credito concesso dalla Banca si inquadra nell'ambito di un rapporto unitario; diversamente opinando si sarebbe infatti introdotto il concetto nuovo di 'usura marginale', che riguarda cioè soltanto la parte dell'affidamento che eccede il limite di fido concesso (o lo scaglione contrattuale) con la conseguenza che tale criterio di calcolo non sarebbe stato coerente con il quadro normativo di riferimento.".*

4.1 La scelta della formula di calcolo per la verifica dell'usura.

La legge non indica le modalità di raccolta ed aggregazione dei dati e, nell'indicare i criteri di individuazione delle *categorie* omogenee e il riferimento al tasso effettivo medio globale, rimette all'autorità amministrativa l'ulteriore specificazione dei parametri tecnici operativi. Autori diversi avevano inizialmente sollevato critiche e perplessità, ravvisando le circostanze di una norma penale in bianco, violante la riserva di legge prevista dalla Carta costituzionale in materia penale, in quanto il decreto ministeriale che completa la legge non assume esclusivamente una valenza tecnica, ma presenta anche un apprezzabile carattere discrezionale[128]. (questa nota va prima, all'inizio quando per la prima volta si cita la problematica???)

[128] "*(…) perché sulla sua precisione riposa essenzialmente la determinatezza delle fattispecie incriminatici, sol che si consideri che le condotte punibili disegnate nelle ipotesi-base, non contengono altra nota caratterizzante il disvalore se non quella del superamento di tale soglia.*" (G. Locatelli, Osservazioni alla nuova legge antiusura., in Il fisco, 1996. Cfr. anche A. Caverna – L. Lotti, Per una legge dalla struttura complessa.).
"Dalla cospicua giurisprudenza costituzionale in materia di riserva di legge e norma penale in bianco, emerge il principio in base al quale il totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo da parte della legge penale, ai fini della individuazione degli elementi essenziali del fatto tipico, determina una palese violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale e tale affermazione non investe solo i casi in cui il soggetto attivo sia determinato per rinvio ad una fonte secondaria, ma anche le fattispecie, di gran lunga più numerose, nelle quali è la condotta ad essere individuata per relationem *con rinvio ad una fonte regolamentare amministrativa."* (M. Fedele, Tasso soglia ex l. 108/96 e interessi moratori, profili penali. Cfr. sul tema G. Viciconte, Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco", in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1991; G. Sellaroli, Riflessi penali della giurisprudenza civile; F. Mucciarelli, Commento alla legge 108/96).

Sul tema è intervenuta nel 2003 la già menzionata Cassazione n. 20148/03, che ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 644 c.p. stabilendo che rimettere ad organi amministrativi il contenuto concreto del precetto in materia d'usura non viola il principio della riserva di legge penale, risultando analiticamente indicati gli elementi di determinazione del tasso soglia: viene rimesso al MEF e alla Banca d'Italia il solo compito residuale, non di "*determinare*" le soglie d'usura, bensì di "*rilevare*", nel senso di "*fotografare*", l'andamento dei tassi di mercato[129].

La recente Cassazione Pen. n. 12028/10, pur ribadendo come: "*non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari*", ravvisa dei margini interpretativi rimessi alla Banca d'Italia per l'individuazione degli oneri e spese da includere nella rilevazione dei tassi medi di mercato.

Come già esposto, si ritiene concettualmente distinta l'operazione di verifica del rispetto della soglia che ciascuna banca effettua sui tassi attivi applicati alla clientela, dall'operazione di rilevazione del TEG che la banca segnala trimestralmente alla Banca d'Italia, sulla base delle 'Istruzioni' da questa impartite per la rilevazione del TEGM dal quale discende il valore della soglia d'usura. La prima non può che rimanere immutata, nelle modalità e poste da considerare, rimanendo vincolata al dettato dell'art. 644 c.p.. La legge esprime chiaramente che ogni commissione, onere e spesa

[129] Le perplessità sollevate in dottrina non risultano del tutto fugate: il dispiego della discrezionalità amministrativa, successivamente alla menzionata sentenza costituzionale, è risultato ripetuto. *"La Banca d'Italia, nell'individuare nelle sue 'Istruzioni per la rilevazione dei tassi' gli elementi (interessi, costi, spese, commissioni) la cui somma concorre a comporre periodicamente la soglia di usura, talora ha espressamente escluso, pur periodicamente rilevandoli, determinati 'costi' (per esempio le commissioni di massimo scoperto), salvo poi in successive Istruzioni cambiare impostazione, includendo ciò che prima era escluso nel novero dei componenti del calcolo del 'limite'. Sorge così il dubbio che la norma di primo grado non abbia quel grado di precisione richiesto per le fattispecie penali e che la Banca d'Italia contribuisca in maniera determinante a delineare la figura del reato. In secondo luogo, è capitato che, di fronte a costi, oneri e spese non inclusi dalla Banca d'Italia (l'esempio tipico è ancora la commissione di massimo scoperto) nel calcolo della soglia d'usura, alcuni magistrati, sul rilievo che si tratti di 'costi' connessi all'erogazione del credito, hanno criticato l'esclusione operata dalla Banca d'Italia e ne hanno tenuto conto, sommandola. Ancora una volta, quel minimo di certezza che deve avere la fattispecie penale viene a mancare e torna il sospetto di incostituzionalità di un sistema che consente alla Banca d'Italia di integrare la fattispecie, e ai giudici di poter interpretare le espressioni della legge, anche contro le regole dettate da Banca d'Italia."* (prof. Paolo Ferro-Luzzi, 'Quella mobile soglia d'usura', Il Sole 24 Ore 2 agosto 2011).

debbano essere inclusi nel tasso di interesse per il rispetto dell'art. 644 c.p.; viceversa, per il Tasso Effettivo Globale Medio, che persegue la distinta finalità di rilevare il valore fisiologico di mercato, la legge si rimette, tramite il MEF, alla Banca d'Italia per la metodologia di rilevazione del valore medio: il criterio di 'media' impiegato dalla Banca d'Italia è volto correttamente ad escludere dalla rilevazione ogni espressione del fenomeno che esuli dall'ordinario.

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

Il giudice di Cassazione sembra confondere la distinzione fra il TEGM preposto a rilevare un valore fisiologico medio di mercato e il tasso impiegato per la verifica dell'usura: *"La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644, comma 4, c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere 'la remunerazione a qualsiasi titolo', ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore di credito. Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo. In termini generali, quindi, 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).

Essendo rimasti immutati i precetti disposti dall'art. 644 c.p [130], i nuovi criteri di determinazione del TEGM adottati dalla Banca d'Italia possono essere intesi come un adeguamento alla legge n. 2/09. Con ciò l'intervento del legislatore verrebbe ricondotto, non al comma 4° dell'art. 644 c.p. – la cui formulazione letterale appare incontrovertibile – bensì al comma 3° dove si prevede che 'la legge stabilisce il limi-

[130] Non rileva la recente modifica del D.L. 70/11, conv. in legge 106/11.

te oltre il quale i tassi sono sempre usurari'. Risulterebbe consequenziale ritenere che, anche per il periodo precedente il 2010, ancorché nella determinazione del TEGM elaborato dalla Banca d'Italia non abbiano concorso i valori delle C.M.S. e di alcune spese, per il TEG da impiegare per la verifica dell'usura si debbano includere tutti gli oneri e spese che intervengono nel credito[131].

Come già accennato, volendo praticare, in termini matematici corretti, un'applicazione letterale dell'art. 644 c.p., occorrerebbe far esclusivo riferimento all'usuale formula finanziaria (TAEG) indicata nei manuali di tecnica bancaria, in

[131] Un avviso diverso viene espresso da A. Cugini che fa discendere da quanto sopra riportato la totale irretroattività della legge n. 2/09: "*Ora, non sembra anzitutto pacifico che la legge 2/2009 integri gli estremi di una norma interpretativa dell'art. 644 c.p., dal momento che a tale conclusione può giungersi solo ove si ritenga che la medesima legge abbia voluto operare direttamente sulla norma del codice, chiarendo il significato da attribuire al comma quarto dell'art. 644 c.p., dando così sostanza ai concetti di "commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese" ivi indicati.*
Ma potrebbe prospettarsi anche una diversa interpretazione, ovvero che la norma in esame vada ad incidere non già sul comma prima indicato dell'art. 644 c.p. ma sul comma terzo, ovvero su quella "legge che stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari".
La differenza non sembra di poco momento: ove si acceda all'opzione della legge interpretativa non sembra di poter negare la natura effettivamente non innovativa della legge del 2009, allorché si limiti a scegliere fra le diverse letture dei concetti ivi indicati, e quindi fra l'esclusione o l'inclusione della C.M.S. dal computo del T.E.G.M. Diversamente sarebbe a dirsi ove si accedesse alla seconda interpretazione, giacché non vi è alcun dubbio che la normativa del 2009 integri un vero e proprio revirement nella normativa di settore in tema di C.M.S., la quale fino a pochi mesi prima espressamente escludeva quest'ultima dal T.E.G.M. Non si potrebbe dubitare, detto altrimenti, che si sia in presenza di una vera e propria successione di leggi penali ai sensi dell'art. 2 c.p., la quale si realizza, in caso di successione di norme giuridiche integratrici di una norma penale in bianco, allorché si renda punibile un fatto che prima non lo era (nel caso di specie l'applicazione di un interesse che supera la soglia limite in ragione dell'inclusione nel medesimo della C.M.S.; in dottrina FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, parte generale, Zanichelli, 2008, p. 92). I riflessi di tale seconda scelta sembrano evidenti: totale irretroattività della legge del 2009, e contestuale declaratoria ex art. 530, co. 1 c.p.p.
Il problema non è sfuggito del resto neppure alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha ravvisato un'aperta violazione dell'art. 7 della Convenzione nella retroattività occulta della norma interpretativa sfavorevole (17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in questa rivista, 2010, n. 5, p. 2020, con nota di GAMBARDELLA).
La Suprema Corte ha optato per una soluzione ambigua, affermando che la legge 2/2009 interviene direttamente sull'art. 644 c.p., ma che ciò avviene "correggendo una prassi amministrativa difforme". (A. Cugini, La valutazione del carattere usurario del tasso di interesse praticato dagli istituti di credito, in Cassazione Penale, 2010, n. 12).

Direttive comunitarie e in disposizioni legislative, ottenuta rapportando l'intero aggregato di interessi, commissioni e spese al credito medio concesso nel trimestre.[132].

$$\text{T.A.E.G.} = \frac{\text{(interessi + oneri + CMS) x 36.500}}{\text{numeri debitori}}$$

Come detto, 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 fra interesse in senso stretto e commissioni, oneri e spese.

In via integrativa o alternativa, qualora si ritenga che la discriminazione fra interessi in senso stretto e commissioni, oneri e spese, insita nella formula del TEG impiegato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso medio di mercato, non violi il dettato dell'art. 644 c.p., si potrà far riferimento alla formula che – adeguandosi al dettato normativo n. 2/09 e accostandosi al portato letterale del presidio penale - la Banca d'Italia ha stabilito nelle 'Istruzioni' del '09[133].

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 36.500}}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri (comprese CMS) annualizzati x 100}}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

Impiegando questa formula (per aperture di credito, anticipi, factoring e credito revolving), ci si discosta sensibilmente dall'algoritmo del TEG utilizzato nella determinazione del TEGM delle precedenti rilevazioni, sia per l'inclusione delle C.M.S. e spese prima escluse, sia per il computo annuale delle stesse.

Rimanendo, per il periodo precedente, il tasso di riferimento (TEGM) quello costruito con i 'difformi' criteri e il carente algoritmo impiegati dalla Banca d'Italia, risulta compromesso il criterio di stretta omogeneità che taluni ritengono debba presiedere il raffronto fra il criterio di calcolo del tasso praticato e quello impiegato per il tasso medio di mercato e, di riflesso, per la determinazione della soglia d'usura. Questa ineludibile circostanza è la risultante di una "*prassi amministrativa difforme*"

[132] E' questo l'algoritmo fatto proprio dal Gup di Ascoli Piceno nella sentenza esaminata dalla Cassazione Pen. n. 12028/10

[133] Non trascurando in tal modo la circostanza che alla formula della Banca d'Italia facciano riferimento gli stessi decreti ministeriali di comunicazione trimestrale delle soglie d'usura.

che ha ingenerato comportamenti conformi alle 'Istruzioni' e difformi dal chiaro portato letterale dell'art. 644 c.p.[134].

Tale circostanza può essere opportunamente considerata solo in una successiva valutazione dell'elemento soggettivo dell'usura, ma non può certo indurre ad anteporre al dettato legislativo il '*difforme*' riferimento alle 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

Si è talora sostenuto che l'illegittimità dell'art. 3, comma 2 dei decreti ministeriali e delle Istruzioni della Banca d'Italia, esplicherebbe i suoi riflessi anche sul tasso effettivo Medio Globale rilevato attraverso quella metodologia di calcolo ritenuta contraria alla legge[135]. Diversamente si effettuerebbe un raffronto non omogeneo fra un tasso per la verifica del 644 c.p., comprensivo delle CMS, e una soglia d'usura dedotta da un TEGM calcolato senza CMS, con evidente violazione dei principi di equità e ragionevolezza. Con una immotivata e pregiudiziale convinzione si

---

[134] Estrema è la resistenza frapposta con una metodologia – destituita di ogni fondamento tecnico e giuridico – proposta da taluni esponenti filo-bancari (Bancaria n. 1/11). Con bizantinismi e costrutti tecnici faziosi si arriva ad evincere dalla pronuncia della Cassazione Pen. n. 12028/10 una logica che "*conferma sostanzialmente la natura di norma in bianco dell'art. 644 c.p. e il ruolo di 'legislatore secondario' della Banca d'Italia*", pervenendo a ritenere, di riflesso, applicabili esclusivamente i criteri e la formula volta per volta indicati nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, escludenti le CMS nelle verifiche relative al periodo precedente il '10.

[135] "*I decreti ministeriali che, in attuazione dell'art. 2, comma 1 della legge 108/96, riportano il TEGM emergente dalle rilevazioni di Bankitalia non possono fondare la base per la maggiorazione prevista dal comma 4 del citato art. 2 con la quale si arriva al tasso-soglia, indipendentemente dal loro valore certificativo o normativo. Essendo infatti palese l'erroneità per difetto dei dati ivi contenuti, stante l'esplicita esclusione di almeno uno di essi (la CMS), la certificazione amministrativa, sempre controvertibile (Cass. Civ., Sez. III, 16/05/2008, N. 12446), mancherebbe di efficacia probatoria ed il valore normativo sarebbe sottratto a quei decreti dall'obbligo del giudice di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo ex art. 5 legge n. 2248/1865. Ed allora, non conoscendosi questo più elevato tasso-soglia, nessun tasso in concreto applicato da chi eroga credito può essere definito usurario in difetto di prova di una sua eccedenza rispetto al primo. Infatti, anche nel caso in cui sia la banca ad affermare e far valere un suo diritto al pagamento di un importo che il cliente assuma determinato pure da interessi usurari, il fatto che l'interesse applicato ecceda la soglia (ignota) rappresenta un fatto impeditivo ex art. 2697, comma 2 c.c. (ossia un fatto che determina l'inefficacia sub specie nullitatis dell'intera clausola relativa agli interessi ex art. 1815, comma 2 c.c. o per la sola eccedenza: sulla questione cfr. App. Milano, 06/03/2002, in Giur. It. 2003, 93) che deve perciò essere provato da chi lo allega".* (V. Tavormina, Affidamenti e scoperti bancari. I più recenti interventi legislativi e giudiziari. Brescia 25 maggio 2012. Il contenzioso con le banche e le società di leasing).

sostiene che tale confronto comporterebbe un grave errore non solo di diritto, ma anche e soprattutto di logica e di matematica.

Questa posizione esprime una palese stereotipia. La legge esprime chiaramente che ogni commissione, onere e spesa debba essere incluso nel tasso di interesse per il rispetto dell'art. 644c.p.; viceversa, per il Tasso Effettivo Globale Medio, che persegue la distinta finalità di rilevare il valore fisiologico di mercato la legge si rimette, tramite il MEF, alla Banca d'Italia, per la metodologia di rilevazione del valore medio: il criterio di 'media' impiegato dalla Banca d'Italia è volto correttamente ad escludere dalla rilevazione ogni espressione del fenomeno che esuli dall'ordinario.

I criteri di formazione dei due tassi risultano accostati, ma rimangono distinti e separati: non è stabilito dalla legge alcun criterio di omogeneità.

Si è altresì affermato, reiterando il menzionato stereotipo, che le precedenti 'Istruzioni' della Banca d'Italia erano chiare nell'affermare che le CMS non rientravano nel calcolo del TEG, impiegato per la determinazione del TEGM, ed ad esse non potevano che conformarsi i soggetti vigilati sulla base del disposto dell'art. 3, comma 2 del decreto ministeriale del MEF. La copresenza dell'ineludibile portato letterale dell'art. 644 c.p. avrebbe dovuto suggerire, in un atteggiamento di professionale cautela, il rispetto del limite più rigido, tanto più se questo discende da una disposizione sovraordinata. L'enunciato del decreto andava coordinato e subordinato al disposto della legge 108/96: la disposizione ministeriale non potevano certo riferirsi ai criteri di inclusione, stante la chiara formulazione dell'art. 644 c.p. comma 4, sulle poste da includere nello stesso.

I programmi informatici di controllo delle soglie d'usura, di cui si erano dotati gli intermediari bancari successivamente alla legge 108/96, al contrario non ricomprendevano nell'algoritmo impiegato le C.M.S., sottoposte al più alla limitazione indicata nella menzionata Circolare della Banca d'Italia del dicembre '05.

Non si ritiene corretto applicare i criteri della Circolare della Banca d'Italia 2/12/05, distinguendo la soglia degli interessi dalla soglia delle CMS: oltre alle palesi contraddizioni tecniche, manca a detto criterio il fondamento di legge che consente di utilizzarlo per individuare l'illecito.

Né sembra praticabile procedere a modificare la soglia a suo tempo pubblicata maggiorando il TEGM del valore medio delle CMS rilevate tempo per tempo. Le

apprezzabili incongruità tecniche che presenta[136] una tale aggregazione svilirebbero ogni tesi giuridica di sostegno. Disconoscendo la validità certificativa dei valori del TEGM a suo tempo pubblicati, verrebbe seriamente pregiudicato il principio di tassatività dell'illecito penale.

Per altro – rileva De Poli (Costo del denaro, commissioni di massimo scoperto ed usura, in Nuova giur. Civ. comm., 2008, UU, 53) - il TEGM indicato dal ministero competente, una volta che sia fatto oggetto di pubblicazione nella G.U., costituisce pienamente ed esclusivamente il necessario ed unico *tertium comparationis* per il giudice, posto che, ai sensi della l. 108/96, art. 2 comma 4, "*il limite previsto dal comma 3 dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella G.U. ai sensi del comma 1 relativamente alle categorie di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà*" (ora aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali*).* Quindi 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'*.

Intervenendo con il corretto algoritmo del TAEG, o al più con il TEG rettificato dalla 'Istruzioni' del '09, è possibile che si riscontrino debordi delle soglie d'usura che, nella rigidità del criterio oggettivo posto dalla norma, integrano gli estremi del reato d'usura di cui all'art. 644 c.p. I riflessi sul piano civile risultano conseguentemente scontati: la Cassazione n. 46669/11 vi fa espresso riferimento.

Sul piano penale i riflessi si configurano più articolati: considerati i fatti e le circostanze in precedenza descritti, si può ritenere che, alla presenza dell'elemento oggettivo del reato d'usura non possano univocamente corrispondere la consapevolezza e volontà del reato stesso. Per quest'ultimo aspetto utili indicazioni possono essere tratte dalle sentenze della Cassazione Pen. n. 12028/10 e n.46669/11.

[136] Le basi di riferimento sono assai diverse e la semplice somma condurrebbe a palesi discrasie. Cfr. R. Marcelli. Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni, 2009; Usura e commissioni di massimo scoperto, aspetti penali. La Corte d'Appello penale di Reggio Calabria riforma la sentenza del Tribunale di Palmi, 2010, in: http://www.assoctu.it.

Per il caso esaminato nella prima sentenza, la Suprema Corte ha condiviso le conclusioni del giudice di merito che, pur riscontrando usura, aveva ravvisato l'insussistenza dell'elemento soggettivo, ricorrendo i seguenti elementi:

1. minima entità dei superamenti del tasso soglia, rispetto agli importi movimentati;
2. episodicità dei superamenti del tasso soglia nel lasso di tempo esaminato;
3. controprova che, in applicazione della precedente contraddittoria normativa secondaria, non vi erano stati debordi delle soglie d'usura.

Nella sentenza del Gup del Tribunale di Ascoli Piceno – riconosciuta dalla Cassazione correttamente impostata e congruente – le circostanze sopra indicate, congiuntamente presenti, vengono ritenute 'granitici' elementi che avvalorano l'insussistenza della consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria[137].

In assenza di chiare e circostanziate pronunce della giurisprudenza di legittimità, le indicazioni difformi dell'organo amministrativo possono aver pregiudicato o impedito la consapevolezza posta a base della responsabilità penale[138].

---

[137] Si può agevolmente verificare che le tre circostanze sopra menzionate si realizzano quando, nella composizione delle competenze addebitate in conto, non assumono una quota di rilievo le C.M.S., gli oneri e le spese.

[138] "*A ben vedere, infatti, perché possa ritenersi integrato il reato d'usura, sarà necessario che i dati obiettivamente emersi costituiscano oggetto di rappresentazione e volontà da parte dell'agente nei cui confronti si svolge il procedimento di accertamento. Il giudice non potrà pertanto limitarsi ad accertare la mera consapevolezza del fatto che non si sia tenuto conto delle commissioni di massimo scoperto nel verificare il rispetto del tasso soglia ai fini dell'art. 644 c.p., ma dovrà pervenire alla prova, oltre ogni ragionevole dubbio ex art. 533, comma 1, c.p.p., della rappresentazione che dal mancato computo delle stesse sia derivato il superamento effettivo (e non solo ipotetico) dei tassi soglia; e che, rispetto a tale concreta rappresentazione, il soggetto abbia espresso una sua adesione in termini di volontà.*
L'art. 533, comma 1, c.p.p., introducendo infatti uno standard probatorio sicuramente più alto rispetto a quello fissato dall'art. 530, comma 2, c.p.p. – secondo il quale il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione laddove la prova manchi, sia insufficiente o contraddittoria – impone all'organo giudicante di assumere una pronuncia di condanna, non se le prove a carico dell'imputato siano semplicemente di spessore maggiore rispetto ai dati istruttori favorevoli alla prospettazione della difesa, ma solo se il quadro probatoria dell'accusa raggiunge una particolare e significativa intensità. Al riguardo, sarà indifferente che all'ipotesi dell'ufficio inquirente si contrapponga un'ipotesi rivale fornita di qualche conferma, o che invece la difesa si sia limitata a negare la veridicità dell'imputazione. In

In questo senso si è espressa, in termini ancor più dirimenti, la recente sentenza della Cassazione n. 46669/11. Nel percorso logico seguito, la sentenza ribadisce due fondamentali principi, sanciti da precedenti pronunce (Cass. Pen. n. 36346/03; Corte Cost. 364/88):

i) "*Non è scusabile, in linea di principio, da parte di un istituto di credito, l'errore riferibile al calcolo dell'ammontare degli interessi usurari trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all'ambiente bancario, non presenta in sé particolari difficoltà*";

ii) "*Tale dovere è particolarmente rigoroso nei confronti degli organi di vertice della banca, essendo per costoro particolarmente accentuato il dovere di informazione sulla legislazione in materia, esistendo sempre un obbligo incombente su chi svolge attività in un determinato settore di informarsi con molta diligenza sulla normativa esistente e, nel caso di dubbio, di astenersi dal porre in essere la condotta.*".

Ma nel contempo richiama ulteriore aspetti ai quali, nella circostanza, ritiene di prestare una particolare attenzione:

iii) "*la scusabilità dell'ignoranza e l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta ogni qualvolta l'errore sia stato originato da un comportamento positivo degli organi*

---

entrambi i casi, il giudice non potrà pronunciare sentenza di colpevolezza se l'accusa non ne avrà provato la fondatezza 'al di là di ogni ragionevole dubbio'.
Ciò non vorrà dire eliminare anche il dubbio più remoto e il dubbio immaginario, ma sarà tuttavia necessario che l'organo giudicante raggiunga una situazione che, dopo tutte le verifiche in ordine alle prove, consenta di pervenire ad una convinzione incrollabile sulla verità dell'imputazione.
Attraverso l'art. 533 c.p.p.- inserito dall'art. 5, l. 20 febbraio 2006, n. 46 – il legislatore ha dato così dignità normativa al principio dell'in dubio pro reo, che era già stato fatto proprio, peraltro, dal diritto vivente. Pertanto, non può essere trascurato che adesso, sul piano positivo, l'applicazione dello standard probatorio del ragionevole dubbio non è più rimesso alla prudentia del giudice, ma ha un'immediata portata normativa. Attraverso tale disposizione il sistema penale stabilisce quale sia il grado di conferma che la prova del dolo deve ricevere per giustificare un'affermazione di responsabilità. Solo il raggiungimento di tale certezza consente di ribaltare la presunzione costituzionale di innocenza, mentre qualora le prove presentate dall'organo requirente non permettano di giungere ad un convincimento pieno, l'organo giudicante sarà tenuto a non emettere sentenza di condanna.
Diversamente ragionando, infatti, risulterebbe violati i principi informatori dell'ordinamento sostanziale e processuale penale (art. 27, comma 1, Cost.); il principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.) e il principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.) (F. Arnone, Riflessioni penalistiche in tema di commissioni di massimo scoperto e usura, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ. 1-2/2011).

amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale da cui l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza della interpretazione e, conseguentemente della liceità del comportamento futuro in forza della sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale) (cfr. per tale orientamento, Sez. 4, Sentenza n. 32069 del 15/7/10)"[139].

iv) "*(...) va riconosciuta la pretesa buona fede nei confronti degli organi apicali delle banche, in forza delle circolari della Banca d'Italia e dei Decreti ministeriali dell'epoca che non comprendevano la CMS nel calcolo del tasso soglia usurario e da una consolidata giurisprudenza di merito, previgente ai fatti di causa, che escludeva nell'atteggiamento delle banche alcuna ipotesi di reato, assolvendo gli operatori bancari a ogni livello o non ravvisando gli estremi per iniziare l'azione penale.*".

---

[139] "*A seguito delle sentenze della Corte costituzionale 24 marzo 1988 n. 364 e 22 aprile 1992 n. 185, deve riconoscersi la scusabilità dell'ignoranza della legge penale se inevitabile (art. 5 c.p.). A tal fine, come già puntualizzato dalle Sezioni Unite (sentenza 10 giugno 1994, C.), per stabilirne i presupposti e i limiti, deve ritenersi che per il comune cittadino l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta in tutte le occasioni in cui l'agente abbia assolto, con il criterio della normale diligenza, al cosiddetto dovere di informazione, attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Invece, per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, tale dovere è particolarmente rigoroso, incombendo su di essi, in ragione appunto della loro posizione, un obbligo di informarsi con tutta la diligenza possibile, di guisa che essi rispondono dell'illecito anche alla stregua della culpa levis; in questa seconda situazione, occorre cioè, ai fini della scusabilità dell'ignoranza, che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto. (Nella fattispecie, relativa ad alcuni imprenditori chiamati a rispondere, tra l'altro, di violazioni fiscali e di frode doganale, in relazione a una complessa operazione economica avente a oggetto l'importazione di aglio da paesi extracomunitari, la Corte, accogliendo il ricorso del pubblico ministero avverso la sentenza di non luogo a procedere, ha ritenuto non corretta e immotivata la decisione liberatoria basata sulla buona fede indotta dall'ignoranza scusabile della disciplina di settore, adottata nei confronti di operatori professionali argomentando una pretesa incertezza nel trattamento amministrativo di vicende che, invece, secondo il giudice di legittimità, non erano immediatamente assimilabili a quella di interesse; in tal modo, secondo la Cassazione, si era dato spazio a una inaccettabile svalutazione del dovere di diligenza nella ricostruzione della disciplina applicabile alla propria attività che invece doveva riconoscersi sussistente in modo pieno a carico di un professionista svolgente una determinata attività professionale)"* (Cassazione penale sez. IV, 5 luglio 2010, n. 32069).

v) "*Nel caso di specie, invece, in mancanza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità, sia civile che penale, all'epoca* (sino al 2002*), che ritenesse illecita tale prassi bancaria, sviluppatosi poi successivamente, nessuna censura di mancanza di doverosa prudenza può essere posta a carico dei Presidenti delle banche e, in base a tale duplice valutazione, non può ritenersi violato il dovere di diligenza nella ricostruzione dei criteri applicabili ai fini della individuazione del tasso soglia a carico degli organi di vertici degli istituti bancari."*[140].

---

[140] Nel commentare la sentenza, osserva D. Micheletti (in La Giustizia Penale, Parte Seconda, 2012, pag. 129): "*Come che sia, la sentenza ora in oggetto ha evitato di affrontare in modo diretto il problema degli effetti nel tempo della norma interpretativa, preferendo arginarne in altro modo la potenziale retroattività. L'espediente non è per altro nuovo, venendo da tempo suggerito in dottrina proprio come equivalente funzionalistico del divieto di retroattività rispetto ai mutamenti interpretativi.*

Il riferimento va – come s'intuisce – alla disciplina dell'error iuris così come rimodellata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988: la quale rende scusabile il comportamento tenuto dal soggetto sulla base dell'affidamento da questi prestato su un giudizio di liceità formulato, all'epoca dei fatti, dai competenti organismi interpretativi (pubblica amministrazione e giurisprudenza), ancorché sia stato successivamente ribaltato dagli stessi organi o per mano del legislatore-interprete. E' questa, a ben vedere, una delle figure sintomatiche di errore di diritto inevitabile censite dalla giurisprudenza costituzionale di legittimità: un'ipotesi che sembra per l'appunto adattarsi perfettamente alla rilevanza della commissione del massimo scoperto nell'usura, là dove si consideri che la sua esclusione dalla base di calcolo del tasso medio era stata esplicitamente dichiarata dalla Banca d'Italia all'indomani della nuova legge ed è stata sempre costantemente recepita dai decreti ministeriali di rilevamento. Vero ciò, si può anche criticare il fatto che un simile 'equivoco' sia stato alimento da un soggetto (la Banca d'Italia) totalmente di proprietà degli stessi operatori finanziari che ne hanno tratto vantaggio. Nondimeno, di fronte alla ratifica della scelta da parte del Ministero del Tesoro, non sembra imputabile ai singoli operatori l'avervi fatto affidamento.

Né, in senso contrario, gioverebbe far leva sul fatto che, da sempre, il tenore letterale dell'art. 644, comma 4, c.p. impone un'interpretazione lata della base di calcolo del tasso medio, tale da ricomprendere tutte le commissioni, ivi incluse quelle di massimo scoperto. E' ben vero infatti che, di fronte a tale ampiezza, nulla avrebbe impedito ai vertici degli istituti di credito di attenersi prudenzialmente alla definizione legislativa, anziché fare affidamento sulle circolari amministrative. Non averlo fatto non sembra tuttavia integrare gli estremi di un dolo eventuale di usura. Come ben osserva la sentenza in commento, all'epoca dei fatti, non esisteva una sola sentenza di legittimità, civile o penale, che imponesse di considerare la commissione di massimo scoperto nel calcolo del tasso usurario: sicché, di fronte a tale mancanza, non può nemmeno ritenersi esistente, negli operatori finanziari, quello stato di dubbio richiesto in termini logici per la configurazione dell'accettazione del rischio di usura. Da qui – si ribadisce – l'inesigibilità per gli operatori del comportamento conforme allo stato di diritto ancorché esso sia stato successivamente 'confermato' dalla norma interpretativa, in realtà dagli effetti 'correttivi'.".

Tralasciando posizioni dottrinali che sin dai primi anni di applicazione della legge 108/96 avevano sollevato dubbi sull'esclusione della CMS dal calcolo del TEG, la Cassazione pone il discrimine temporale – del ragionevole dubbio, che induce l'elemento soggettivo del reato d'usura – nella manifestazione di un orientamento di legittimità accertante l'illiceità della prassi bancaria.

In una rigida chiave di lettura un'esplicita pronuncia di illiceità non si riscontra sino alle menzionate pronunce della Cassazione penale n. 12028 e n. 28743 del '10, che per altro sono state precedute dalla sentenza della Cassazione n. 8551/09, la quale non si era espressa per l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG[141].

Solo con la legge n. 185/08 e le nuove 'Istruzioni' della Banca d'Italia, rese applicative dall'1/1/10, si può ritenere rimossa l'inevitabilità dell'errore indotta dalle 'difformi' indicazioni dell'organo amministrativo.

Per il periodo precedente, ove si riscontri il rispetto delle soglie d'usura, secondo la metodologia di calcolo suggerita tempo per tempo dalla Banca d'Italia e richiamata dall'art. 3 dei decreti trimestrali del MEF, non sembra ravvisarsi la sussistenza dell'elemento soggettivo che configuri la responsabilità penale degli operatori bancari.

Le numerose denunce di usura che le Procure vengono esaminando, per fatti e circostanze precedenti il 2010, frequentemente vengono archiviate in quanto, pur rilevando l'elemento oggettivo del reato, se risultano rispettate le 'Istruzioni' della Banca d'Italia, viene riconosciuta, in un accertamento del dolo, la debita rilevanza che assumono gli aspetti richiamati dalla Suprema Corte.

---

[141] Infatti, come richiama la menzionata sentenza della Suprema Corte (n. 12028/10): "*In particolare la sentenza n. 8551/2009 di questa Sezione ha preso in considerazione il problema della pretesa violazione dell'art. 644 c.p., comma 4 insito nel metodo di calcolo utilizzato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale, che non terrebbe conto della voce "commissione di massimo scoperto, ma si è limitata a rilevare che "il metodo di calcolo dei tassi effettivi globali medi previsto dalla Banca d'Italia è stato integralmente accolto nei decreti ministeriali emessi ai sensi della L. n. 108 del 1996, art. 2 nei quali è espressamente previsto che le banche debbano attenervisi al fine di verificare il rispetto del limite di cui alla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, comma 4", senza ulteriormente indagare sulla conformità dell'esito della procedura amministrativa, così ritualmente espletata, alle disposizioni di cui all'art. 644 c.p., comma 4 con riferimento agli elementi di cui obbligatoriamente si deve tenere conto per la determinazione del tasso di interesse usurario".*

A tali principi si ispira il G.U.P. del Tribunale di Novara, il quale, per fatti intervenuti nel '08, dopo aver accertato l'usura oggettiva, con l'inclusione delle spese di assicurazione, allora escluse dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, non ha ritenuto sussistere l'elemento soggettivo. Assai poco convincente appare la motivazione: "*L'Autorità preposta al controllo del mercato del credito ha emesso provvedimenti amministrativi a contenuto precettivo (le istruzioni appunto), di carattere generale, cui gli odierni imputati, come tutti gli operatori del settore, si sono adeguati. Non va poi dimenticato che la violazione, da parte degli operatori, delle norme secondarie in esame, potrebbero comportare l'applicazione anche di sanzioni amministrative. Mentre non vi sono ragioni per ritenere che gli imputati avrebbero potuto non conformarsi alle Istruzioni, in particolare con riferimento alla inclusione o meno delle spese per le assicurazioni nel calcolo del TEG*" (Trib. Novara, 24 aprile '13, in www.dirittobancario.it).

Il Giudice non sembra cogliere la distinzione fra il TEG impiegato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del Tasso Globale Medio di mercato e il tasso da impiegare per la verifica del rispetto della soglia. Non vi è alcun provvedimento amministrativo della Banca d'Italia a contenuto precettivo, né vi potrebbe essere un provvedimento in tal senso, che imponga alle banche di impiegare nella verifica i medesimi criteri di inclusione/esclusione previsti per il calcolo del TEGM. Vi è sì il disposto ministeriale, ma risultando nella circostanza l'esclusione dal calcolo del premio di assicurazione, chiaramente in contraddizione con l'art. 644 c.p. l'intermediario non avrebbe contravvenuto ad alcun precetto se avesse operato una distinzione fra il tasso impiegato (TEG con esclusione del premio di assicurazione) per la rilevazione del TEGM e il tasso impiegato (con inclusione del premio di assicurazione) per la verifica del rispetto delle soglie d'usura.

In termini ancor più estremi si è espresso il Gip del Tribunale di Caltagirone (dott. M. Gennaro, sentenza 21/6/12), il quale non ha ritenuto di procedere non 'perché il fatto non costituisce reato', bensì 'per insussistenza dei fatti'. Nella circostanza, il Gip – nel considerare le incertezze e le diverse metodologie di inserimento delle CMS - ha ritenuto che "*non si vede in quale modo sia possibile, in un sistema siffatto, tener conto 'a posteriori' della CMS nel calcolo del tasso usurario senza viola-*

re irrimediabilmente il principio di tassatività dell'illecito penale, principio com'è noto direttamente ritraibile dall'art. 25 Cost."[142].

Una posizione più puntuale e circostanziata ha invece assunto, in sede civile, il Giudice del Tribunale di Pordenone: *"Non ignora il giudicante che la Corte d'Appello di Trieste, nella recente sentenza n.746/11, in dichiarato contrasto con la giurisprudenza penale ora citata, ha affermato che la disciplina di cui all'art. 2 bis, introdotto con la legge n. 2/09 di conversione del d.l. n. 185/08, ha natura innovativa e non interpretativa, essendosi conseguentemente ritenuto che il legislatore abbia previsto solo per il futuro l'inserimento della c.m.s. nel calcolo del TEG.*

In realtà non si dubita della irretroattività dell'intervento legislativo quanto a non applicabilità a fatti precedenti delle disposizioni dallo stesso introdotte, bensì si osserva che la conclusione positiva circa la rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini del calcolo del TEG era pienamente valida anche prima della novella, in quanto obbligata dal chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p..

Tale ultima osservazione incontra, tuttavia, un'importante obiezione, così come espressa dalla stessa Corte d'Appello di Trieste: "ritenendo che anche per il passato la c.m.s. andasse inclusa nel tasso applicato dal singolo operatore, la comparazione con il TEGM e relativa soglia (TEGM + 50%) – dai quali la c.m.s. era esclusa – avverrebbe tra realtà economiche evidentemente disomogenee"; l'obiezione nasce dal convincimento che gli stessi elementi che hanno concorso alla rilevazione del TEGM

---

[142] Al riguardo A. Cugini, nel commentare la sentenza della Cassazione n. 12028/10, riporta: " *L'arresto della Suprema Corte fornisce anche una riposta alla possibilità vagheggiata dalla giurisprudenza di merito di fare applicazione nel caso di specie del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, come statuisce la l. 2248/1965 e ricorda la stessa giurisprudenza di legittimità (Sez. V, 12 gennaio 1996, n. 3455, in www.lex24.it). I giudici del Supremo Collegio hanno evidentemente ritenuto di non configurare nel caso di specie un'ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo (quale potrebbe derivare, in astratto, solo dal mancato rispetto della lettera dell'art. 644, co. 4 c.p. nella parte in cui impone alla fonte secondaria di includere le "commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese" sostenute da chi si vede erogato il credito), da ciò pacificamente derivando il difetto di presupposto onde procedere all'esplicazione del potere giudiziale.*
Del resto, come ricordato in dottrina, il panorama giuridico attuale non coinvolge più tanto il sindacato giudiziale dell'atto amministrativo, quanto l'esercizio in sé del potere giudiziario e la funzione di supplenza a questo attribuito (sul punto MANES, L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica", in Riv. it. dir. pen. proc., 2010, p. 112). (A. Cugini, La valutazione del carattere usurario del tasso di interesse praticato dagli istituti di credito, in Cassazione Penale, 2010, n12)

debbano essere presi a base per la determinazione del tasso effettivo applicato (TEG) al fine di confrontare due valori tra loro perfettamente omogenei: considerare la c.m.s., sommandola agli 'interessi' o agli 'oneri', ai fini della determinazione del TEG da confrontare con il TEGM aumentato del 50% (cd. Tasso soglia) che non la contiene, porterebbe ad effettuare un confronto fra due entità disomogenee.

Si deve tuttavia in primo luogo osservare che la mancanza del parametro 'omogeneo' (TEGM calcolato con inclusione della c.m.s.) per gli anni che vengono in rilievo, se indubbiamente crea una difficoltà operativa (e di giudizio) assai grave non può giustificare la semplice negazione di giustizia che si avrebbe applicando, nonostante tutto, l'erronea metodologia recepita nei decreti ministeriali: si ribadisce, la l. 108/96 prevede (e ha sempre previsto) la rilevazione del TEGM con riferimento ad ogni onere correlato all'operazione di finanziamento, e non vi è dubbio che la c.m.s. sia un onere posto in relazione con lo scoperto di conto corrente che trova giustificazione quale parziale ristoro per minore redditività che la banca subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide.

A ben vedere, tuttavia, la difficoltà operativa può ben essere risolta in radice: a ben vedere, l'affermazione secondo cui, non essendo la c.m.s. compresa nella determinazione del TEGM, non potrebbe neanche essere compresa nel calcolo del TEG per la verifica dell'usura, costituisce – come osservato da recente autorevole dottrina – una forzatura logica, una petizione di principio.

In realtà la Banca d'Italia ha approntato una metodologia di rilevazione volta a cogliere il costo fisiologico medio di mercato del finanziamento, così determinando il TEGM; l'aggregato dei costi da inserire nel calcolo del TEG deve invece ricomprendere ogni onere in concreto sopportato per l'erogazione del credito, fisiologico e non, patologico e non.

Esempio classico della differenza che s'intende sottolineare è la mora, che rientra nella verifica d'usura (v. Cass., sent. 5286/00, e corte cost., sent. N. 29/02) ma non è (come è ovvio) ricompresa nella rilevazione del valore medio di mercato.

Se poi si considera – nella forma e modalità impiegate dalla pressoché totalità del sistema bancario, prima che la legge 2/09 ne riformasse l'utilizzo – la c.m.s. una patologia dei rapporti bancari, appare conseguente e coerente:

a) che, nella rilevazione operata dalla Banca d'Italia la stessa non fosse ricompresa nel calcolo del TEGM;

b) che, al contrario, la c.m.s. applicata sia ricompresa nello specifico calcolo del TEG da porre a confronto con la soglia d'usura.

L'ammontare della c.m.s. che non trova(va) spazio nel TEGM pubblicato nei decreti ministeriali, deve (doveva) necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al TEG praticato dall'intermediario rispetto al TEGM calcolato dalla Banca d'Italia: rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge." (Tribunale Pordenone, P. Toffolo, 7 marzo 2012, in il caso.it)[143].

In generale le conclusioni a cui si perviene, per fatti e circostanze collocati temporalmente prima del 2010, di regola, al più sollevano profili di illiceità che assumono rilievo esclusivamente in sede civile: *"una volta accertata la sussistenza del fatto reato sotto il profilo oggettivo da parte degli istituti di crediti, trattandosi comunque di illecito avente rilevanza civilistica, non rileva, ai fini risarcitori, che non sia stato accertato il responsabile penale della condotta illecita, in quanto l'azione risarcitoria civile ben può essere espletata nei confronti degli istituti interessati che*

[143] Un'analoga posizione viene, in termini più sintetici, espressa dal Trib. Civ. di Ferrara: "*Ed invero, la necessità di considerare la CMS, come pure le ulteriori spese bancarie e di chiusura, ai fini del calcolo del TEG deriva anzitutto dal dato testuale dell'art. 1 della L. 108/96, certamente non derogabile dalle Direttive della Banca d'Italia essendo queste ultime atti formalmente e sostanzialmente di natura amministrativa …*" (Trib. Ferrara, Sangiuolo, 6/8/12 n. 1040)

e dal Trib. Civ. di Taranto: ""*Se non può negarsi che la legge 108/1996 non si esprime in ordine alla metodologia di calcolo del teg , non può neppure sottacersi che, come esattamente rilevato dal ctu "la formula scientifica che interpreta il dettato normativo è la formula inversa dell'interesse semplice, poiché la normativa statuisce che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito" .... Pertanto, il tasso applicato dalla banca deve necessariamente essere il risultato, in funzione al tempo, di tutto quanto viene corrisposto a fronte di un capitale preso a credito; La norma vincolante per il giudice, dunque, quella che detta la regola alla quale occorre attenersi nella determinazione del teg, è non la circolare della Banca D'Italia , ma la disciplina recata dalla legge n.108/1996.(…) E' appena il caso di rilevare, infatti, che il giudice è soggetto solo alla legge (art. 101, secondo comma, della Costituzione), sia nel senso che non deve travalicarla, sia nel senso che essa soltanto lo vincola, sicché va escluso che possa darsi peso a circolari, ancorché emesse dalla banca d'Italia, in presenza di un dettato normativo contenuto in una legge ordinaria (…)"* (Trib. Taranto, G. Coccioli, 25/10/12).

rispondono, comunque, ex art. 1118 e 1228 c.c., del fatto dei propri dipendenti." (Cass. Pen. N. 46669/11).

Per una compiuta valutazione delle circostanze e attenuanti, è pertanto opportuno ed utile procedere distintamente a:

i) **usura oggettiva**: verificare la presenza o meno dell'usura impiegando la formula del TAEG o al più – qualora non evidenzi una palese contraddizione con il dettato dell'art. 644 c.p. - la formula del TEG rettificata dalle 'Istruzioni' del '09, evidenziando l'entità e ricorrenza degli eventuali debordi dalle soglie d'usura;

ii) **elementi di valutazione soggettiva dell'usura**: curare altresì un secondo conteggio, seguendo i criteri di calcolo volta per volta indicati dalla Banca d'Italia[144].

Si vengono in tal modo ad evidenziare compiutamente elementi di valutazione che consentono di apprezzare e giudicare separatamente l'elemento oggettivo e soggettivo del reato.

VALUTAZIONE USURA OGGETTIVA (E SOGGETTIVA A PARTIRE DAL 2010)

$$\text{T.A.E.G.} = \frac{(\text{interessi} + \text{oneri} + \text{CMS}) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

o, qualora non risulti in contraddizione con l'art. 644 c.p. :

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri (comprese CMS) annualizzati} \times 100}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

(formula 'Istruzioni' Banca d'Italia 2009)

VALUTAZIONE USURA SOGGETTIVA (PRIMA DEL 2010)

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri} \times 100}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

(formula 'Istruzioni' Banca d'Italia volta per volta vigenti)

[144] Si ritiene corretto escludere le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia con la nota Circolare del 2/12/05, non recepita in alcun Decreto Ministeriale e prive di fondamento normativo.

4.1 Le azioni legali dopo le pronunce della Cassazione Penale.

(vedi nota 44 a pag. 40)

Con le sentenze della Cassazione Penale n. 12028/10, n. 28743/10 e n. 46669/11, vengono finalmente precisati i criteri operativi e di responsabilità della legge 108/96, fugando i dubbi e le perplessità sollevati dai provvedimenti amministrativi integrativi di applicazione che, per lungo tempo, hanno condizionato e compromesso le verifiche di rispetto delle soglie d'usura.

Le pronunce della Cassazione Penale pongono un punto fermo di estremo rigore sia nella lettura dell'art. 644 c.p., sia nei contorni di responsabilità dei presidi di garanzia della norma penale, ricondotti *in primis*, senza deroga alcuna, alla struttura di vertice dell'intermediario bancario.

Nel contempo si è reso necessario rimediare alla discrasia fra la norma di legge e i provvedimenti amministrativi, trascinatasi per oltre un decennio nel più completo silenzio della giurisprudenza di legittimità. Pur ribadendo la dovuta preminenza del disposto legislativo sui provvedimenti amministrativi, non si è ravvisato nei comportamenti bancari, rispettosi delle 'difformi' indicazioni prospettate dalla Banca d'Italia, alcuna intenzionalità a praticare condizioni d'usura.

La Suprema Corte ha rilevato la responsabilità civile dell'inosservanza del chiaro portato letterale dell'art. 644 c.p., salvaguardando tuttavia dai riflessi penali gli intermediari che, in passato, pur rispettando i più 'laschi' criteri fissati dalla Banca d'Italia per la determinazione del TEGM, sono comunque incorsi in condizioni d'usura.

Se la diffusa e continua disattenzione del portato letterale dell'art. 644 c.p., nella confusione normativa che ha accompagnato il fenomeno sino al 2010, ha reso necessaria, per i comportamenti passati, una forma di sanatoria penale, appare inevitabile, dopo le puntuali e circostanziate precisazioni fornite dalla Suprema Corte, un atteggiamento di maggior rigore per eventuali comportamenti che nel proseguo possano disattendere i limiti posti al costo del credito.

Dopo le precisazioni fornite dalle sentenze della Cassazione Penale n. 12028/10, n. 28743/10 e n. 46669/11 e la rettifica alle 'difformi' Istruzioni, operata dalla Banca d'Italia a partire dal 1/1/10, non vi può essere distinzione alcuna fra elemento oggettivo e soggettivo[145].

Un'attenzione particolare va prestata nelle azioni legali delle banche, promosse successivamente alle menzionate sentenze, volte al recupero del credito risultante dal saldo finale del conto, tenendo presente che il reato d'usura si consuma, oltre che nel 'farsi promettere', anche nel 'farsi dare'. Gli interessi usurari addebitati in conto negli anni precedenti, qualora non coperti da rimesse di pagamento intervenute prima del 2010 e quindi ricompresi nel saldo reclamato in un decreto ingiuntivo, azione esecutiva o in un'insinuazione fallimentare, possono configurare un inescusabile reato d'usura, privo delle menzionate scusanti che, per gli anni pregressi, ne hanno delimitato gli effetti al campo civile. Con la consapevolezza acquisita dalle citate sentenze della Cassazione, anche un'ordinaria azione legale può, in talune circostanze, integrare il reato di estorsione.

Per addebiti risalenti nel tempo, essendo venuta meno la buona fede che prima escludeva profili di colpevolezza dolosa, un'attenzione particolare deve essere prestata all'importo rivendicato. Nella circostanza in cui il saldo del conto reclamato nella richiesta o azione legale ricomprenda pregressi interessi usurari, annotati in conto ma ancora non pagati, il dolo non può essere evitato. Considerata la professionalità, preparazione, mezzi ed organizzazione di cui dispone l'intermediario bancario, non possono trovare giustificazione comportamenti che trascurano il momento nel quale gli interessi e competenze vengono richiesti e/o esatti, distinto dal momento nel quale sono stati annotati in conto. Gli interessi e competenze debordanti le soglie d'usura, annotati nel conto, se non risultano pagati in passato, dopo le menzionate pronunce della Cassazione non possono essere pretesi o riscossi senza evitare la pregnante presenza dell'elemento soggettivo del reato.

L'art. 644 ter pone il termine di decorrenza della prescrizione dal momento dell'ultima riscossione, o del capitale o degli interessi o di entrambe. Eventuali fatti-

[145] Dopo i chiari pronunciamenti della Cassazione e il rigido riferimento alla norma sovraordinata, non si ritiene che possano risultare giustificati quei comportamenti degli intermediari che, informandosi a taluni aspetti delle FAQ della Banca d'Italia, disattendono sostanzialmente il dettato dell'art. 644 c.p.

specie d'usura risalenti agli anni precedenti il 2010, purché rispettose delle 'difformi' Istruzioni della Banca d'Italia all'epoca vigenti, non sono passibili di illecito penale se ricorrono, all'atto della richiesta, le condizioni di 'ignoranza' riconosciute dalle citate Sentenze della Cassazione. Per le richieste successive al 2010, anche se relative a fattispecie d'usura risalenti agli anni precedenti, sono venute meno le condizioni che ne precludevano i riflessi penali. In queste circostanze, se la richiesta assume una dimensione *'sproporzionata ed eccessiva'* non si possono escludere gli estremi dei reati di estorsione o di tentativo di estorsione. Come ribadito in una recente sentenza della Cassazione, l'ingiustificato coinvolgimento in un'azione legale può configurare una minaccia, costituendo il processo, di per sé, una pena (e quindi un danno) sia in termini economici che di stress emotivo. L'esercizio di un'azione esecutiva o la semplice prospettazione di convenire in giudizio il soggetto passivo "c*ostituiscono una minaccia e, dunque una illegittima intimidazione idonea ad integrare il delitto di estorsione alle due seguenti condizioni: a) la minaccia deve essere finalizzata al conseguimento di un profitto al quale non si abbia diritto; b) l'agente dev'essere consapevole dell'illegittimità o della pretestuosità della propria condotta, anche se l'illegittima pretesa venga fatta valere in modo apparentemente legale.*'. Aggiunge la richiamata sentenza: *'Sul punto va, quindi, data continuità a quella giurisprudenza di questa Corte secondo la quale "il manifestato proposito di ricorrere al giudice può integrare il reato di estorsione, ove ricorrano particolari circostanze, da valutarsi caso per caso in relazione alla qualità delle persone ed alle modalità con le quali il proposito stesso è manifestato. Si è in presenza di un comportamento minaccioso, quando il ricorso alla giustizia è prospettato come mezzo per il raggiungimento di uno scopo che sia estraneo al fine che è proprio dell'azione che si intende intraprendere: in tal caso non sussiste alternativa che di soggiacere alla ingiusta pretesa o subire le conseguenze dannose dell'azione giudiziaria" (Cass. 5664/1974 Rv. 88648)"* (Cass. 29/11/12, n. 48733) [146].

[146] In una precedente sentenza la Cassazione (n. 41481/09) aveva stabilito: "*Invero, per antico e costante insegnamento giurisprudenziale di questa Corte Suprema, la pretesa usuraria è di per sè penalmente e civilisticamente illecita (cfr. Cass. Sez. 6^ n. 1626 del 16.10.95, dep. 10.2.96, rv. 203736; conf. Cass. rv. 174968; Cass. rv. 159511; Cass. rv. 120791), di guisa che anche la minaccia di soddisfarla mediante ricorso a mezzi astrattamente consentiti dall'ordinamento (come attivare le garanzie che l'autore dell'usura si sia fatto rilasciare dal soggetto passivo) integra il delitto di estorsione, non potendo l'usurario*

Nella circostanza, rimanendo ormai arduo individuare nei comportamenti dell'intermediario spazi di inconsapevolezza, è proprio l'elemento della minaccia di azioni legali o giudiziarie che distingue il ben più grave reato di estorsione da quello di truffa (art. 640 c.p.) che invece si configura con la semplice richiesta del pagamento non dovuto[147].

---

ricorrere al giudice per chiedere il soddisfacimento del proprio credito e non potendo avere neppure la ragionevole opinione di far valere un diritto tutelabile con l'azione giudiziaria, che gli è - appunto - negata in considerazione dell'illiceità della pretesa. L'equivoco in cui incorre l'impugnata sentenza risiede nella confusione fra astratta antigiuridicità del mezzo con cui viene posta in essere la minaccia ed ingiustizia del profitto: soltanto quest'ultima è necessariamente prescritta ai fini del delitto ex art. 629 c.p.p.. Infatti, in tema di estorsione l'elemento dell'ingiusto profitto si individua in qualsiasi vantaggio che l'autore intenda conseguire e che non si colleghi ad un diritto: esso può essere perseguito tanto con uno strumento antigiuridico, quanto con uno anche apparentemente legale, ma avente uno scopo illecito (cfr., in senso sostanzialmente analogo, Cass. Sez. 2^ n. 12082 del 6.2.08, dep. 18.3.08, rv. 239740; Cass. Sez. 2^ n. 16658 del 31.3.08, dep. 22.4.08, rv. 239780; Cass. n. 29563/06, rv. 234963; Cass. Sez. 2^ n. 29563 del 17.11.05, dep. 4.9.06, rv. 234963; Cass. n. 3380/92, rv. 189680; Cass. n. 2460/91, rv. 186472; Cass. n. 1733/88, rv. 177559; Cass. n. 3110/83, rv. 158390; Cass. n. 10704/80, rv. 146287). Nè per supporre la legittimità della pretesa potrebbe valere il carattere astratto degli assegni rilasciati in garanzia dall'usurato (impropriamente, perchè tecnicamente essi sono strumenti di pagamento), noto essendo che nel nostro ordinamento non esistono ipotesi di astrazione assoluta (o materiale), ma soltanto relativa (o processuale). In breve, in nessun caso la pretesa di realizzare un credito cartolare può prescindere tout court dalla legittimità del rapporto sottostante, di guisa che, se quest'ultimo risulta illecito, non può che essere ingiusto il profitto che da esso si voglia trarre (il conseguimento degli interessi usurari, nel caso in esame).".

[147] I principi fissati dalla Cassazione vengono ritenuti "*particolarmente importanti anche se si considera che non sono pochi i casi di decreti ingiuntivi ottenuti inaudita altera parte e avverso i quali non è stata proposta opposizione con il conseguente giudicato e definitività del provvedimento monitorio. Fermo restando, in tali casi, il cosiddetto 'giudicato formale' è evidente che, laddove oggetto della pretesa sia il soddisfacimento di un credito infondato o superiore a quello lecito, l'azione giudiziaria è pur sempre esercitata al fine di ottenere un profitto contra ius senza che, per escludere la sussistenza del delitto di estorsione, possa ritenersi valida, come riconosciuto dalla giurisprudenza sopra menzionata, la giustificazione secondo cui la persona offesa avrebbe potuto proporre opposizione nei 40 giorni e, nel relativo giudizio, far valere l'infondatezza del credito ingiunto. E' stato precisato, infatti, dalla Corte di Cassazione (29/11/12, n. 48733) che "d'altra parte, è fuorviante ritenere che la vittima della illegittima richiesta di pagamento abbia l'onere di coltivare un'azione giudiziaria o di opporsi ad essa o ad un'azione esecutiva, al fine di far accertare l'illegittimità e la pretestuosità dell'iniziativa avversaria: così ragionando – e cioè imputando alla volontà della persona offesa l'eventuale verificarsi del male ingiusto dalla stessa patito – si compirebbe un'indebita inversione di prospettiva, essendo essa vittima di*

Se da un lato i principi fissati dall'art. 1194 c.c. fanno frequentemente escludere che la pretesa del saldo del conto sia esclusivamente finalizzata al conseguimento di un profitto illecito, dall'altro non vi sono più margini di giustificata inconsapevolezza: senza un'adeguata verifica e ricalcolo del saldo preteso, non si può escludere che questo ricomprenda, in misura '*sproporzionata ed eccessiva'*, interessi d'usura pregressi.

Si impone pertanto, nell'importo richiesto con il decreto ingiuntivo o altra azione legale, una sorte di limite oltre il quale i rilievi d'usura debordano dall'ambito civile (per quelli esatti in passato) a quello penale (per quelli richiesti nel saldo finale). A questo aspetto occorre prestare, in particolare, una circostanziata attenzione nella certificazione della veridicità e liquidità del credito risultante dal saldo del conto, prestata ai sensi dell'art. 50 del T.U.B.

Come stabilito nella sentenza della Cassazione Civ. S.U. n. 24418/10, le annotazioni in conto degli interessi e competenze rimangono semplici appostazioni contabili, senza alcun trasferimento patrimoniale, sino a che non intervenga una rimessa solutoria di pagamento. Un conto affidato e regolarmente mantenuto entro il fido non presenterà rimesse solutorie sino al saldo finale, mentre un conto privo di fido e/o in extra fido può presentare frequenti rimesse solutorie. Tutti gli interessi debordanti la soglia di usura che risultano coperti da rimesse solutorie intervenute in epoca precedente, in quanto pagati, non risultano compresi nel saldo preteso, mentre in caso di assenza di rimesse e/o in presenza di rimesse ripristinatorie del fido, il saldo potrebbe contenere interessi e competenze che, se debordanti la soglia d'usura vigente all'epoca dell'annotazione, debbono essere enucleati dal saldo finale preteso per non incorrere in un illecito penale di usura piena, consapevole e intenzionale.

Gli aspetti connessi alla prescrizione non assumono alcun rilievo nei risvolti penali: le competenze debordanti le soglie che risultano pagate da rimesse intervenute prima del '10, se prescritte non presentano risvolti né civili né penali, se invece non sono prescritte assumono rilievo sul piano civile ma è escluso un loro rilievo penale per i principi posti dalla menzionata sentenza della Suprema Corte Penale n. 46669/11.

---

intimidazione e di coartazione della volontà, e non già la causa dei propri mali" (R. Di Napoli, Anatocismo e vizi nei contratti bancari, 2013, Maggioli Editore).

Un aspetto particolare assume invece l'applicazione della Delibera CICR 9/2/00. Infatti, il 1° comma dell'art. 2 di tale Delibera prevede: "*Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità".*

Il 1° comma dell'art. 2 della Delibera C.I.C.R. sembra legittimare il pagamento degli interessi con l'addebito degli stessi in conto: contestualmente all'addebito, l'obbligazione accessoria da interessi muterebbe in obbligazione principale per sorte capitale. Di riflesso, ove applicabile la Delibera CICR, si verrebbe a derogare ai principi stabiliti dalla Cassazione S.U. n. 24418/10: a partire dalla Delibera stessa per gli interessi si prescinderebbe dalle rimesse e la stessa registrazione in conto verrebbe ad assolvere la funzione di pagamento degli stessi, decurtando di fatto e di diritto le disponibilità di credito preesistenti. Con la registrazione in conto verrebbe riconosciuto il trasferimento patrimoniale con un effetto di capitalizzazione.

In questo senso è stata intesa la Delibera CICR dal Tribunale di Torino, B. Conca, n. 5292/12 che, richiamando una propria precedente sentenza del 27/4/12, ha stabilito: *"Si ritiene in fatti che la capitalizzazione degli interessi passivi non possa essere considerata ai fini del computo del tasso soglia e ciò perché mediante tale capitalizzazione (come già detto, legittima successivamente alla delibera CICR del 2000), il debito da interessi passivi viene conglobato nel capitale così mutando di regime giuridico, da obbligazione accessoria d'interessi a obbligazione principale per sorte capitale. (...) Va al riguardo sottolineato che anatocismo e capitalizzazione non costituiscono concetti equivalenti: mentre il primo designa la speciale attitudine degli interessi a produrre, a loro volta, interessi, la seconda indica il fenomeno in forza del quale una certa misura d'interessi viene tramutata in sorte capitale, con conseguente trasformazione di un'obbligazione accessoria in principale. Da ciò consegue che solo quest'ultima – non l'anatocismo di per sé – conduce al mutamento del regime giuridico dell'obbligazione d'interessi, solamente alla quale sono applicabili, per esempio, speciali norme in materia d'imputazione del pagamento (art. 1194 c.c.), quietanza (art. 1199 c.c.), cessione del credito (art. 1263 c.c.), privilegio (art. 2749 c.c.), pegno (art. 2788 c.c.), ipoteca (art. 2855 c.c.), prescrizione (art. 2948 c.c.). L'assorbimento dell'interesse passivo nel capitale esclude la computabili-*

tà dello stesso fra le voci di costo periodico del finanziamento, appunto perché, una volta capitalizzato, l'interesse non è più tale.".

In una diversa lettura del 1° comma dell'art. 2 della menzionata Delibera, gli interessi conservano la loro distinta natura, ancorché si consenta loro di produrre ulteriori interessi. Con l'annotazione sorgerebbe solo il credito per interessi verso il cliente che troverebbe estinzione alla prima rimessa solutoria. La formulazione del testo del 2° comma dell'art. 120 T.U.B. non consente di escludere questa seconda lettura: *"Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, …"*.

Come ben si comprende la differenza non è di poco conto.

Nella prima lettura, per i conti accesi a partire dal 2000, con la Delibera CICR 9/2/00 si realizzerebbe l'immediato pagamento di ogni eventuale interesse debordante la soglia d'usura e il saldo finale non potrebbe mai configurare una richiesta di interessi usurari. Non vi sarebbe, in altri termini, alcun rischio che all'eventuale decreto ingiuntivo di pagamento del saldo contabile possa opporsi una contestazione d'usura avente rilievo penale. Nella seconda lettura permarrebbe invece la problematica penale.

Il rischio di richiedere un saldo finale che ricomprenda interessi usurari, si pone invece senza dubbio per i rapporti di conto accesi precedentemente al 2000, per i quali potrebbero risultare ancora ricompresi, nel saldo finale preteso, interessi debordanti le soglie risalenti al triennio 97/00, non coperti da rimesse solutorie. Inoltre per tali conti – ancora ampiamente presenti considerata la stabilità dei rapporti - non sembra si possa trascurare la circostanza che una giurisprudenza sempre più diffusa non riconosce legittimità all'applicazione della Delibera CICR 9/2/00, con le sole prescrizioni previste dall'art. 7 della stessa[148]. Per detti rapporti di conto – venendo

[148] "*Poiché alla assenza di capitalizzazione o alla capitalizzazione annuale, quali conseguenze della declatoria di nullità della clausola contrattuale anatocistica, si è sostituita la reciproca capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi, è di tutta evidenza che vi è stato un peggioramento delle condizioni contrattuali precedentemente applicate al conto corrente per cui è causa, con la conseguenza che tale modifica peggiorativa doveva essere espressamente approvata dal cliente.*

meno l'elemento validante le condizioni di reciprocità, attraverso la pubblicazione sulla G.U. e la comunicazione al cliente – si estenderebbe sino ad oggi il cumulo degli eventuali interessi e competenze debordanti le soglie che, se non coperti da rimesse di pagamento, si riverserebbero nel saldo finale del decreto ingiuntivo.

Nell'eventualità di dover procedere a richiedere, in un'insinuazione fallimentare, in un'azione riconvenzionale, in un decreto ingiuntivo o azione esecutiva, la liquidazione del saldo del conto, si rende opportuno preliminarmente accertare ed enucleare i pregressi interessi e competenze che, debordando le soglie d'usura vigenti all'epoca dell'annotazione, se non coperti da rimesse solutorie, risulterebbero inclusi nell'importo preteso, configurando un inescusabile illecito penale che, valutando le condizioni di contorno, può arrivare finanche ad integrare il reato di tentata estorsione.

Occorre quindi decurtare dall'importo del saldo finale, oggetto del decreto ingiuntivo l'ammontare complessivo dei debordi, riscontrati nell'intero periodo di durata del rapporto, determinati attraverso il TAEG o i criteri e la formula di calcolo da ultimo rettificati dalla Banca d'Italia. Enucleando i soli debordi non coperti da rimesse solutorie si evita l'illecito penale, enucleando tutti i debordi si evita ogni forma di illecito, sia penale che civile[149].

Inoltre, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 425/00, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 25 comma 3 del D. Lgs. 4/8/99 n. 342, è venuta meno la possibilità per il CICR di sanare la nullità derivante dalla pattuizione anatocistica preesistente ed è venuto meno anche il presupposto legittimante l'art. 7 della Delibera CICR 9/2/00, finalizzato a disciplinare i rapporti in essere al momento della entrata in vigore della medesima Delibera CICR.
Infatti, il comma 2 dell'art. 25 D. Lgs 342/99 non conferisce al CICR il potere di prevedere disposizioni di adeguamento con effetti validanti in relazione alle condizioni contrattuali stipulate anteriormente.
Ne deriva che, per i contratti in essere alla data di entrata in vigore delle più volte citata Delibera CICR 9/2/00, la modifica delle condizioni contrattuali introdotta dalla banca conformemente all'art. 7 della predetta delibera, in mancanza dell'approvazione scritta del cliente, risulta priva di qualsivoglia effetto obbligatorio." (Corte d'Appello di Milano, 22/5/12 n. 1796).

[149] Quelli non coperti da rimesse solutorie vanno senz'altro esclusi dal saldo finale per non incorrere nell'illecito penale; quelli coperti da rimesse solutorie intervenute prima del 2010, se non enucleati dal saldo, sono passibili di usura oggettiva e quindi di azione civile di ripetizione del solo debordo o dell'intero ammontare delle competenze del trimestre in-

$$T.A.E.G. = \frac{(\text{interessi} + \text{oneri} + \text{CMS}) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

o, qualora non risulti in contraddizione con l'art. 644 c.p. :

$$T.E.G. = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri (comprese CMS) annualizzati} \times 100}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

(formula 'Istruzioni' Banca d'Italia 2009)

L'ammontare dei debordi da enucleare dal saldo finale dovrà essere comprensivo della relativa capitalizzazione intervenuta successivamente, rientrando anche quest'ultima nell'illecito: *"... non può accogliersi la tesi difensiva sulla legittimità della capitalizzazione annuale degli interessi operata con la scrittura del 4 gennaio 2001, sia perché la giurisprudenza civile considera l'art. 1283 c.c. ostativo alla previsione negoziale di capitalizzazione annuale degli interessi (Sez. u, n. 24418 del 2/12/10, Rv. 615490) sia soprattutto perché non può certo consentirsi la capitalizzazione di interessi usurari, che, in quanto illeciti, renderebbero nulla qualsiasi pattuizione di capitalizzazione, dalla quale, anzi, potrebbe emergere proprio la usurarietà del tasso applicato."* (Cass. n. 33331/11) [150].

Nel caso vengano enucleati i soli debordi non coperti da rimesse solutorie, per evitare l'illecito penale sarà opportuno curare altresì un secondo conteggio che impieghi i criteri di calcolo volta per volta indicati dalla Banca d'Italia, decurtando, trimestre per trimestre, ove non ricompresi nel primo conteggio, anche tali debordi, a prescindere che siano coperti o meno da rimesse solutorie, ripristinando in tal modo il rispetto delle Istruzioni vigenti tempo per tempo.

---

teressato, a seconda che il debordo sia stato causato da una riduzione della soglia o da una modifica curata dalla banca a norma dell'art. 118 del TUB.

[150] La capitalizzazione, se riferita alla generalità degli interessi, non solo a quelli usurari, renderebbe necessario decurtare dal saldo finale, quanto meno l'anatocismo precedente la Delibera CICR 9/2/00. La verifica delle soglie d'usura viene ad interagire con la problematica dell'anatocismo: un livello di maggiore prudenza suggerirebbe un ricalcolo coerente con i principi fissati dalla Cassazione S.U. n. 24418/10, tenendo nel debito conto il termine decennale di prescrizione dei pagamenti effettuati in conto.

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{Interessi x 36.500}}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri x 100}}{\text{accordato (o max scoperto)}}$$

(formula 'Istruzioni' Banca d'Italia volta per volta vigenti)

L'integrazione di questa seconda depurazione del saldo finale si giustifica nel presupposto che l'illecito penale si realizza nelle due fattispecie:

a) il saldo finale richiesto ricomprende debordi delle soglie non escussi prima del 2010 (formula di calcolo da ultimo rettificata);

b) il saldo finale esprime la risultante di debordi delle soglie che riflettono il mancato rispetto dei criteri e delle formule volta per volta indicati dalla Banca d'Italia[151].

4. FORME SPURIE D'USURA.

4.1 Derivati inclusivi di finanziamento: l'*up-front.*

Gli swap, pur espressamente previsti dalla legge, rimangono dei contratti atipici, privi di una loro specifica normativa[152]. In quanto contratti atipici la loro protezione da parte dell'ordinamento è collegata alla meritevolezza e utilità sociale perseguite[153].

---

[151] In via del tutto cautelativa potrebbero essere ricomprese nel punto b) anche le indicazioni diramate dalla Banca d'Italia con la nota Circolare del 2/12/05, ancorché non recepita in alcun Decreto Ministeriale.

[152] G. De Nova definisce il contratto derivato quell'elenco riportato nell'art. 1 del T.U.F. e rileva come non si abbia un tipo di contratto ma, piuttosto, una categoria di contratti.

[153] Non è del tutto scontato che ogni persona giuridica possa validamente stipulare un derivato che non sia a copertura: "*Conviene allora estendere l'analisi, e chiedersi se tutte le persone giuridiche possono validamente stipulare qualsiasi contratto derivato nella veste di investitori. Può porsi un problema di coerenza con l'oggetto sociale. Non sto inventando un problema: il Tribunale di Bergamo con la sentenza del 4 maggio 2006 (in Riv. Dott. Commercialisti, 2007, 705, nota Giorgetti) ha dichiarato invalido un contratto derivato meramente speculativo 'a motivo della mancanza di strumentalità dell'iniziativa rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale'. Se si dovesse ritenere che questa strumentalità sia necessaria, molti contratti derivati che sono stati stipulati sarebbero a rischio perché (…) in molti casi a contratti derivati con finalità di copertura sono succeduti contratti derivati*

I derivati, in particolare gli swap, vengono impiegati con diverse finalità, copertura e gestione del rischio, nonché strettamente speculativa e di arbitraggio. Le motivazioni sono pertanto variegate: lo schema contrattuale è il medesimo, lo scopo è posto al di fuori del contratto, nella sfera individuale delle parti.

Nelle diverse finalità perseguite, la causa tipica del contratto viene individuata nel trasferimento e scambio di rischi e nei correlati flussi finanziari, o meglio nei differenziali, che ne derivano[154]. L'alea è un elemento essenziale intrinseco all'oggetto del contratto: con lo scambio e redistribuzione del rischio, immanente nelle mutevoli variabili finanziarie, si persegue un'allocazione dello stesso nei soggetti meglio in grado di gestirlo; ciò permette di conseguire una maggiore efficienza e liquidità del mercato. In questo senso anche un derivato prettamente speculativo contribuisce al perseguimento della finalità economico-sociale, giustificandone il riconoscimento e la protezione da parte dell'ordinamento giuridico[155].

---

meramente speculativi per i quali dubbi circa la inerenza all'oggetto sociale credo che siano più che consentiti." (G. De Nova, I contratti derivati come contratti alieni, Rivista di diritto privato, n. 3 2009).

[154] Sulla differenza dei flussi finanziari pone l'accento la Corte Costituzionale per caratterizzare il derivato: "*Con riferimento alla suindicata articolata tipologia, a soli fini descrittivi e con un ineliminabile margine di approssimazione dipendente dalla complessità del fenomeno, può ritenersi che le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui "prezzo" dipende il valore dell'operazione compiuta. Ferme ovviamente restando le diversità legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata*." (Corte Cost. 18 febbraio 2010 n. 52, Pres. Amirante – Rel. Quaranta).

[155] La stipulazione di un contratto derivato speculativo non è in sé illecita ma può divenire fonte di responsabilità risarcitoria in presenza di disposizioni limitative. E. Girino (I contratti derivati, 2010, Giuffré) distingue tre diverse casistiche:
"*La prima pertiene a limitazioni derivanti dallo statuto che pongano un espresso divieto alla stipulazione di strumenti derivati speculativi. In tal caso, ferma la responsabilità interna dell'amministratore che abbia agito in difformità della previsione statutaria, l'intermediario risulterà responsabile nel momento in cui abbia omesso di accertare la sussistenza di un rapporto di correlazione fra il derivato stipulato e la passività sottostante. (…) potrà evocarsi l'obbligo dell'intermediario di astenersi dal compiere o proporre operazioni inadeguate per la clientela (rammentandosi allo scopo che la 'vendita' del derivato integra una negoziazione per conto proprio, pressoché sempre assistita da un servizio di carattere consulenziale che, secondo i principi della riforma MIFID, rende applicabile*

Il collocamento dei derivati OTC presso imprese ed Enti locali, intervenuto nello scorso decennio, si è caratterizzato per la frequente presenza, all'inizio e/o nelle successive rimodulazioni (*unwinding*), di un *up-front*. L'*up-front* costituisce un importo certo, inizialmente determinato e riconosciuto dall'intermediario, che può essere inteso come la prima dazione (al tempo t_0) della serie di differenziali periodici risultanti dal derivato. Tuttavia, a differenza dei futuri pagamenti, che all'inizio risultano indeterminati nel segno e nell'importo, l'up-front è certo e determinato.

Sul piano giuridico, lo scambio dei rischi e dei connessi flussi finanziari, come causa tipica del contratto di *Swap*, permane anche in presenza di un *up-front* che, secondo una corrente giurisprudenza (Tribunale di Bologna, n. 2078/09), viene a costituire un pagamento anticipato di flussi; non muta la funzione economico–sociale del contratto, che resta lo scambio di somme secondo i diversi tassi[156].

---

il regime di adeguatezza): dove l'inadeguatezza emergerebbe ex se dal confronto fra la specifica operazione proposta e l'altrettanto specifica limitazione statutaria.
La seconda casistica si concreta là dove la limitazione alla stipulazione di derivati ai soli fini di copertura sia rinvenibile nello stesso tenore delle pattuizioni intercorse fra i contraenti. Il caso tipico ricorre là dove l'accordo quadro esplicitamente richiama le esigenze di copertura del cliente ovvero esprima un non meno esplicito rifiuto all'esecuzione di derivati con funzione esclusivamente speculativa.(…)
La terza casistica abbraccia le limitazioni normative, più precisamente i divieti posti, ad esempio, agli OIC, ai fondi pensione, alle compagnie di assicurazione o agli enti locali."

[156] "*dentro a un contratto caratterizzato funzionalmente dallo scambio a scadenze predeterminate di somme di denaro calcolate secondo diversi* parametri *su un capitale di riferimento (capitale che serve solo a questo, ossia a far nominalmente da riferimento per il calcolo), la variante della clausola up front – o pagamento anticipato che dir si voglia – sconta ovviamente l'attualizzazione dei tassi contrattuali su cui ha scommesso la parte a favore della quale avviene il pagamento anticipato; ma non muta la funzione economico-giuridica del contratto; essa resta lo scambio delle somme secondo i diversi tassi che le* parti *– correndo il rischio della loro differenza – si sono obbligate a scambiarsi. Il contratto dal punto di vista economico non è destinato funzionalmente a produrre un debito ma, al contrario, a produrre un guadagno e – nella sua funzione economica – è uno strumento di investimento di risorse, nel senso che ciascuna* parte *si obbliga a pagare una somma (il tasso che ha scommesso sul capitale di riferimento e che verrà a maturazione per tutto il tempo di durata del contrato) sperando di remunerarla con quanto riceverà dall'altra. Ovviamente questo contratto può avere tra i suoi effetti l'indebitamento per quello dei contraenti che sarà perdente sul tasso d'interesse; ma l'esposizione all'indebitamento è – si ripete – un mero effetto possibile di questo contratto (come di tanti altri contratti), non la sua funzione precipua correlativa all'anticipazione di denaro da doversi rendere. Qualora vi sia nello* Swap *la clausola up front, si ha sì anticipazione di denaro, ma è cosa ben diversa da un mutuo o da una anticipazione di credito, perché l'up front è solo la modalità*

E' stata criticata questa prospettiva riduttiva, che trascura di rilevare i diversi interessi insiti nel contratto: la presenza dell'*up-front* rende manifesto lo scopo volto a disporre/erogare una somma di denaro; tipico è il caso degli *up-front* riconosciuti agli Enti locali[157].

Una diversa e più recente giurisprudenza ha abbandonato una stretta ricostruzione oggettiva della causa a favore di una ricostruzione volta ad individuare il reale

---

di pagamento (unica soluzione anziché in più) che non muta la causa del contratto". (Tribunale di Bologna, n. 2078 del 14 dicembre '09)

[157] "*La recente dottrina specialistica adotta una prospettiva prudente. Essa descrive l'up front come "una somma che dovrebbe esprimere una* parte *dei flussi positivi che, secondo la previsione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente". In altre* parole*, l'up front sarebbe nient'altro che una tecnicalità del derivato, il quale potrebbe tanto contenere condizioni tali da rendere par, ab origine, lo strumento, quanto condizioni incise dal riconoscimento anticipato di un up front. La spiegazione non è soddisfacente, sia perché è descrittiva, sia perché trascura che alla peculiarità della struttura – quale si manifesta in presenza dell'up front, si accompagna per forza una differenza in termini di interessi perseguiti dalle* parti*. Se lo strumento adottato contempla l'erogazione di un up front, ciò significa che l'investitore ha interesse a disporre di una somma di denaro – tipico il caso dell'up front riconosciuto al Comune in contemporanea alla conclusione del primo contratto derivato – o a rinviare nel tempo una perdita – tipico il caso dell'up front riconosciuto all'impresa in sede di rinegoziazione –. In questo secondo caso, in particolare, dire che l'impresa, in sede di rinegoziazione, avrebbe potuto concludere un contratto derivato senza l'erogazione dell'up front significherebbe trascurare che l'accredito dell'up front costituisce il motivo unico, per l'investitore, della conclusione del nuovo derivato. Mutuando la regola operazionale dalla collaudata giurisprudenza in materia di lease back, si può dire che l'up front è un finanziamento, perché consente di rinviare la perdita ed è erogato in presenza di "una situazione di credito e debito" tra l'intermediario e l'investitore la quale conduce a concludere un contratto derivato caratterizzato dalla "sproporzione" delle alee.*
Da quanto precede emerge che l'erogazione del c.d. up front – perfettamente contestuale alla conclusione del derivato rinegoziato, e dunque squisitamente collocata nell'originario programma delle alee – e la clausola che lo disciplina sono riconducibili alla fattispecie ben nota al legislatore e disciplinata dal t.u.f. come "servizio di investimento accessorio" consistente nella "concessione di finanziamenti [gli accrediti] agli investitori [il cliente che ha sottoscritto il contratto derivato] per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari [i contratti derivati], nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento [si tratta di contratti negoziati dall'intermediario per conto proprio]". Ed infatti, con formulazione ancora più lata, l'allegato 1 sezione B del T.U.F. definisce il corrispondente servizio accessorio ammesso al mutuo riconoscimento (art. 1, comma 1 lett. s)) come "concessione di crediti o prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a uno o più strumenti finanziari, nella quale interviene l'impresa che concede il credito o il prestito".". (D. Maffeis, Contratti derivati Over The Counter, intervento al Convegno 'I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche. Milano 14-15 ottobre 2011).

assetto degli interessi che il contratto è diretto a realizzare: occorre, in altri termini, individuare in concreto i complessivi interessi coinvolti che possono anche divergere da quelli astrattamente previsti nello schema negoziale impiegato. La Cassazione n. 10490/06 individua la causa nella "*sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle* parti*. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale*" (Cfr. anche Cass. n. 26958/07 e n. 239441/09)[158].

Occorre pertanto analizzare gli interessi reali sottesi alla dinamica contrattuale, non la volontà delle parti: "*per ragione che concretamente giustifica il contratto non si deve intendere l'interesse personale di ciascuna delle parti inteso come tale, nell'ottica quindi della soddisfazione del bisogno dell'individuo mutevole da soggetto a soggetto e da caso a caso, quanto piuttosto l'interesse sociale che il singolo contratto intende perseguire. Si tratta pur sempre quindi di un interesse (e di un giudizio sull'interesse) economico-sociale, perseguito però non da un tipo contrattuale preconfezionato e cristallizzato una volta per tutte, ma valutato 'nel particolare contesto di circostanze e finalità e interessi in cui quelle parti lo hanno programmato*" (Unga-

[158] *"La sentenza in commento sembra del resto chiara sul punto ove dice '…seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale'. (…) La Suprema Corte non vuole cioè ritornare alla concezione soggettiva della causa, ma, bensì, semplicemente sottolineare l'interesse sociale che il singolo contratto intende perseguire. (…) L'interesse rimane sempre un interesse di tipo economico – sociale, perseguito però non già da un tipo contrattuale preconfezionato e cristallizzato ma bensì scaturente dalle circostanze, dalle finalità e dagli interessi delle* parti *del caso concreto."* (Izzi, La causa del contratto come funzione economico-individuale, in Giust. Civ. 2007).

ri Transatti, La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto, in Riv. Notariato, 2007).

E' questa una diversa concezione che si viene affermando[159]. Su questa linea si è espresso il Tribunale di Bari, facendo espresso riferimento alla sintesi degli interessi che concretamente il contratto è volto a realizzare[160].

---

[159] Da parte di taluni si paventa 'un eccesso sostanzialistico, che rischia di confondere l'elemento soggettivo del negozio con quello oggettivo, invadendo la sfera dei motivi, come noto irrilevanti.' "*appare estremamente delicato ricostruire la "causa" del contratto senza travalicare nella sfera dei motivi, come noto giuridicamente irrilevanti (fatta eccezione per l'ipotesi del motivo illecito comune a entrambe le parti, che comporta la nullità del contratto, ex art.1345 c.c.). Di recente, diversi Tribunali hanno riconosciuto, nell'ipotesi di contratto quadro privo della esplicitazione di una particolare finalità perseguita dalle parti, che lo* Swap *è un contratto tipico, specificatamente disciplinato dal TUF (art.1, 2° comma, d.lgs.58/1998) con una causa (tipica) costituita dallo scambio tra somme di danaro tra le parti a tassi differenti e sul rischio della loro differenza (Trib. Bologna, 14.12.2009 n.5244, Trib. Torino, 28 marzo 2011, n.1996/11, Trib. Trani, 3.07.2007), laddove le finalità e gli scopi in concreto perseguiti dalle parti con la stipulazione di un siffatto contratto non assumono rilievo sotto il profilo giuridico, in quanto attengono al piano dei motivi e non a quello della causa. Sul punto, è interessante lo spunto di riflessione offerto dalla sentenza n. 1996 resa in data 28.01-28.03.11 dal Tribunale di Torino. In particolare, i Giudici Piemontesi hanno evidenziato (i) che "il contratto di* Swap*, come specificatamente disciplinato nel settore della intermediazione finanziaria, possiede una sua causa tipica, costituita dallo scambio tra somme di denaro tra le parti in base a tassi di interessi diversi e sul rischio della loro differenza (cfr. Trib. Bologna, 14.12.2009, n. 5244), laddove le diverse finalità e gli scopi in concreto perseguiti dalle parti con la stipulazione di un siffatto contratto non assumono rilievo sotto il profilo strettamente giuridico, in quanto attinenti al piano di motivi e non a quello della causa"; (ii) che, come sancito dalla nota pronuncia Cass. Sez. Un. n. 26724/2007, "in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione di doveri d'informazione al cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di investimento finanziario non può in nessun caso determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti a norma dell'art. 1418, 1° comma, c.c. " ed, infine, (iii) che "la normativa in materia di offerta fuori sede non si applica alla materia del collocamento, in cui si inscrive l'operazione finanziaria oggetto di causa*". (G. Miccolis, Contratti derivati contenzioso e strategie difensive, intervento al Convegno 'I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche'. Milano 14-15 ottobre 2011).

[160] *"Con riferimento poi ai contratti stipulati successivamente al primo, costituenti una sorta di "ristrutturazione" del debito in quanto incorporanti le passività prodotte da quello precedente, ha dedotto la ricorrente che l'operazione, per effetto della pregressa passività e degli ulteriori costi, e della mancanza di copertura del rischio sottostante, non è in grado di realizzare la funzione dell'interest rate* Swap*.*
La ricorrente fa in modo pertinente riferimento alla nozione di causa concreta, che risponde al modo in cui ormai la giurisprudenza di legittimità concepisce il requisito causale. Da

Rimanendo ininfluenti le motivazioni soggettive delle parti, la causa pertanto rimane nel contratto, nella sua idoneità ad assolvere una specifica funzione. Nelle operazioni derivate occorre pertanto valutare se l'assetto del negozio giuridico posto in essere configura concretamente uno scambio di flussi tra le parti, nella prospettiva connaturata al *genus*, o se invece risulti insita una finalità diversa o ulteriore rispetto a quella tipica del contratto.

La puntualizzazione dianzi riportata consente di affrontare in un corretto quadro giuridico la fattispecie dell'*up-front*. Perplessità insorgono sulla sua presenza in un contratto di swap. Nei frequenti casi di rimodulazioni (*unwinding*) di swap, l'*up-front* viene non di rado a costituire l'elemento fondante l'operazione stessa. Lo schema contrattuale e i termini dello swap appaiono come 'i vestiti dell'imperatore'

---

quando Cass. 8/5/2006 n. 10490 ha affermato il principio che causa del contratto è la causa concreta, lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato, la causa concreta non solo è penetrata nelle pronunce a sezioni semplici (Cass. 12/11/2009, n. 23941), ma quel che più importa è che si tratta di nozione fatta propria da rilevanti arresti delle sezioni unite (Cass. 11/11/2008, n. 26972 sul danno non patrimoniale e 18/2/10, n. 3947 sulla polizza fideiussoria). Quanto però al primo contratto di Swap *la deviazione dal tipo sociale sul piano della causa concreta viene indebitamente dedotta dalla violazione delle regole di comportamento, violando il principio, ormai non più solo dottrinale, ma anche giurisprudenziale (cfr. l'arresto delle sezioni unite di cui a Cass. 19/12/07, n. 26724; e già prima Cass. 29/9/05, n. 19024), dell'indeducibilità delle regole di validità dalle regole di comportamento. Più seria è la censura quanto ai contratti stipulati successivamente, caratterizzati dal crescente ammontare delle passività. Si tratta di verificare, sul piano della causa concreta, se l'incorporazione nel regolamento della passività pregressa e degli ulteriori costi renda lo schema negoziale ab origine incapace di realizzare la funzione di copertura del rischio, da intendersi connaturata al tipo sociale, stante anche quanto osservato dalla Consob con la comunicazione del 26/2/99 (secondo Trib. Monza 31/8/09 la previsione a carico del cliente di un tasso fisso in misura crescente, nell'ambito di una sequenza di contratti, preclude il raggiungimento dello scopo della copertura del rischio, e determina pertanto la nullità del contratto per difetto di causa). L'indagine tecnica effettuata da (…), e prodotta dall'attrice, ha concluso nel senso che il 44,5% del costo complessivo dell'operazione per la società attrice si spiega con costi impliciti, e non sulla base di movimenti avversi del mercato. Benché la questione meriti un approfondimento in sede di giudizio di merito, anche eventualmente a mezzo di CTU, sul piano del fumus boni iuris, caratterizzante la presente fase, può concludersi nel senso del verosimile difetto genetico di causa dei contratti stipulati in sedi di "ristrutturazione" del debito"* (Ordinanza del Tribunale di Bari 15 luglio 2010, in www.ilcaso.it).

del noto episodio di Andersen: lo swap maschera, con labili infingimenti, un contratto di finanziamento[161].

Non vi è alcun elemento che connatura l'*up-front* allo swap, risultando la funzione del primo distinta da quella del secondo. Anzi, la funzione di copertura del rischio, impiegata alla stregua di un prodotto assicurativo, che sovente accompagna lo swap, è più consona al pagamento di un premio che all'incasso di un *up-front*. Sia in sede di *unwinding* che di prima sottoscrizione si configura un credito dell'intermediario, al quale corrisponde un rimborso distribuito nel tempo[162].

Prescindendo dai motivi che guidano le parti, é rilevante individuare la causa che connota in sé il contratto derivato, per evitare commistioni con contratti che, configurando una diversa causa, non costituiscono né un derivato, né uno strumento finanziario.

La presenza dell'*up-front*, importo definito e corrisposto all'inizio dell'operazione risulta stridere con la natura tipicamente aleatoria del derivato. L'aggiunta di un *up-front* dovrà necessariamente essere bilanciata da una corrispon-

---

[161] "*Non occorre dimostrare la debolezza di quella giurisprudenza degli interessi che tende a riconoscere che la clausola, i cui effetti sarebbero vietati, tuttavia si sottrarrebbe alla nullità in ragione del suo c.d. assorbimento funzionale all'interno di una più ampia pattuizione. Questo, infatti, non è il caso dei contratti derivati rinegoziati, conclusi sulla scorta dell'erogazione dell'up-front, dato che l'accredito iniziale e la restituzione di una maggior somma a titolo di restituzione e di interessi non favoriscono né rafforzano, ma semmai limitano o escludono in radice, quella dipendenza dall'andamento del sottostante – l'alea – di cui la funzione del tipo sociale del contratto derivato, comunque la si declini sul piano dei motivi, è tratto caratterizzante. In chiave di c.d. assorbimento funzionale, è semmai la causa dei contratti derivati rinegoziati che resta assorbita nella causa del finanziamento, al pari del contenuto del contratto derivato rinegoziato, le cui formule, invece che riflettere la dipendenza dal sottostante, sono piegate all'esigenza di assicurare all'intermediario di recuperare il finanziamento e di trarne profitto. Un 'mutuo fra giocatori', non già come un tempo viziato per l'estensione ad esso dell'illiceità del giuoco, bensì, sebbene funzionale ad un gioco lecito, illecito esso stesso.*". (D. Maffeis, Contratti derivati Over The Counter, intervento al Convegno 'I contratti di finanza derivata. Problematiche giuridiche e tecniche. Milano 14-15 ottobre 2011).

[162] " *(…) a prescindere dal tipo di strumento finanziario sottostante,* Swap*, opzione, ecc., l'up-front, in sé, non ha nulla a che vedere con il perfezionamento di un contratto derivato. Ove fosse presente – all'interno di un contratto derivato – dovrà avere una autonoma ragione economico giuridica, ben esplicitata, per non rischiare la dichiarazione di nullità in un eventuale giudizio per assenza di causa."* (Lembo, La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche, Il nuovo diritto, 2007).

dente modifica del piano aleatorio di scambi che probabilisticamente consenta all'intermediario di recuperare non solo l'*up-front* riconosciuto, ma anche i relativi interessi commisurati al merito di credito della controparte. Determinato l'*up-front* da erogare, si determinano gli *spread* che occorre aggiungere al flusso aleatorio del derivato; la determinazione dell'*up-front* precede quella dei flussi: in questo senso l'*up-front* non può essere inteso come un'anticipazione dei flussi futuri di pagamento[163]. La circostanza che il rimborso di capitale ed interessi sia aleatorio non muta la natura dell'*up-front*: lo *spread* aggiunto al flusso aleatorio del derivato privo di *up-front*, per ottenere l'equivalenza finanziaria con l'*up-front*, ha una natura deterministica, corrispondente al piano di rientro di un finanziamento.

L'elemento determinante la figura dello swap è la diversa aspettativa sulla posizione relativa, non assoluta, dei tassi (o valute); oggetto del contratto è la differenza a termine dei tassi (o valute): l'alea che permea il contratto non è propriamente riferita ai distinti tassi (o valute) che lo compongono, bensì alla loro differenza. Questi aspetti sono del tutto assenti nel mutuo. Nel mutuo si realizza un effettivo scambio della *res*: un ammontare iniziale contro importi futuri. Il tempo gioca un ruolo determinante e predefinito inizialmente, mentre nello swap il *timing* assume una funzione accessoria, risultando la preminenza della causa negoziale assorbita nel differenziale.

Rispetto ai valori attesi oggettivamente espressi nella curva dei rendimenti, le parti dello swap presentano una distinta valutazione soggettiva e, volendo cogliere lo scostamento dai valori di mercato, entrano nell'operazione. Ponendosi sul punto di equilibrio, nel quale il mercato giudica equivalenti il flusso fisso e quello variabile, le parti si accordano sulla corresponsione a termine del differenziale, spartendosi l'alea, sulla base di una suddivisione paritaria espressa dal mercato, ma alla quale attribuiscono ciascuno una diversa ed antitetica valutazione probabilistica e, di riflesso, economica. "*L'oggetto del derivato è (...) il differenziale prodotto dalla comparazione fra i due prezzi (alla stipula e alla scadenza). Ciò che le parti di un contratto deriva-*

[163] In questa chiave un mutuo indicizzato all'Euribor potrebbe essere rappresentato con una figura particolare di swap, nella quale una gamba è data dal pagamento immediato di un *up-front*, pari al nozionale, e pagamenti nulli successivamente, mentre l'altra gamba è data dal flusso di pagamenti, in parte definiti (quota capitale) e in parte aleatori, parametrati all'andamento dell'Euribor.

to 'comprano' non è il bene, bensì la 'differenza di valore'. In assenza di questa specifica componente, desumibile dal tenore della stipulazione, il derivato non è più tale, bensì diviene o meglio rimane un semplice contratto a termine." (E. Girino, I contratti derivati, Giuffré, 2010).

L'elemento determinante il contratto di mutuo o di credito è invece la necessità di risorse finanziarie. Oggetto del contratto è il finanziamento: il tasso, se fisso o variabile, non è un aspetto primario, ancorché la sua valutazione sia assunta, congiuntamente ad altri fattori, in funzione delle aspettative future dei tassi.

"La iniziativa di rinegoziazione, avanzata dalla banca prima della stessa scadenza del contratto o immediatamente alla scadenza, non viene neanche presentata al cliente come un'iniziativa volta a regolare le modalità di restituzione alla banca di una somma di danaro maturata a favore di quest'ultima, e cioè come un'operazione analoga a quella anche frequente in cui il mutuatario o il cliente titolare di un'apertura di credito "incagliata" decide di rinegoziare la restituzione della somma attraverso l'accordo dilatorio o altre forme che consentano più opportune modalità di restituzione. (...) Va poi ulteriormente rilevato che, a ben vedere, i contratti rimodulati sulla base dell'accredito di up-front da parte della banca, non esprimono neanche la natura di contratto derivato, in quanto la causa di finanziamento è in essi prevalente, considerato che l'intero contratto è volto alla restituzione alla banca del finanziamento". (B. Inzitari, Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione procedure e controlli quali parametri nella nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. rimodulazioni, www.ilcaso.it, 2009*).*

Coerentemente con tale prospettazione il valore del derivato, espresso dal *mark to market,* pari inizialmente all'*up-front* – a meno delle commissioni di intermediazione - è stato ricompreso nelle segnalazioni della Centrale dei rischi, alla stregua di un ordinario finanziamento.

Dottrina e giurisprudenza rimangono ancora incerte e divise sulla natura di finanziamento dell'*up-front*. Da parte di taluni si sostiene che con l'*up-front* la banca non eroga un finanziamento assistito da un obbligo di rimborso, bensì anticipa i flus-

si positivi che, secondo la valutazioni dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente[164].

Molto semplicemente, afferma E. Girino: *se la banca anticipa ciò che ritiene di dover in futuro sulla base del derivato, il suo esborso non può equipararsi ad un finanziamento*[165]. Ma come si possono conciliare future differenze aleatorie con un anticipo certo? Anticipo che – ragguagliandosi spesso a percentuali modeste del nozionale ma ad importi ragguardevoli rispetto al flusso finanziario atteso – finisce per modificare sostanzialmente il flusso della gamba a debito della parte. Lo stesso autore solleva il dubbio che vi possa essere implicito un obbligo restitutorio, il che susciterebbe il fondato sospetto che in realtà ci si trovi in presenza di un mutuo sotto men-

---

[164] "*(…) il funzionamento pratico del contratto IRS prevede, in luogo dello scambio dei flussi di interesse, il pagamento del differenziale tra i due flussi di interesse (netting) calcolati secondo i due tassi di riferimento. Chiarito questo concetto è evidente che come al momento iniziale di un determinato contratto si possa ipotizzare quale sarà la situazione di netting in qualunque momento del contratto basandosi sulla proiezione dei tassi variabili per il periodo che va dalla data di stipulazione del contratto alla fine dello stesso. Si tratta di calcolare tutti i netting sulla base della curva dei tassi variabili ipotetica, tecnicamente definita curva Forward, come se quei tassi esposti nella curva dovessero effettivamente realizzarsi a quelle scadenze, e si calcola per ciascuna scadenza futura verso quale direzione dovrebbero indirizzarsi i netting. L'elenco di tutte le scadenze dove è effettivamente evidenziato un netting a favore dell'ente locale rappresenta una sorta di rendita ipotetica che come tale può essere soggetta ad un procedimento di attualizzazione alla data di stipula del contratto. Semplificando il concetto, è come se una parte di ciascuno degli ipotetici netting a favore dell'ente venissero attualizzati per formare una somma che viene liquidata immediatamente e in contanti all'ente stesso. La banca sarà disposta a liquidare una somma basata sull'attualizzazione dei flussi ipotetici solo in cambio di un proporzionale aumento dello spread da applicare al tasso variabile. Per cui più alto sarà l'up-front iniziale, più alto sarà il livello dello spread e quindi del tasso di interesse variabile complessivo che l'ente locale pagherà alla scadenza.".* (M. Trudu, Problematiche connesse all'uso dei contratti su strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali, Finanza locale, 2008).

[165] Altri autori concordano nel ritenere che l'*up-front* non configura "*una forma di indebitamento puro e semplice, ma appare inserita in una operazione finanziaria ben più complessa, avente finalità precise, espressamente autorizzate dalla legge. Tale previsione consente la percezione di importi di up-front, che vengono sostanzialmente a costituire una vera e propria anticipazione sui futuri flussi di risparmio previsti, e ne è prevista la ovvia restituzione. Al comune viene restituita una somma anticipatagli inclusa nell'importo complessivo che il comune verrà a ricevere durante la durata del contratto a titolo di risparmio sugli interessi che sarebbero dovuti sul debito originario: si tratta all'evidenza non già di un nuovo e diverso indebitamento, ma della percezione anticipata di un importo che competerà comunque all'ente*". (A. Lupi, Il contratto di swap nella sentenza n. 2376 del 7 agosto 2006 della Sezione regionale Sicilia, La finanza locale).

tite spoglie. *La rimodulazione e, quindi, la previsione di un up-front costituisce un'anomalia negoziale solo nel momento in cui comporti un'alterazione delle condizioni del negozio originario tale per cui la componente aleatoria venga snaturata*[166]. Si può agevolmente dimostrare che anche una modesta aliquota di *up-front* è suscettibile di indurre sostanziali alterazioni dei flussi aleatori, recuperando l'intermediario nel flusso aleatorio posto a carico della parte, oltre all'*up-front* anticipato e al flusso degli interessi corrispondenti al tasso di attualizzazione, anche l'ordinario *spread* di ricarico, per coprire il connesso rischio di credito: quest'ultimo ripreso, in via anticipata, con una maggiorazione del margine di intermediazione.

In taluni swap la presenza di un *up-front* è accompagnata da una struttura contrattuale nella quale i flussi di pagamento dell'intermediario – al netto di quelli posti a carico del cliente – risultano probabilisticamente assai remoti e modesti: in tali circostanze non vi è sostanzialmente uno scambio di rischio o la liquidazione di un differenziale aleatorio. Viene meno la funzione connaturata al *genus* del contratto, il quale viene deviato a realizzare, attraverso una forma atipica, un finanziamento

---

[166] " *Posto che l'up-front paga immediatamente ciò che il cliente dovrebbe incassare in futuro, il recupero del suo ammontare attraverso una variazione delle condizioni originarie del derivato deve ritenersi in sé lecito, ma solo nella stretta misura in cui tale alterazione possa condurre a tale recupero. E la capacità di quella variazione di pervenire a un siffatto riequilibrio delle posizioni finanziarie delle parti andrà apprezzata esattamente con lo stesso criterio (curva dei tassi) e nella stessa prospettiva temporale (arco di ragionevole visibilità ammesso dalle metodologie più accreditate), attraverso la quale e nella quale si sia stimato il valore di MTM (nel caso di up-front finalizzato al recupero della perdita) o il valore del flusso atteso (nel caso di up-front versato a inizio contratto)." (…) "La perdita implicita all'alterazione dei tassi va, in altri termini, misurata alla luce del valore dell'anticipazione, per cui essa può ritenersi tale da effettivamente coincidere con tale valore, il contratto non potrà dirsi perdente in partenza, posto che la perdita è compensata da un pagamento immediato già eseguito. Oltre siffatto limite, invece, sicuramente si sarà in presenza di una variazione inaccettabile e tale da incidere sulla stessa causalità del negozio*".(…) " *anche una minima eccedenza rispetto al versato determinerebbe per ciò solo un'alterazione illecita del meccanismo aleatorio e uno stravolgimento stesso della funzione dello strumento. A quel punto, ma solo a quel punto, diverrà possibile riqualificare l'up-front (rectius: la parte di up-front eccedente la quota di flusso anticipata) quale finanziamento, atteso che l'alterazione dell'alea negoziale non avrà consentito semplicemente il fisiologico recupero di un differenziale versato in anticipo, bensì l'addizione di un quid pluris assolutamente ingiustificato nell'economia del derivato: con ogni intuibile ricaduta anche sul piano delle conseguenze che quel quid pluris, ove particolarmente elevato, potrebbe implicare (vuoi in termini di eccesso di interesse, vuoi, alternativamente o cumulativamente, in termini di applicazione di una commissione occulta)*." (E. Girino, I contratti derivati, Giuffré, 2010).

con piano di rimborso aleatorio. "*Come una vendita senza prezzo, o con prezzo simbolico, non è una vendita, in quanto manca un elemento essenziale del contratto, così lo Swap con una prestazione simbolica non è un Swap, in quanto manca di un elemento essenziale del contratto e cioè lo scambio di due flussi di pagamento*" (Caputo Nassetti, Profili civilistici dei contratti derivati finanziari, Giuffré, 1997).

In altri contratti di swap la presenza dell'*up-front* è invece accompagnata da un effettivo scambio di rischio, con liquidazione di un differenziale aleatorio, seppur prevalentemente a carico del cliente, per la necessaria compensazione dell'*up-front*.

La presenza dell'*up-front* non trova giustificazione alcuna, né nella costruzione dello swap, né in particolari esigenze o opportunità di mercato. Non sussiste alcun collegamento funzionale dell'*up-front* con lo swap, non ravvisandosi alcuna connessione necessaria che ne giustifichi la presenza[167]. In queste circostanze è il *genus* del contratto che ne determina la causa? Oppure occorre riferirsi al principio della prevalenza ed accertare se la funzione dello scambio domini o meno la funzione di finanziamento? Oppure ancora coesistono con pari rilievo le due finalità nel medesimo contratto?

Certo la sottoscrizione di un unico documento negoziale non è necessariamente indice di una struttura unitaria dell'elemento causale, dipendendo questa dall'unicità o pluralità degli interessi economici perseguiti[168].

---

[167] *"l'up-front è assimilabile ad un finanziamento di cassa finalizzato a coprire la minusvalenza che il cliente non può pagare chiudendo l'operazione (e non genera ricavi per il cliente)".* (Lembo, La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche, Il nuovo diritto, 2007).

[168] "*Il collegamento negoziale non dà luogo a un nuovo e autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato a un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti. Accertare se vi è un solo contratto o una pluralità di contratti rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici*." (Cassazione Civile Sez. II del 26 marzo 2010 n. 7305).

La distinzione tra "negozio complesso o misto"[169] e "negozio collegato" si fonda sul diverso grado di compenetrazione tra le pattuizioni contenute e sulla possibile riconduzione o meno delle diverse unità negoziali sotto un unico profilo causale. Nel primo le disposizioni convenute sono necessariamente e funzionalmente combinate al perseguimento di uno scopo pratico unitario, ed è necessario che le diverse figure negoziali perdano la loro individualità, fondendosi in un'unica unità. Nel secondo, al contrario, ciascuna entità negoziale, pur essendo riconducibile ad un "interesse" unitario complessivo, è caratterizzata da un profilo causale distinto ed autonomo, non determinandosi quel rapporto di connessione inscindibile tra le varie disposizioni tipico del negozio complesso. Per cui, anche in presenza di un collegamento negoziale, ciascun contratto collegato mantiene la propria individualità giuridica, caratterizzandosi in funzione della propria causa: una pluralità di negozi distinti legati da un nesso di reciproca dipendenza[170].

Ulteriore distinzione opera la dottrina con il negozio indiretto, per tale intendendosi quello mediante il quale le parti utilizzano un paradigma negoziale tipico per conseguire, oltre agli scopi ad esso direttamente congruenti, ulteriori finalità proprie

---

[169] In dottrina si differenzia il negozio complesso da quello misto sulla base dei criteri dell'assorbimento, per il primo, e della prevalenza, per il secondo: quando nello schema negoziale una tipologia causale é predominante e le altra hanno carattere meramente accessorio, allora si é in presenza di un negozio complesso; al contrario, quando le tipologie causali sono autonomamente riconoscibili pur se con la prevalenza di una di queste, si avrebbe il negozio misto.

[170] *"Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.*
Il collegamento negoziale non dà luogo a un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, in ipotesi siffatte, il collegamento, pur potendo determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, non esclude che ciascuno di essi si caratterizzi in funzione di una propria causa e conservi una distinta individualità giuridica.". (Tribunale di Rovigo, 25 gennaio - 10 marzo 2011, n. 26).

di altro negozio tipico, ovvero con la realizzazione di un negozio atipico, inteso come negozio non coincidente nella sua struttura formale e nella sua identità causale con alcuno dei modelli negoziali contemplati e disciplinati dal legislatore, ma rispondente alla finalità del soddisfacimento di un interesse meritevole di tutela ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c., ovvero, ancora, con la realizzazione di un negozio complesso, caratterizzato dalla coesistenza in esso di elementi causali appartenenti tipicamente ad altre figure negoziali.

In ogni caso non sembra si possa prescindere dalla disciplina contrattuale in concreto posta in essere, cioè l'effettiva causa intesa come 'funzione della realtà negoziale concreta', indipendentemente dall'istituto contrattuale prescelto[171].

Si può giustificare l'integrazione del regolamento negoziale quando si configura un negozio di tipo complesso caratterizzato da un'unicità di causa: l'*up-front* non è né strumentale, né tanto meno funzionale al contratto swap, dalla cui natura si vorrebbe far discendere l'appartenenza al tipo, con la conseguente applicazione della disciplina riferita a quest'ultimo. Due cause, pur anche collegate, ma prive di rapporto funzionale o accessorio che connetta necessariamente l'una all'altra, conservano la loro autonomia e appare ineludibile l'applicazione delle distinte discipline che le regolano[172].

---

[171] "*per stabilire la disciplina applicabile al contratto di specie, deve individuarsi quale tra i vari elementi causali prevalga sugli altri (secondo la nota teoria della prevalenza, appunto, o dell'assorbimento), fatta salva l'applicabilità della disciplina prevista per gli altri elementi, in quanto compatibile; ovvero della disciplina che risulta dalla sintesi di tutti gli elementi (teoria della combinazione) qualora nessuno di essi possa dirsi prevalere sugli altri.".* (Cass. S.U. n. 26298 e n. 11656/08).

[172] Non bisogna trascurare che i contratti swap sono contratti elaborati sulla base del modello anglosassone: sono 'alieni' al diritto italiano. "*Trattandosi di contratti alieni, noi dobbiamo evitare di prendere per buono qualcosa perché non è esattamente identico alla fotografia della fattispecie della norma imperativa che vieta. Perché, se noi facessi questo, potremmo lasciarci sfuggire dei casi in cui noi dovremmo invece ritenere la norma imperativa applicabile. Dunque la norma imperativa a fattispecie specifica e analitica non è probabilmente lo strumento idoneo per svolgere questo tipo di controllo. Ecco allora che a me vien fatto di pensare – come ho già scritto – che lo strumento di controllo idoneo sia un vecchio strumento, che abbiamo quasi abbandonato: la norma materiale, che non si preoccupa dello strumento giuridico ma del risultato*." (De Nova, Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno., CEDAM, 2011).

Questo aspetto assume un rilievo particolare. Più che il criterio dell'assorbimento o della prevalenza, appare più rispondente una distinzione e separazione della causa creditizia e di quella propria dello swap. A seconda dei concreti assetti contrattuali si potrà individuare quale sia la prestazione principale o quella prevalente. Si può concepire una serie di contratti che, senza soluzione di continuità, descrivono una gradazione da 100 a 1 della natura di finanziamento e, in termini complementari di puro swap, partendo da un mutuo nel quale, in corrispondenza all'*up-front* erogato, sono previsti pagamenti unidirezionali, determinati o variabili, sino ad un classico swap *plain vanilla par*, senza *up-front* e con flussi differenziali aleatori ed equilibrati, in corrispondenza del valore assunto dal tasso variabile rispetto ad un tasso fisso prestabilito; attraverso gradazioni di tipologie intermedie nelle quali si ravvisa la copresenza di entrambe le cause.

Se, in assenza di una individuazione circostanziata e definita dell'oggetto del derivato, si lasciano liberi i confini di espansione del tipo, si rischia di attrarre nella normativa del TUF operazioni e prodotti propri di altre discipline: i CDS sono stati sottratti alla normativa assicurativa, con i risvolti che veniamo subendo in questi ultimi anni.

Rimane forse più funzionale considerare lo swap con *up-front* la risultante della combinazione di un finanziamento e di un swap *par*, distinguendo la natura commutativa dalla natura aleatoria del contratto. Finanziariamente è sempre possibile la scissione nelle due componenti, determinando univocamente il mutuo a rata costante, corrispondente all'*up-front* e, distintamente, lo swap *par* senza alcun *up-front*. Se non si cogliesse questa distinzione, si determinerebbe un netto iato tra la normativa del credito e la normativa dei servizi finanziari, con potenziali zone di elusione nei grigi tratti di confine.

4.2 L'usura nei derivati.

Il derivato, riconosciuto dalla legge come strumento finanziario, viene in parte sottratto alla disciplina dei contratti. Risultando l'alea un elemento qualificante la causa del derivato, appare assai stridente ogni forma di limitazione dei risvolti economici che possano derivare dallo scambio del rischio: se oggetto del contratto è la

variabilità stessa dei tassi, il differenziale che ne scaturisce nel tempo non può certo essere soggetto ai limiti e presidi posti a tutela della generalità dei contratti. Non si pone per il derivato un rischio di eccessiva onerosità in quanto questa è immanente allo strumento finanziario, sottraendolo al rimedio previsto dall'art. 1467 c.c.. Così come non si pone, d'altra parte, un problema di applicabilità dell'art. 1467 c.c. al rialzo del prezzo di un'obbligazione, del pari non può porsi il problema del rialzo del prezzo del derivato.

Tuttavia diversamente si configurano le circostanze se il menzionato rialzo è riconducibile ad una componente prettamente contrattuale, che nulla ha a che fare con l'aleatorietà dello strumento finanziario, modificando la distribuzione stessa dei benefici rivenienti dall'alea contrattuale[173]. Ponendo un finanziamento all'interno di un derivato, si viene ad accumunare e confondere il rischio scambiato fra le parti al piano di rientro del finanziamento stesso e se non si operasse un distinguo delle due componenti – riconducendo ciascuna alla propria disciplina – si determinerebbe un varco per un'agevole elusione di norme contrattuali, della disciplina del TUB e dei limiti previsti dall'art. 644 c.p..

Come si è evidenziato in precedenza, si è assistito frequentemente ad operazioni che realizzano combinazioni e/o commistioni di finalità proprie dell'operazione derivata con finalità di finanziamento. Nel cogliere, oltre la forma, l'elemento sostanziale e causale dell'operazione, non sembra possano essere trascurati i principi di trasparenza e ancor più le soglie di usura che presidiano l'erogazione del credito.

Plurime sono le circostanze nelle quali, pur in presenza di un'operazioni in strumenti finanziari, la disciplina del TUB e dei contratti finanziari è chiamata in causa.

---

[173] *"E' necessario che il meccanismo aleatorio sia equilibrato e razionale e quindi che l'assunzione del rischio sia a fronte di possibilità lucrative che derivano oggettivamente dal rischio, senza alcuna sperequazione. Una sperequazione fra rischi e vantaggi attesi, anche al di sotto del limite di cui alla normativa civilistica sulla rescissione per lesione, si rivela del tutto incompatibile con la natura degli strumenti derivati, dove il meccanismo della speculazione deve essere legato al funzionamento del mercato, il quale deve a propria volta rivelarsi neutro, al fine di non creare fattori distorsivi: una differenza di lucri e vantaggi è incompatibile con la causa speculativa, che presuppone l'oggettività dei rischi, e quindi che i vantaggi vadano in capo a chi ha corso i relativi rischi."* (F. Bochicchio, Gli strumenti derivati: i controlli sulle patologie del capitalismo finanziario, Contratti e impresa, 2009 n.2).

5.3 I prestiti sintetici.

Per i finanziamenti a tasso fisso, frequentemente per l'intermediario risulta più agevole e coerente con gli equilibrio delle risorse disponibili reperire i fondi sul mercato Euribor, convertire, attraverso uno swap, il tasso da variabile a fisso ed erogare nel contempo il finanziamento risultante.

Altre volte viene direttamente erogato al cliente il finanziamento a tasso variabile e contestualmente viene posto in essere, con lo stesso, uno swap con nozionale corrispondente al finanziamento, per modificare il tasso, da variabile a fisso. Lo swap posto in essere risulta di norma *non par*, per la presenza dei margini di intermediazione. Si può definire sintetico il nuovo prestito risultante dalla combinazione delle due operazioni separate, contraddistinte da un elemento negoziale (mutuo) e uno strumento finanziario (swap).

E' indubbio che in questo secondo caso le due operazioni contestuali risultano collegate, rivolte congiuntamente a conseguire un finanziamento a tasso fisso[174]. Il

---

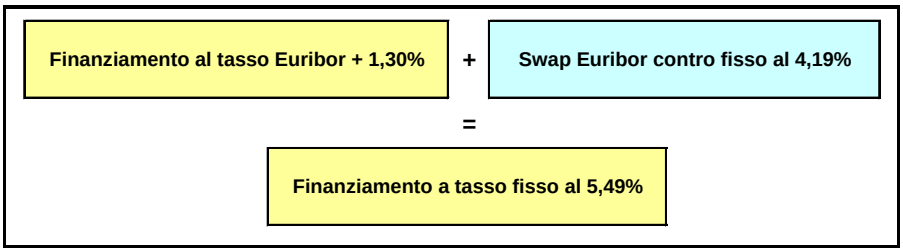
[174] "*Perché possa configurarsi un collegamento di negozi in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa, ai sensi degli artt. 1344 e 1345 c.c., è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico fra i negozi, che il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti, pur se non manifestato in forma espressa, potendo risultare anche tacitamente, di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una sola delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra (Cass. 18/04/1984, n. 2544). Infatti le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono dar vita, con uno o più atti, a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono tuttavia collegati tra loro, in funzione del risultato concreto unitariamente perseguito, con rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro o sugli altri, condizionandone non solo l'esecuzione ma anche la validità. Il detto collegamento tra negozi è configurabile anche quando siano stipulati tra soggetti diversi, pur essi risultino concepiti e voluti come funzionalmente connessi ed interdipendenti, al fine di un completo e complessivo regolamento di interessi (Cass. 30/10/1991 n. 11638)".*(Cass. Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580).

"*Ricorre l'ipotesi del collegamento negoziale qualora appaia la volontà delle parti di porre in essere due o più negozi che si coordinino per l'adempimento di un'unica funzione; in particolare, il collegamento può essere sia genetico, ove uno dei due negozi trovi la sua causa in un rapporto scaturito dall'altro, sia funzionale, nel caso in cui le parti abbiano voluto collegare i due negozi sotto il profilo del nesso teleologico; tutte le volte in cui sia ri-*

raggiungimento dello scopo viene perseguito attraverso la combinazione di negozi tra loro collegati, singolarmente preordinati dalla legge al perseguimento di fini diversi[175].

In tali circostanze, una volta definita l'effettiva volontà delle parti, appare consequenziale estendere al negozio indiretto la disciplina del negozio tipico indirettamente realizzato: *"Nel caso di negozio indiretto, che ricorre quando le parti utilizzano una fattispecie negoziale tipica, e la pongano effettivamente in essere, ma per conseguire, oltre agli scopi ad essa propri, anche ulteriori scopi propri di un diverso negozio tipico, trovano applicazione le norme del negozio impiegato, per quanto riguarda struttura, forma ed elementi costitutivi, mentre le norme di quel diverso negozio sono operanti nella parte in cui si limitano a regolarne il risultato, indipendentemente dallo strumento adoperato per il suo raggiungimento"* (Cass. 21 dicembre 1984, n. 6650, in Foro.it. Mass. 1984)[176].

Nell'esempio qui di seguito rappresentato si riporta un'equivalenza finanziaria del tipo descritto:



costruibile la volontà delle parti di collegare tra loro i negozi, dal nesso di interdipendenza deriva che le vicende dell'uno si ripercuotono su quelle dell'altro, condizionandone la validità e l'efficacia e che la loro combinazione produce effetti giuridici ulteriori, rispetto a quelli che verrebbero prodotti autonomamente da ciascuno di essi." (Cass. 16 maggio 2003, n. 7640).

[175] Lo stesso principio è stato riconosciuto dalla giurisprudenza per individuare contratti derivati nascenti da separate operazioni a termine su valuta. Nella circostanza, trascurando l'aspetto formale della parcellizzazione in distinte operazioni, la contestualità delle stesse ha fatto ritenere unitaria la finalità, risultando l'oggetto delle stesse solo apparentemente lo scambio di valute, mentre la finalità reale delle parti consisteva, *ab origine*, nello scambio del solo differenziale dei tassi (Cfr. Tribunale di Milano, 27 marzo 2000, I Contratti, Giurisprudenza, 2000, con nota di E. Girino).

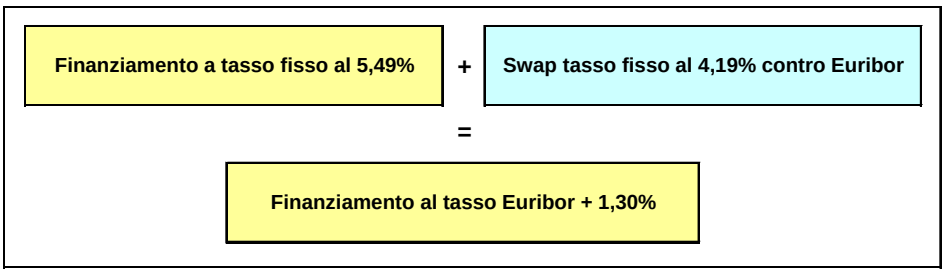
[176] Cfr. Emilio Girino, Il negozio indiretto applicato al contratto Swap, I Contratti, Giurisprudenza, 2000, pag. 777.

Un finanziamento al tasso variabile (Euribor) + 1,30%, combinato con un Swap variabile (Euribor) contro fisso al 4,19%, è del tutto equivalente ad un finanziamento al tasso fisso del 5,49%.

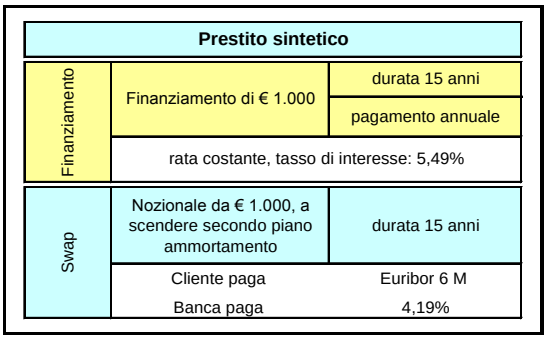
Prestito sintetico		
Finanziamento	Finanziamento di € 1.000	durata 15 anni
		pagamento annuale
	rata variabile, tasso di interesse: Euribor 6 M + 1,30%	
Swap	Nozionale da € 1.000, a scendere secondo piano ammortamento	durata 15 anni
	Cliente paga	4,19%
	Banca paga	Euribor 6M

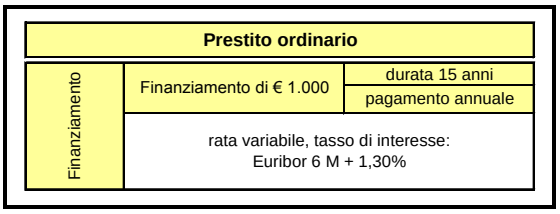
Prestito ordinario		
Finanziamento	Finanziamento di € 1.000	durata 15 anni
		pagamento annuale
	rata costante, tasso di interesse: 5,49%	

Si può realizzare l'operazione anche nel senso inverso dei tassi. Il cliente, in una visione più ampia di copertura, che ricomprenda sia l'*Asset* che la *Liability*, riscontrando che gli introiti delle proprie attività sono positivamente correlati al tasso di inflazione e/o ai tassi monetari, può ritenere più conveniente contrarre un finanziamento o emettere un'obbligazione a tasso fisso e contestualmente effettuare un swap di conversione in tasso variabile, allineando in tal modo i futuri esborsi ai futuri incassi.



Un finanziamento al tasso fisso del 5,49%, combinato con un Swap fisso al 4,19% contro variabile (Euribor), è del tutto equivalente ad un finanziamento al tasso variabile (Euribor) maggiorato dell1,30%.





Negli esempi riportati, la combinazione dello swap e del finanziamento risulta del tutto equivalente al finanziamento riportato a destra della tavola: la combinazione dello *Swap* e del finanziamento risulta preordinata e coordinata a realizzare la tipologia del diverso finanziamento che si intende conseguire.

Nelle circostanze indicate non appare dubitabile che le operazioni poste in essere debbano contestualmente rispettare sia il TUB D. Lgs 385/93 che il T.U.F. (D. Lgs 58/98): in particolare si ritiene debba applicarsi al finanziamento sintetico il disposto dell'art. 1284 c.c., ultimo comma (pattuizione scritta degli interessi ultralegali), e le soglie d'usura disposte dalla legge 108/96.

Se le due operazioni – finanziamento e *Swap* – sono concomitanti, o comunque sussiste un'esplicita finalità a conseguire la risultante dell'effetto congiunto, appare coerente con l'applicazione dell'art. 644 c.p., per la verifica dell'usura, valutare interessi, commissioni e spese, congiuntamente considerati nelle due operazioni effettuate, sommando sia gli oneri previsti nel contratto di finanziamento, sia i margini impliciti compresi nell'operazione di *Swap*.

E' il finanziamento risultante che va raffrontato alla soglia d'usura prevista dai decreti ministeriali. Ciò risulterebbe conforme a quanto espresso recentemente dalla Cassazione: *"affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che*

assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale" (Cass., 17 maggio 2010 n. 11974, Cfr. anche Cass. Sez. II, 28 giugno 2001, n. 8844; Cass. 11 giugno 2001, n. 7852; Cass. 27 gennaio 1997, n. 827).

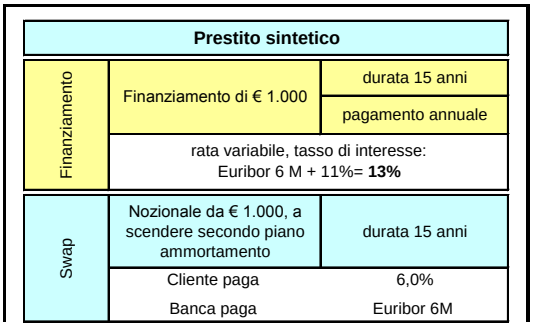
Sarebbe altrimenti facilmente eludibile il disposto dell'art. 644 c.p.. Qualsiasi finanziamento o mutuo può essere replicato, ponendo nello stesso una quota della prestazioni entro la soglia e relegando in un separato swap non *par* la componente ulteriore debordante la soglia[177].

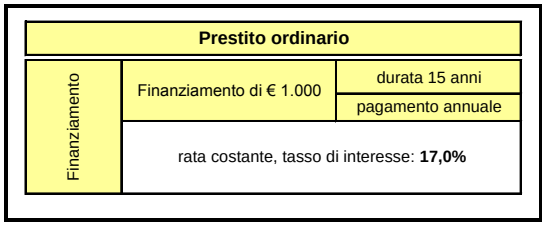
Se si considera una soglia d'usura prevista per i finanziamenti alle imprese e alle famiglie pari al 16,89%, volendo eludere la soglia e praticare un tasso fisso del 17%, sarebbe sufficiente concedere il finanziamento al tasso fisso del 16,50% e, con l'Euribor al 2%, effettuare contestualmente uno *Swap* per cedere il fisso contro il variabile[178].

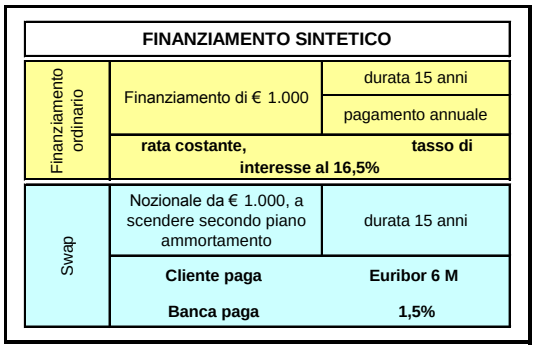
---

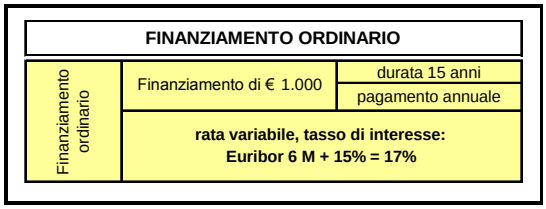
[177] La Banca d'Italia – nelle risposte ai quesiti pervenuti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura – ha precisato che, nel caso in cui il cliente mutuatario abbia sottoscritto uno strumento finanziario derivato al fine di coprirsi dalle eventuali oscillazioni che il tasso di interesse contemplato dal contratto di finanziamento potrebbe subire nel corso del rapporto (ad es. *interest rate* Swap che colleghi un finanziamento di tasso variabile a un tasso fisso predeterminato), non è corretto considerare ai fini della segnalazione il tasso di interesse risultante a seguito del contratto derivato. Va considerato, al contrario, in ogni caso il tasso del mutuo al momento dell'apertura del rapporto di finanziamento.
Come osservato in precedenza, i criteri di determinazione del TEGM, seppur accostati ai principi posti dall'art. 644 c.p., possono in taluni discostarsi ma rimane ferma, per la verifica del rispetto delle soglie d'usura, l'applicazione della norma sovraordinata.

[178] Circostanze analoghe si realizzerebbero in un finanziamento al tasso Euribor con uno spread dell'11% ed uno swap che modifichi il tasso variabile nel fisso al 6%.









5.4 Gli Swap di finanziamento.

Gli esempi sopra illustrati riportano semplici abbinamenti di finanziamenti a swap espressi nella forma elementare *plain vanilla*, volti a modificare e capovolgere la tipologia del tasso. Conservando la forma classica di swap plain vanilla, l'introduzione dell'*up-front* può essere sospinta sino a sostituire completamente il finanziamento realizzato attraverso il mutuo.

Si riscontrano operazioni su derivati che prevedono un cospicuo *up-front*, non presentano una funzione di copertura e, con una veste più o meno speculativa, sottendono una più assorbente finalità di finanziamento.

Frequentemente, al termine di una serie di derivati nei quali attraverso *unwinding* si sono trascinate le perdite, l'ultimo contratto è costituito da uno swap mirato esclusivamente al rientro graduale dell'*up-front* riconosciuto a copertura completa di quanto precedentemente cumulato con perdite e margini impliciti nel prezzo[179]. In

[179] "*… non di rado accade che contratti derivati gravati da oneri divenuti insopportabili per il cliente siano "rinegoziati" mediante corresponsione a titolo di up front da parte della Banca al cliente di importo pari al mark to market di chiusura del contratto che si intende rimodulare.*
Il "nuovo" contratto, ovviamente strutturato dall'intermediario in maniera tale da perseguire l'obiettivo di (quantomeno) recuperare con una certa remunerazione l'importo erogato a titolo di up front, nasce pertanto fatalmente "sbilanciato" a favore del contraente bancario, aggravando, anziché risolvendo, i problemi del cliente.
Orbene, in simili situazioni ci pare davvero difficile escludere la natura di finanziamento dell'up front riconosciuto al cliente, né rileverebbe, al riguardo, eccepire il carattere eventuale della prestazione restitutoria del cliente (in qualche modo connessa alle assunzioni previsionali supposte dall'IRS rinegoziato), visto e considerato che la natura di finanziamento dell'erogazione di somme appare compatibile con il carattere incerto della restitu-

tali circostanze la componente di finanziamento prevale sulla componente aleatoria e l'operazione di *Swap* viene a configurare un derivato 'zoppo', in quanto sottende un dominante flusso unidirezionale, dal cliente alla banca, distribuito su un ampio arco di tempo, che si sovrappone ad un più modesto flusso aleatorio: l'operazione è rivolta sostanzialmente al recupero graduale dell'*up-front* finanziato, oltre che degli interessi maturati sullo stesso.

In altri casi, i più ricorrenti, le due funzioni, quella di copertura o speculativa e quella di finanziamento, risultano combinate[180]. Nei flussi di scambio concordati in contratto risultano confusi quelli rivenienti più propriamente dallo swap da quelli rivolti invece al rimborso del finanziamento.

L'operazione derivata risulta tuttavia tecnicamente scindibile in due distinte operazioni:

i) la prima, volta a gestire il rischio finanziario – tasso, cambio od altro – a copertura e/o speculativa;

---

zione (cfr., ad es., la fattispecie del mutuo sub condicione, su cui Cass. civ. sez. I n° 13168/2005).
Si noti che la più attenta giurisprudenza di merito è ben consapevole del problema: una recente sentenza del Tribunale di Torino ha infatti constatato come i contratti IRS oggetto di successive rinegoziazioni "veniva(no) costruit(i) affinché la banca potesse recuperare la perdita del contratto (precedente) non addebitata alla chiusura anticipata dello stesso" (Trib. Torino 18/09/2007).
Ma vi è di più. Se l'up front (o quantomeno l'up front riconosciuto in sede di rimodulazione) può essere considerato come un finanziamento, la prestazione restituitoria non potrà che avvenire nel rispetto della disciplina dei tassi soglia (rilevati trimestralmente dalla Banca d'Italia), fissata dalla Legge n° 108/1996, pena la possibile configurabilità del delitto di usura previsto dall'art. 644 c.p. a carico dell'intermediario finanziario.
Del resto la più recente giurisprudenza bancaria (formatasi in particolare con riferimento alle controverse "commissioni di massimo scoperto" collegate ai contratti di conto corrente) si è mostrata propensa, proprio ai fini del computo del tasso soglia, alla valutazione di ogni forma di remunerazione delle prestazioni di denaro e non si vede come analoghe valutazioni non debbano riguardare (forse, a maggior ragione) gli up front erogati all'atto della rimodulazione di un IRS." (F. Benassi, Note critiche a Tribunale Bologna, 14/12/09 www.ilcaso.it).

[180] La Corte dei Conti, con riferimento ai contratti Swap sottoscritti dagli enti locali, ha assunto una netta posizione a sostegno della natura di indebitamento dell'*up-front,* presente nei derivati in essere presso gli Enti locali. (Cfr. intervento della Corte dei Conti, Sezioni riunite, del 18 febbraio '09, presso la 6° Commissione Finanze).

ii) la seconda volta, invece, al ripianamento del finanziamento ottenuto con l'*up-front*.

Se non si effettua un'opera di scomposizione dell'operazione, nel negozio commutativo di finanziamento e in quello più propriamente aleatorio, non si può pervenire a cogliere compiutamente il distinto ambito di applicazione del T.U.F., del T.U.B. e delle altre prescrizioni che sovraintendono il contratto; né si può ritenere l'operazione interamente assorbita nell'ambito del T.U.F., dando la stura ad ampi margini di arbitraggio disciplinare.

Un esempio, di immediata evidenza, lo si può riscontrare nei casi di usura implicita in uno *Swap plain vanilla* con *up-front*.

E' del tutto equivalente, da un punto di vista finanziario, con un tasso swap del 4,18% su cinque anni, convenire – su un nozionale di € 1.000 – uno swap ad un tasso più alto, 7,23%, a fronte di un *up-front* di € 100, oppure contrarre un finanziamento quinquennale di € 100 al 17% ed un puro swap al tasso di mercato del 4,18%.

Swap		
Swap	Nozionale € 1.000	durata 5 anni
	Up-front: € 100	pagamento semestrale
	Cliente paga	7,23%
	Banca paga	tasso Euribor 6M
	Costo Swap	0,30%
	Costo Up-front	3,91%
	Margine di intermediazione	4,21%

Scomposizione Swap		
Finanziamento	Finanziamento di € 100	durata 5 anni
		pagamento semestrale
	rata costante pari a € 15,24 (tasso: **17%**)	
Swap	Nozionale € 1.000	durata 5 anni
	Cliente paga	4,18%
	Banca paga	tasso Euribor 6M
	Margine di intermediazione	0,3%

E' palese che nell'operazione di swap intervengono due distinte finalità, una volta a realizzare un finanziamento a tasso fisso, l'altra volta a conseguire un effettivo scambio di alea sui tassi di interesse.

Tecnicamente è agevole riscontrare che la maggiorazione del tasso swap di mercato del 4,18%, pari a 305 punti base sul nozionale di € 1.000, corrisponde alla rata semestrale costante di € 15,24 necessaria a rimborsare, nell'arco del quinquennio, il capitale erogato con l'up-front di € 100, al tasso del 17%. Con una soglia d'usura pari al 16,89%, lo swap con *up-front* sopra riportato configura un finanziamento d'usura.

Pay off e Mark to Market (Lato Banca)												
Semestri		t_0	I sem.	II sem.	III sem.	IV sem.	V sem.	VI sem.	VII sem.	VIII sem.	IX sem.	X sem.
Swap con Up front = 100	Mark to market	142,1	119,6	97,8	77,0	57,0	37,3	22,6	16,2	10,3	4,7	0,0
	Pay off atteso (attualizzato)	0,0	23,9	22,8	21,3	20,0	19,3	14,1	6,3	5,4	4,9	4,0
Swap Base	Mark to market	3,0	-5,9	-14,0	-21,1	-27,4	-33,2	-34,0	-26,9	-18,8	-10,0	0,0
	Pay off atteso (attualizzato)	0,0	8,8	7,9	6,6	5,6	5,0	0,1	-7,2	-7,7	-7,8	-8,4
Finanziamento	Mark to market	139,1	125,5	111,8	98,2	84,4	70,5	56,7	43,1	29,1	14,8	0,0
	Pay off atteso (attualizzato)	0,0	15,1	14,9	14,7	14,4	14,2	13,9	13,5	13,2	12,8	12,4
Mark to Market complessivo		**142,1**	**119,6**	**97,8**	**77,0**	**57,0**	**37,3**	**22,6**	**16,2**	**10,3**	**4,7**	**0,0**
Pay off complessivo		**0,0**	**23,9**	**22,8**	**21,3**	**20,0**	**19,3**	**14,1**	**6,3**	**5,4**	**4,9**	**4,0**

La scomposizione, sia del *mark to market* che del *pay off*, espressi in termini attuali, mostra la significativa prevalenza del finanziamento sullo scambio delle alee sui tassi. Il mark to market del finanziamento domina marcatamente quello dello Swap base e il relativo flusso copre un multiplo della componente derivativa.

L'equa distribuzione dell'alea – a meno del margine di intermediazione - trova evidenza nello Swap base dove, ad un prima periodo nel quale la banca usufruisce di un flusso positivo, segue un secondo periodo nel quale riconosce pagamenti alla controparte: l'equilibrio del *pay off* risulta significativamente alterato dall'iniziale riconoscimento finanziario dell'*up-front*, che modifica sostanzialmente i rapporti economici del contratto, introducendo un importo costante a debito dell'operatore[181]. La componente certa, determinata dal piano di rimborso del finanziamento, domina la componente aleatoria e la somma risultante dalle due componenti, caratterizzata da una medesima aleatorietà, rimane ampiamente positiva per l'intermediario nei flussi attesi.

La commistione delle due componenti, quella certa e determinata del finanziamento e quella aleatoria dello Swap, può facilmente indurre ad equivoci e travisamenti sulla dimensione aleatoria dell'operazione risultante dal collegamento dei due distinti negozi giuridici. La presenza dell'*up-front* induce una maggiorazione

[181] "*appare infatti innegabile che la stipula di un contratto derivato senza apparente beneficio (anche solo potenziale) di una delle parti – e questo anche in un'ottica di mera speculazione – desta sospetto relativamente alle reali motivazioni delle parti.*" (S. Davini e T. Romolotti, Operatività in strumenti finanziari derivati e profili di rischio ex d.lgs. 231/2001: casi e problemi, La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2007 n. 3).

predeterminata nel *pay off* del cliente, ma non induce alcuna ulteriore assunzione di rischio: si accresce l'onere, ma la variabilità dei flussi alle distinte scadenze rimane immutata (pari al tasso del 4,18% - Euribor)[182].

La scomposizione (*unbundling*) operata negli esempi semplificati sopra riportati è estendibile ad ogni swap che presenti un *up-front*. Occorre al più tenere opportunamente separati gli importi connessi alle eventuali opzioni presenti nell'operazione, che nulla hanno a che vedere con il finanziamento.

In un finanziamento ordinario risulta agevole verificare se il costo del credito erogato rispetta i limiti previsti dall'art. 644 c.c.. Quando invece il finanziamento viene realizzato in combinazione con forme di copertura o speculative, con modalità più sofisticate realizzate attraverso l'impiego di IRS ed opzioni, la verifica del rispetto della soglia d'usura diviene più complessa, dovendo preliminarmente procedersi alla separazione delle due componenti, occorrendo oltre tutto effettuare una corretta distinzione dei margini impliciti attribuibili all'una e all'altra[183].

Quale che sia la complessità del derivato posto in essere, è possibile determinare lo *zero coupon* equivalente, il cui tasso esprime il costo implicito del finanziamento sottostante. Per le tipologie più elementari di swap collocati in questi anni presso imprese ed Enti locali, si può distinguere lo swap dal finanziamento dell'*up-front* curando le seguenti operazioni:

1) attraverso un processo iterativo, determinare, con l'impiego della curva *zero rate swap*, lo *spread* che, sottratto al tasso posto a carico del cliente, rende il contratto swap *par*, privo di *up-front*;

---

[182] Con un esempio più banale, se si punta un Euro nella roulette sul rosso o nero, si perde la posta (€ 1) o si riprende il doppio (€ 2, posta compresa). Se in cambio di € 10 ricevute inizialmente, mi impegno nelle successive cinque giocate a puntare tre Euro ricevendo in caso di vincita la stessa posta di prima (€ 2), i flussi attesi si modificano ma l'aleatorietà del gioco rimane invariata: per ogni giocata si ha una componente certa, il pagamento di due Euro relativa alla restituzione del finanziamento, e una componente aleatoria riconducibile al risultato della roulette.

[183] Soprattutto se il finanziamento non si esaurisce esclusivamente nell'*up–front* regolato inizialmente. *"Di regola* – riferisce la Consob il 30 ottobre '07 in Commissione Parlamentare – *i contratti prevedevano un periodo iniziale (solitamente della durata di un anno) in cui l'impresa riceveva pagamenti dall'intermediario, ma successivamente, per effetto dei complessi ulteriori derivati incorporati nel contratto base, vi era una elevata probabilità di dover corrispondere differenziali crescenti a vantaggio dell'intermediario".*

2) con lo *spread* così determinato, calcolato sul nozionale, costruire il piano di ammortamento, con rata costante di ammortamento del finanziamento costituito dall'*up-front*, esteso sull'arco di tempo dello swap[184];

3) sul piano di ammortamento così determinato, calcolare il tasso di interesse corrispondente al finanziamento dell'*up-front*.

Con la procedura sopra indicata si consegue una puntuale distinzione della componente propriamente commutativa da quella aleatoria del derivato: risulta in tal modo agevole, tra l'altro, curare una oggettiva e corretta verifica del rispetto delle soglie d'usura.

A titolo esemplificativo si riportano qui di seguito due casi pratici, caratterizzati da un apprezzabile *up-front*, nei quali si è proceduto a scorporare la componente speculativa dello swap dalla componente di finanziamento.

L'analisi riguarda due ben noti contratti, *Sunrise Swap* e *Inflazione Swap*, diffusamente collocati nel corso dell'ultimo decennio da un primario Gruppo bancario. I due derivati risultano entrambi 'zoppi': una gamba è solo formale, cioè il saldo del flusso finanziario del derivato è sempre e solo a carico dell'operatore economico.

5.5 I derivati 'zoppi'.

Sunrise Swap. Il contratto, perfezionato dopo una lunga serie di derivati, costituiti da uno swap e numerose opzioni esotiche su valuta, è riferito ad un nozionale di € 4 mil.ni su un *holding period* di cinque anni.

L'architettura del *Sunrise Swap* è molto sofisticata e criptica. Sul piano tecnico risulta un eccellente prodotto di ingegneria finanziaria idoneo a coprire la banca dal rischio di qualunque movimento dei tassi: é probabilisticamente remota, pressoché nulla – in base alla storia dell'Euribor e dei principi economici che presiedono i mutamenti della curva dei tassi – la possibilità che, ad una qualche data futura, la

[184] Per i Swap più complessi che ricomprendono anche opzioni, il metodo sopra indicato può essere integrato con la metodologia indicata da G. Baroni G. Olivieri nel documento: "Derivati e Usura: l'utilizzo delle opzioni nelle costruzioni di negozi in frode alla legge" (Luiss – Guido Carli, 2009).

banca debba corrispondere alla società un differenziale. L'alea dell'operazione è posta interamente sul cliente, con un apprezzabile rischio sull'entità dei flussi, risultando il segno probabilisticamente sempre negativo per la società.

SUNRISE SWAP DEL 27/5/03: condizioni contrattuali					
nozionale:	€ 4.000.000		**data iniziale:**	29/05/2003	
data di negoziazione:	27/05/2003		**scadenza finale:**	29/05/2008	
Cliente trimestralmente:	se	Euribor 3M <= 3,350%	paga	Euribor 3M+3,85% - K (1)	
	"	3,350% ≤ Euribor 3M ≤6%	"	7,20% - K	
	"	Euribor 3M > 6%	"	4,20% - K	
	(1)	*K= 5 x (IRS30Y - IRS10Y - 0,225%)*			
Banca trimestralmente:	paga	Euribor 3M			
Up-front pagato dalla Banca in data 29/05/2003:				**€** 377.000	

La banca riconosce nell'immediato un *up-front* di € 377.000 a ripianamento delle precedenti operazioni su derivati e si impegna a pagare trimestralmente l'Euribor a 3 mesi.

Il cliente paga importi diversi in funzione dell'andamento dell'Euribor a 3 mesi; tali importi sono altresì commisurati ad uno speciale fattore K, che esprime la pendenza della curva dei rendimenti nel tratto 10 – 30 anni[185]. Occorre non farsi

[185] La scienza economica insegna, e l'esperienza di mercato mostra, che la curva dei rendimenti in situazioni di normalità è crescente, con differenziali positivi fra il tasso a 30 e 10 anni: al momento del contratto con un Euribor 3M al 2,31%, il tasso a 10 anni era pari al 3,75% e il tasso a 30 anni era pari al 4,48%, quindi con un differenziale positivo ed apprezzabile.
Se l'Euribor cresce, e si va a collocare apprezzabilmente al di sopra del tasso di inflazione, poiché i tassi reali (Euribor – tasso d'inflazione) si mantengono storicamente assai moderati, la curva dei rendimenti tende ad appiattirsi e, per tassi Euribor significativamente più elevati del tasso di inflazione, assume una pendenza negativa, quindi con un differenziale (IRS30Y – IRS10Y) che inizialmente si annulla e poi diviene negativo.
La riflessione sconta la ferma politica di presidio del tasso d'inflazione, operata sin dalla sua costituzione dalla Banca Centrale.
Il valore K – che con il fattore moltiplicativo '5' enfatizza in modo assai marcato la misura della pendenza del tratto a lungo termine della curva dei rendimenti – è pari inizialmente, con un Euribor particolarmente basso (2,31%), ad un valore significativamente positivo (2,53%).
Successivamente al contratto tale valore, al crescere del tasso Euribor si è rapidamente contratto per poi divenire negativo.

fuorviare dal segno che lo precede: il fattore K, accentuato da una significativa leva moltiplicativa, può assumere, e assumerà successivamente, segno negativo[186].

Da parte del cliente non si ravvisa alcuna strategia finanziaria che corrisponda ad una logica economica, né di copertura, né speculativa: la disparità delle prestazioni risulta palese.

Nell'immediato, alla data del perfezionamento, con un tasso corrente dell'Euribor al 2,31%, inferiore alla 1° soglia, i due Euribor 3M, a debito e a credito, si compensano e il cliente si trova a pagare (con un coefficiente K = 2,53%[187]) l'1,32% sul nozionale di € 4 mil.ni, corrispondente ad oltre il 14% del capitale riconosciuto nell'*up-front*[188].

186

SUNRISE SWAP.

La complessiva struttura di *Sunrise Swap* risulta predisposta per speculare sul futuro andamento della *yield curve* (curva dei rendimenti): la presenza del fattore correttivo K equivale ad una posizione "lunga" sul tasso IRS a 10 anni ed una contemporanea posizione "corta" sul tasso IRS a 30 anni. Da un punto di vista tecnico, ciò equivale a "comprare" la *yield curve*, nel senso che tale posizione genera profitti nell'eventualità di andamento crescente della curva dei rendimenti, ovvero quando i tassi sulla scadenza più breve aumentano meno (o diminuiscono di più) rispetto ai tassi sulla scadenza più a lungo termine.

Il tasso parametro cliente (escluso il fattore K) dell'operazione di *Sunrise Swap* può essere replicato attraverso la combinazione delle seguenti componenti elementari:

- vendita del tasso fisso del 7,20%, pagato trimestralmente;
- acquisto di un'opzione *Digital Cap*, con *strike* del 6% che consente alla Società di ricevere il tasso fisso del 3% se il tasso Euribor 3M è superiore allo *strike*, nulla altrimenti;
- acquisto di un'opzione *Floor,* con *strike* 3,35% che, per valori del tasso Euribor 3M inferiori allo *strike,* consente alla Società ricevere la differenza fra lo *strike* e l'Euribor 3M.

187 Il valore K è pari a cinque volte la differenza fra l'Interest Rate Swap a 30 anni e l'Interest Rate Swap a 10 anni, diminuita della costante 0,225%.

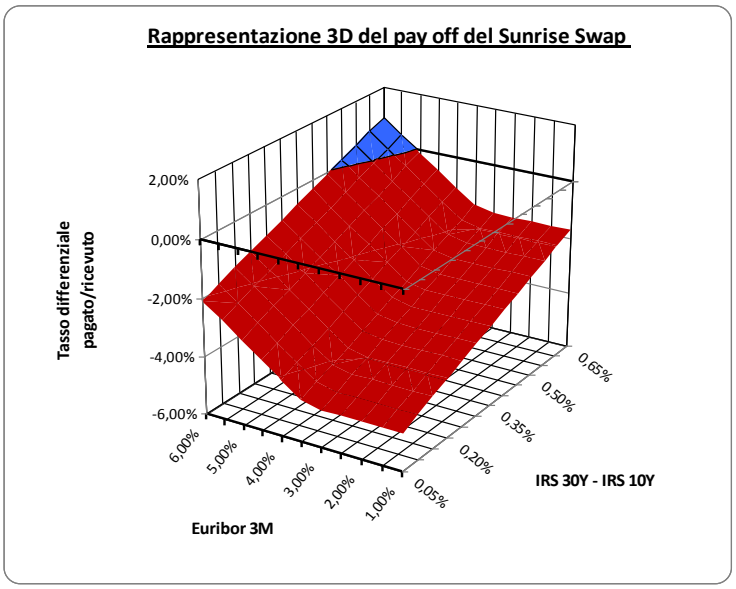
188 Di fatto alla data del 1° regolamento la differenza è risultata pari all'1,80% corrispondente al 19% dell'*up-front*.

CONDIZIONI AL MOMENTO DELLA STIPULA

Euribor 3M spot:	2,31%
Fattore K*:	2,53% (Parametri: IRS30Y= 4,48%; IRS10Y= 3,75%)
Volatilità:	25,30%

K= 5 x (IRS30Y - IRS10Y - 0,225%)

Il grafico qui di seguito riportato evidenzia che la struttura contrattuale in esame consentirebbe alla Società di incassare differenziali positivi solo al verificarsi di un rilevante incremento dell'Euribor 3M, ma con valori del differenziale (IRS30Y – IRS10Y) apprezzabilmente positivi. La concordanza di questi due eventi è praticamente esclusa, sul piano teorico e pratico.



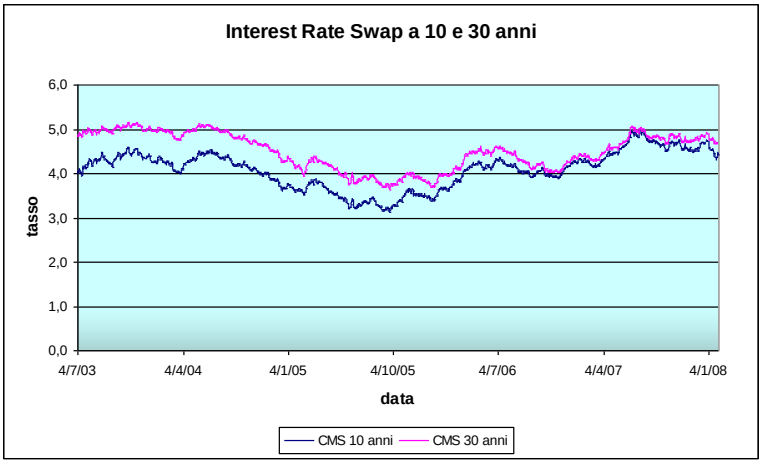
In blu è rappresentata l'area di guadagno della Società, in rosso l'area di perdita

Quand'anche il tasso Euribor pervenisse a valori molto elevati, prossimi o superiori alla soglia del 6% – valore mai raggiunto nella storia del parametro – l'eccezionalità dell'evento, ancor prima di raggiungere questi valori, indurrebbe un capovolgimento del differenziale (IRS30Y – IRS10Y), da positivo a negativo. Pertanto, anche al ricorrere di questo evento eccezionale, la società verrebbe ad avere esclusivamente flussi a debito.

A meno di una crescita del tasso di inflazione oltre ogni aspettativa, un significativo rialzo dell'Euribor (e quindi del tasso reale) risulterebbe eccezionale e contingente: di riflesso la curva dei rendimenti tenderebbe prima ad appiattirsi, poi a ca-

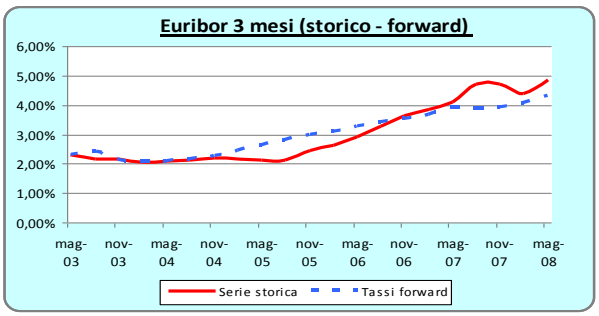
povolgere la pendenza. Un'ampia letteratura economica descrive tale dinamica riscontrata più volte, nel corso degli anni, sul mercato finanziario.

Al momento della stipula del contratto l'Euribor 3M era quotato su valori molto bassi (2,31%), che sono apprezzabilmente lievitati negli anni successivi: le probabilità che in 5 anni si realizzasse un incremento pari a quasi il triplo del valore iniziale apparivano possibili ma alquanto remote[189]. Per contro il differenziale (IRS 30Y – IRS 10Y), partendo dal valore massimo del 2,53%, è venuto presentando – coerentemente con quanto sopra esposto – una costante flessione nel periodo considerato, sino ad annullarsi tendenzialmente per l'Euribor intorno al 3,5%.



La costante di sottrazione e il fattore moltiplicativo posti nel parametro K inducono l'effetto di anticipare e amplificare i movimenti del tratto più a lunga della curva: il beneficio iniziale della società (che si traduce in una riduzione del tasso pa-

[189] La previsione dei tassi *forward* espressa dal mercato all'atto del contratto mostrava valori tendenzialmente crescenti, ma comunque apprezzabilmente inferiori alla soglia del 6%. Nella storia dell'Euribor 3M il livello del 6% non è stato mai raggiunto, neanche in seguito alla crisi finanziaria del 2008 che ha causato, per alcuni mesi, un notevole incremento dei tassi.



gato di circa due punti e mezzo) diminuisce nel corso del secondo anno di contratto fino a divenire negativo, generando pesanti oneri a debito.

Considerando l'effetto derivante dalla sofisticata combinazione dei due parametri, l'Euribor 3M e il fattore K, i flussi di pagamento posti a carico della società sarebbero divenuti via via più onerosi[190].

Per altro l'*up-front* di finanziamento è ulteriormente gravato di margini impliciti nel prezzo: in altri termini, il valore atteso dei flussi dello swap, attualizzato alla data di stipula del contratto, risulta ben superiore all'*up-front* riconosciuto in contratto.

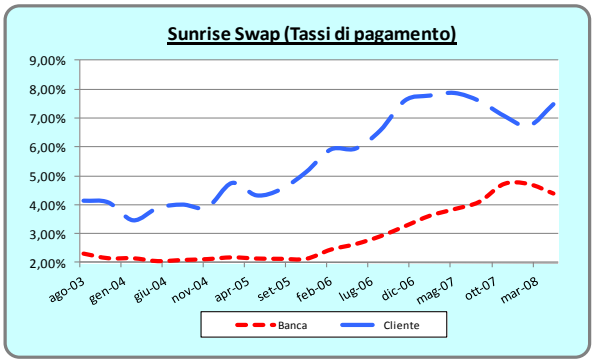
Il contratto assume una connotazione speculativa tutta particolare: l'alea connota soltanto l'entità del flussi, ma il segno rimane per la società, in maniera pressoché deterministica, negativo.

La stima del valore di mercato del contratto di *Sunrise Swap* alla data di sottoscrizione, 27/5/03, risultava pari a € 473.427 (cfr. Tavola 1): considerato l'*up-front* di € 377.000, il margine implicito trattenuto dalla banca risultava pari a € 96.427, corrispondente al 2,41% (annuo 0,48%) del nozionale di riferimento (€ 4.000.000).

Gli impegni assunti dalle parti risultano marcatamente sbilanciati a danno della Società.

Il finanziamento sotteso dal contratto *Sunrise Swap*, sia nei termini e condizioni proposti inizialmente, sia negli effettivi esborsi sopportati dalla società alle

[190] Gli impegni assunti dalle parti, già apprezzabilmente distanti nel primo anno (circa 1,80%), si sarebbero discostati ulteriormente fino a raggiungere un divario di circa 4,35 punti percentuali: ad ottobre '04, all'atto della chiusura anticipata, gli oneri maturati in carico alla Società vengono valutati ed addebitati per € 378.000.



scadenze trimestrali e al momento dell'anticipata estinzione, configura palesi condizioni di usura.

A fronte del menzionato *up-front* pari a € 377.000, il tasso di finanziamento calcolato *ex-ante* all'atto del contratto è pari al 12,02%, determinato nei seguenti passaggi di calcolo:

1) dalla *zero rate swap*, attraverso iterazioni successive di approssimazione, si individua nel valore del 2,54% lo *spread* che occorre sottrarre al tasso del cliente, o sommare alla quota della banca, per portare a zero la distanza fra le due 'gambe' dello swap;

2) lo *spread* del 2,54% annuo, sul nozionale di € 4 mil.ni, corrisponde ad una rata costante di € 25.350,40 per n. 20 rate trimestri (cfr. Tavola 2);

3) al piano di ammortamento con rata costante così determinato, per l'importo dell' *up-front* di € 377.000, corrisponde un tasso annuo effettivo del 12,02% (cfr. Tavola 3).

Pertanto l'operazione risultava *ex-ante* finanziariamente equivalente ad un finanziamento di € 377.000 al 12,02% con rimborso distribuito attraverso rate trimestrali costanti, affiancato da un *Sunrise Swap par*, senza *up-front*, analogo al precedente ma con importi a carico della banca maggiorati del 2,54%.

Sunrise Swap			
Sunrise Swap	Nozionale € 4.000.000		durata 5 anni
	Up-front: € 377.000		pagamento trimestrale
	Cliente paga	Euribor 3M ≤ 3,35&	Euribor 3M+3,850% - K
		3,350% ≤ Euribor 3M ≤6%	7,20% - K
		Euribor 3M > 6%	4,20% - K
	Banca paga	tasso Euribor 3M	

Scomposizione Sunrise Swap			
Mutuo	Finanziamento di € 377.000		durata 5 anni
			pagamento trimestrale
	rata costante pari a € 25.350,4 (tasso 12,02%)		
Swap	Nozionale € 4.000.000		durata 5 anni
	Cliente paga	Euribor 3M ≤ 3,35&	Euribor 3M+3,850% - K
		3,350% ≤ Euribor 3M ≤6%	7,20% - K
		Euribor 3M > 6%	4,20% - K
	Banca paga	tasso Euribor 3M + 2,54%	

La società, all'atto dell'estinzione anticipata intervenuta il 29/10/04, sulla base del piano dei pagamenti effettivamente addebitati dall'intermediario (addebiti complessivi per € 468.090), ha subito un onere pari al 18,19% dell'*up-front* finanziato: l'affiancamento dell'*up-front* al *Sunrise Swap* ha determinato *ex-post* per la società un maggior aggravio commisurato al 6,17%, dell'*up-front* ricevuto.

Le pubblicazioni trimestrali del Ministero dell'Economia riportano, per la categoria "altri finanziamenti alle imprese effettuati dalle banche", per il II trimestre '03, un valore della soglia del 9,39%, che si è mantenuto sotto il 10% fino al 2008.

Emerge dalle evidenze di calcolo che sia il tasso implicito iniziale, sia il tasso effettivamente subito, risultano entrambi apprezzabilmente superiori alla soglia d'usura.

Inflazione Swap. Il *Sunrise Swap* viene chiuso anticipatamente, unitamente ad un derivato su valuta: i relativi costi di chiusura (€ 378.000 per il primo e € 124.000 per il secondo) vengono traslati su un nuovo derivato, un *Inflazione Swap*.

Il piano di rientro previsto dall'*Inflazione Swap* presenta un nozionale di riferimento di € 4.500.000 ed una durata di 10 anni, dal 2/11/04 al 2/11/14.

Il contratto in parola assume meramente lo scopo di distribuire sui dieci anni di lunghezza dell'operazione il rientro delle perdite cumulate. L'intermediario accompagna l'operazione con il riconoscimento di un *up-front* di € 502.000 che consente di estinguere il precedente contratto di *Sunrise Swap* e il residuo derivato su valuta.

INFLAZIONE SWAP DEL 29/10/04: condizioni contrattuali					
nozionale (Euro):	4.500.000		**data iniziale:**		02/11/04
data di negoziazione:	29/10/04		**scadenza finale:**		02/11/14
Cliente annualmente:	dal 2/11/04 al 2/11/06	se	Euribor 6M < 2%	paga	Euribor 6M
		"	2% <= Euribor 6M < 3%	"	2,20%
		"	Euribor 6M => 3%	"	Euribor 6M + 0,5%
	dal 2/11/06 al 3/11/08	se	Euribor 6M < 2,2%	paga	Euribor 6M
		"	2,2% <= Euribor 6M < 3,75%	"	2,90%
		"	Euribor 6M => 3,75%	"	Euribor 6M + 0,5%
	dal 3/11/08 al 2/11/14	se	Euribor 6M < 2,5%	paga	Euribor 6M
		"	2,5% <= Euribor 6M < 5%	"	3,95%
		"	Euribor 6M => 5%	"	5,80%
Banca annualmente paga:	MAX [(CPI x (t) / CPI (t-1)) - 1; 0] dove CPI=Indice Armonizzato dei prezzi al consumo dell'area Euro				
Up-front pagato dalla Banca in data 02/11/2004:				**€**	502.000

La Banca avrebbe potuto semplicemente predisporre un piano di ammortamento decennale indicizzato all'Euribor per il capitale di € 502.000. Con il complesso derivato, al contrario, vengono rese meno trasparenti le perdite cumulate e partico-

larmente esose le condizioni di rientro, oltre a calcolare nuovi margini impliciti per l'apprezzabile ammontare di € 357.314.

Per ragguagliare opportunamente l'operazione al capitale, agli interessi e al margine di intermediazione, da recuperare nel decennio, si è reso necessario elevare il nozionale a € 4,5 mil.ni.

Il derivato è suddiviso in tre periodi di due, due e sei anni: considerato l'Euribor corrente pari al 2,20%, gli oneri maggiori sono posposti al futuro, soprattutto ai sei anni dell'ultimo periodo. Anche in questo contratto, l'alea connessa ai flussi finanziari periodici è circoscritta all'ammontare, non al segno, rimanendo i flussi sostanzialmente a debito della società, in termini pressoché deterministici, in maniera simile al precedente contratto di *Sunrise Swap*.

CONDIZIONI AL MOMENTO DELLA STIPULA

Euribor 6M spot:	2,20%
Tasso inflazione (C.P.I.) ottobre '04:	2,20%
Volatilità:	16,51%

Il contratto non assume alcuna finalità di copertura, né è particolarmente speculativo: più semplicemente i pagamenti a carico della Società, variando sostanzialmente in funzione dell'Euribor 6M – con alcuni correttivi e protezioni, per il periodo più discosto nel tempo – risultano sistematicamente superiori, nei valori attesi, ai pagamenti posti a carico della Banca, parametrati invece all'andamento dell'inflazione dell'Area Euro (indice CPI con esclusione del tabacco).

Con il contratto in esame la Banca si assicura il graduale rientro delle perdite addebitate alla società percependo la differenza (pressoché corrispondente al tasso reale) fra il tasso fisso/variabile previsto a carico della controparte ed il valore atteso del tasso di inflazione[191]. Tale differenza, commisurata al nozionale di 4,5 mil.ni e distribuita su dieci anni, è volta a coprire compiutamente i) il rientro

[191] Da un punto di vista macroeconomico, l'obiettivo istituzionale e prioritario della Banca Centrale Europea è la stabilità dei prezzi: sin dalla sua costituzione viene perseguito il contenimento del tasso di inflazione di medio periodo entro un livello prossimo al 2% annuo.

dell'esposizione, ii) il pagamento degli interessi e iii) l'ulteriore margine di intermediazione dell'operazione[192].

Il contratto risulta del tutto estraneo a qualsiasi esigenza di copertura del rischio. Nella pagina seguente è riportato lo spacchettamento dell'Inflazione Swap: risultano in vendita tutta una serie di opzioni che denunciano l'assunzione di rischio da parte della Società. Di regola è l'assicuratore che cede l'opzione ed incassa il premio.

Il contratto, attraverso l'impiego di un negozio atipico, mira semplicemente a recuperare il debito maturato, con un rimborso aleatorio nella misura dei flussi, ma non nel segno, che – a meno di eventi possibili teoricamente, ma privi in quel momento di ogni concreta aspettativa – rimane sempre a debito della società.

INFLAZIONE SWAP

Il tasso parametro cliente dell'operazione di *Inflazione Swap* può essere replicato mediante la combinazione delle seguenti componenti elementari:

- dal 2/11/04 al 2/11/06:

- vendita del tasso fisso del 2%;

- acquisto di un'opzione *Floor* che paga la differenza tra lo *strike* del 2% e l'Euribor 6M se il sottostante Euribor 6M è inferiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione *Cap* che paga la differenza tra l'Euribor 6M e lo *strike* del 3% se il sottostante Euribor 6M è superiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso dello 0,20% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 2%, nulla altrimenti;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso del 1,30% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 3%, nulla altrimenti;

[192] Considerando, ad esempio, il pagamento di un tasso fisso/variabile mediamente del 4% ed un tasso di inflazione del 2%, la differenza del 2% sul nozionale di 4,5 mil.ni, consente alla banca di introitare € 90.000 all'anno e coprire in dieci anni capitale, interessi e commissione.

- dal 2/11/06 al 3/11/08:

- vendita del tasso fisso del 2,20%;

- acquisto di un'opzione *Floor* che paga la differenza tra lo *strike* del 2,20% e l'Euribor 6M se il sottostante Euribor 6M è inferiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione *Cap* che paga la differenza tra l'Euribor 6M e lo *strike* del 3,75% se il sottostante Euribor 6M è superiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso dello 0,70% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 2,20%, nulla altrimenti;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso del 1,35% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 3,75%, nulla altrimenti;

- dal 3/11/08 al 2/11/14:

- vendita del tasso fisso del 2,50%;

- acquisto di un'opzione *Floor* che paga la differenza tra lo *strike* del 2,50% e l'Euribor 6M se il sottostante Euribor 6M è inferiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione *Cap* che paga la differenza tra l'Euribor 6M e lo *strike* del 3,75% se il sottostante Euribor 6M è superiore allo stesso *strike*;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso del 1,45% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 2,50%, nulla altrimenti;

- vendita di un'opzione digitale di tipo *Cash or Nothing Call* che paga il tasso fisso del 1,85% se il sottostante tasso Euribor 3M è superiore allo *strike* del 5%, nulla altrimenti.

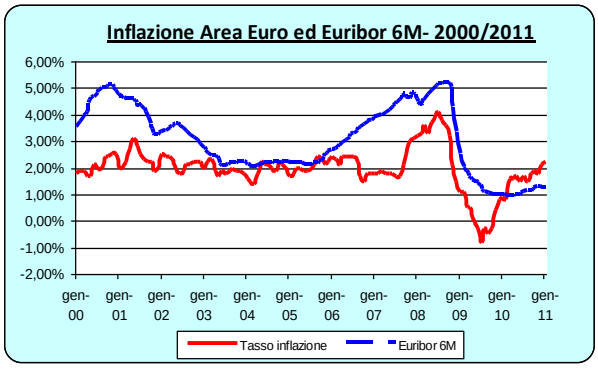
L'inflazione nell'area Euro, a partire dal '00, si è mantenuta su un livello piuttosto stabile nell'intorno del 2%, ad eccezione degli anni 2008-2009 in cui si è

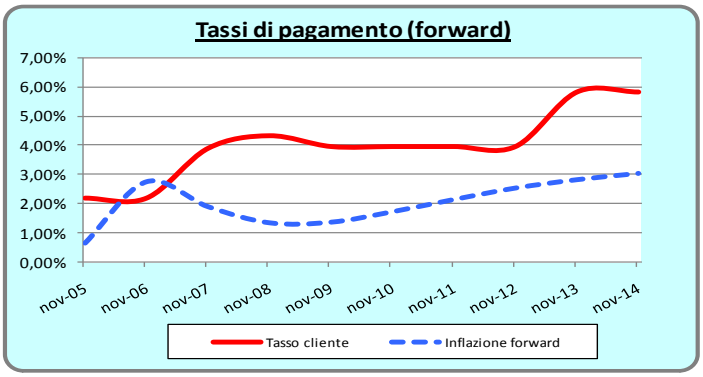
assistito a delle oscillazioni più ampie, conseguenza della particolare tensione che ha caratterizzato il ciclo economico negli ultimi anni.

Il presidio posto dalla Banca Centrale Europea alla stabilità dei prezzi, e lo stretto controllo dei tassi a breve, consente all'intermediario di assicurarsi flussi annuali positivi, seppur aleatori nell'ammontare. L'impegno assunto dalla Società risulta frequentemente attestato intorno all'Euribor 6M e sempre superiore al 2%. Di regola, al manifestarsi di pressioni inflattive nell'area Euro, la BCE reagisce innalzando il livello del tasso di riferimento, con inevitabili ripercussioni anche sui tassi di mercato, quali l'Euribor. Di conseguenza, la politica monetaria della BCE garantisce alla Banca di ricevere un flusso netto positivo dal contratto in parola: un aumento dell'inflazione potenzialmente capace di produrre vantaggi alla società risulta vanificato dal contestuale innalzamento dei tassi da parte della BCE[193].

Considerato il valore dell'Euribor 6M al 29/10/04 pari a 2,20%, le aspettative del mercato espresse dalla curva dei tassi Forward, nonché le considerazioni macroeconomiche sopra riportate, si poteva ritenere, al momento della sottoscrizione, che con elevata probabilità il tasso a carico della Banca difficilmente avrebbe potuto sopravanzare quanto corrisposto dal cliente. In data 9/11/07, la Banca ha risolto il contratto chiedendo il rimborso della somma di € 529.842, corrispondente al *mark to market*.

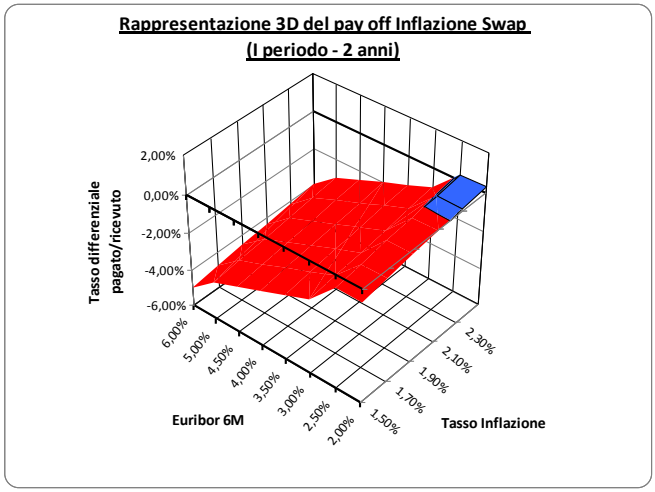
[193] Il grafico seguente evidenzia che ad un incremento dell'inflazione si accompagna, di regola, un parallelo aumento dell'Euribor. Solo nell'ultimo anno si riscontra un tasso di inflazione superiore al tasso Euribor 6M, conseguenza dell'eccezionale crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Europa e che ha indotto la BCE ad immettere sul mercato un'elevata liquidità mantenendo i tassi ad un livello molto basso.





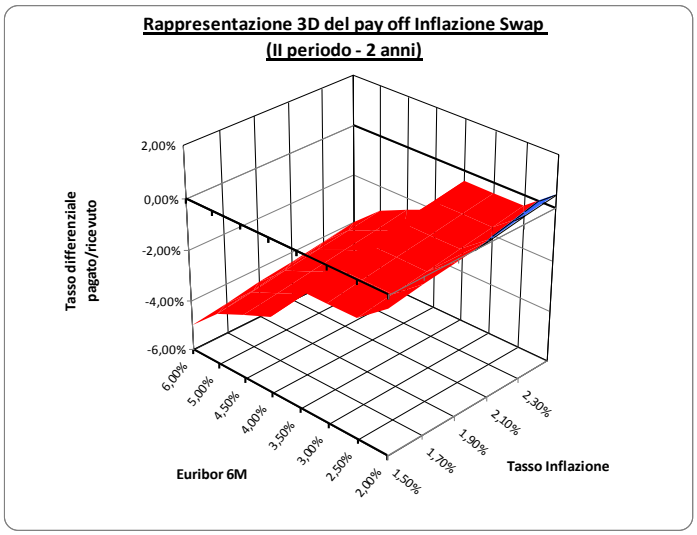
Nei grafici seguenti è rappresentato il *pay-off* della società nei tre periodi in cui è suddiviso il contratto. Si evidenzia che le modestissime chance di cui dispone la società nel contratto in parola sono connesse all'abbinamento di un'Euribor basso con un'inflazione alta, possibilità praticamente esclusa al momento dell'operazione.

Il contratto risulta *non par*: gli impegni posti a carico delle parti risultano significativamente sbilanciati a danno della società, sia per l'elevato *up-front* sia per i consistenti margini occulti trattenuti dalla Banca[194]. Solo nominalmente il contratto è uno swap, la reale struttura rappresenta un flusso finanziario unidirezionale a ripianamento dell'esposizione creata in precedenza.

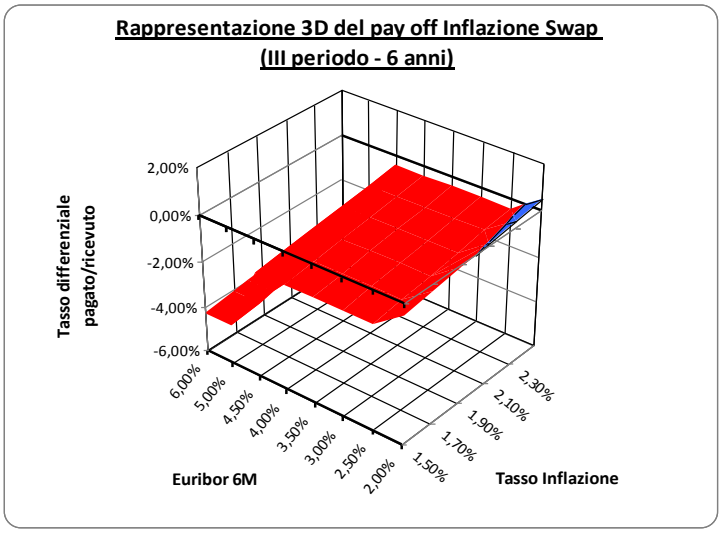


In blu è rappresentata l'area di guadagno della Società, in rosso l'area di perdita

[194] La stima del valore di mercato del contratto di *Inflazione Swap* alla data di sottoscrizione, 29/10/04, risulta pari a € 859.314 (cfr. Tavola 4): considerato l'*up-front* di € 502.000 il margine implicito ed occulto trattenuto dalla stessa è pari a € 357.314 corrispondente al 7,94% del nozionale di riferimento (€ 4.500.000).



In blu è rappresentata l'area di guadagno della Società, in rosso l'area di perdita



In blu è rappresentata l'area di guadagno della Società, in rosso l'area di perdita

Il contratto atipico posto in essere, sotto l'apparenza di *"scambio di due rischi connessi, riferiti e* par*ametrati ai sottostanti"*, nella sostanza finanziaria realizza il rientro di un finanziamento di € 502.000 al tasso ex ante del 15,98%, determinato attraverso i seguenti passaggi di calcolo:

1) dalla *zero rate swap*, attraverso iterazioni successive di approssimazione, si individua nel valore del 2,31%, lo *spread* che occorre sottrarre alla quota del cliente, o sommare alla quota della banca, per portare a zero la distanza fra le due 'gambe' dello swap;

2) lo *spread* del 2,31% annuo, sul nozionale di € 4,5 mil.ni, corrisponde ad una rata costante di € 103.775,61 per n. 10 annualità (cfr. Tavola 5);

3) al piano di ammortamento con rata di ammortamento così determinata, per l'importo di *up-front* di € 502.000, corrisponde un tasso annuo effettivo del 15,98% (cfr. Tavola 6).

La società, all'atto della chiusura anticipata intervenuta il 9/11/07 sulla base del piano dei pagamenti effettivamente addebitati dall'intermediario (addebiti complessivi per € 785.826), ha subito un onere pari al 16,60% dell'*up-front* finanziato: l'affiancamento al finanziamento dell'*Inflazione Swap* – che nello specifico risulta privo di causa – ha determinato ex post per la società un maggior aggravio commisurato allo 0,62%.

L'operazione è finanziariamente equivalente ad un finanziamento di € 502.000 al 15,98% con rimborso distribuito attraverso rate annuali costanti, affiancato da un *Inflazione Swap par*, senza *up-front*, analogo al precedente ma con importi a carico della banca maggiorati del 2,31%.

Inflazione Swap				
Inflazione Swap	Nozionale € 4.500.000			durata 10 anni
	Up-front: 502.000			pag. annuale
	Cliente paga	I periodo	Euribor 6M < 2%	Euribor 6M
			2% ≤ Euribor 6M < 3%	2,20%
			Euribor 6M ≥ 3%	Euribor 6M + 0,5%
		II periodo	Euribor 6M < 2,2%	Euribor 6M
			2,2% ≤Euribor 6M < 3,75%	2,90%
			Euribor 6M ≥ 3,75%	Euribor 6M + 0,5%
		III periodo	Euribor 6M < 2,5%	Euribor 6M
			2,5% ≤Euribor 6M < 5%	3,95%
			Euribor 6M ≥ 5%	5,80%
	Banca paga	tasso inflazione		

Scomposizione Inflazione Swap				
Mutuo	Finanziamento di € 502.000			durata 10 anni
				pag. annuale
	rata costante pari a € 103.775,6 (tasso 15,98%)			
Swap	Nozionale € 4.500.000			durata 10 anni
	Cliente paga	I periodo	Euribor 6M < 2%	Euribor 6M
			2% ≤ Euribor 6M < 3%	2,20%
			Euribor 6M ≥ 3%	Euribor 6M + 0,5%
		II periodo	Euribor 6M < 2,2%	Euribor 6M
			2,2% ≤Euribor 6M < 3,75%	2,90%
			Euribor 6M ≥ 3,75%	Euribor 6M + 0,5%
		III periodo	Euribor 6M < 2,5%	Euribor 6M
			2,5% ≤Euribor 6M < 5%	3,95%
			Euribor 6M ≥ 5%	5,80%
	Banca paga	tasso inflazione + 2,31%		

Le pubblicazioni trimestrali del Ministero dell'Economia riportano, per la categoria "altri finanziamenti alle imprese effettuati dalle banche", per il IV trimestre '04, un valore della soglia dell'8,63%.

Emerge dalle evidenze di calcolo che sia il tasso implicito sia il tasso effettivamente subito risultano entrambi apprezzabilmente superiori alla soglia d'usura.

6. LA RIFERIBILITÀ DELLA CONDOTTA USURARIA IN CAPO AGLI ORGANI SOCIALI.

6.1 La posizione di garanzia e la strutturazione delle deleghe.

Ancorché accostati e connessi, occorre tenere distinti i destinatari 'potenziali' dei precetti penali, i così detti 'garanti', dalle effettive posizioni nelle quali si accentrano i doveri penalmente sanzionati. Persona fisica 'garante' agli effetti penali è la persona tenuta a rendere operativa, per sua posizione funzionale, la garanzia disposta dalla norma. Ma la riferibilità della posizione di garanzia della norma penale, la pregnanza e misura della responsabilità omissiva o commissiva sono strettamente collegate alla distribuzione dei poteri decisionali nell'organizzazione della struttura bancaria, in una stretta corrispondenza fra compiti, deleghe, poteri e strumenti di intervento.

L'attività creditizia, per la particolarità della funzione svolta, di precipuo rilievo costituzionale, già da lungo tempo è sottoposta ad una rigida normativa di definizione, chiarezza e trasparenza dei compiti e funzioni in un quadro regolamentare altamente strutturato, nel quale risorse, strumenti, professionalità e rapporti funzionali sono organizzati nel disegno strategico definito dal vertice aziendale. In tale ambito i limiti e l'intensità della responsabilità di vertice risultano strettamente connesse al modello organizzativo adottato e alla sua corretta gestione e controllo.

Nel quadro giuridico delineato, l'approntamento di un'efficiente struttura di monitoraggio costituisce un tutt'uno con gli obblighi di conformità alla legge e deve necessariamente essere ricondotto a ruoli e figure professionali di vertice, in grado di adottare scelte aziendali che preservino e presidino l'attività creditizia, anche dalla sola eventualità e rischio che, nei rapporti con l'ampia platea della clientela, venga meno il rispetto di norme di legge, tanto più se sanzionate penalmente[195].

[195] Obblighi di *compliance* concepiti più come costi di bilancio e vincoli operativi che come responsabile partecipazione al mercato del credito, per un funzionale sviluppo dell'attività produttiva del paese, hanno talora indotto condotte, più che "indifferenti", intenzionalmente rivolte a travisare lo spirito della norma penale, per cogliere benefici di rimarchevole dimensione. Sospinti comportamenti *border line*, anche se travalicano i limiti occasionalmente e per importi moderati, apportano complessivamente un apprezzabile contributo al bilancio dell'intermediario, a danno di una diffusa schiera di clientela. Considerata la platea di oltre 85 milioni di rapporti nell'intero sistema paese, il reato di usura diffusa,

Un'attenzione particolare va riposta nelle modalità, criteri e algoritmi previsti nel sistema informativo volto a prevenire l'applicazione di condizioni esuberanti le soglie d'usura. La predisposizione di software carenti e/o inadeguati a prevenire e segnalare gli sforamenti delle soglie d'usura pone il vertice aziendale in una situazione di inconsapevolezza, che non solleva bensì aggrava la posizione dello stesso nei confronti del reato.

La responsabilità di impiegare un sistema organizzativo imperfetto e lacunoso, in particolare un sistema informativo inadeguato a prevenire, prima ancora di segnalare, gli sforamenti delle soglie d'usura, trascende la colpa e il dolo eventuale: su una vasta platea di clientela l'evento dannoso diviene certo e diffuso.

In una struttura bancaria, anche in realtà dimensionali minori, la posizione di garanzia dell'art. 644 c.p. si frastaglia e distribuisce tra funzioni e posizioni secondo regole ed assetti organizzativi che qualificano e delimitano la natura e l'estensione della responsabilità di presidio, con più frequenti margini di sovrapposizione che di esclusione della responsabilità stessa.

Di riflesso l'accertamento della riferibilità della condotta usuraria non può prescindere da un'accurata analisi del funzionigramma[196] dell'istituto di credito, dei compiti delegati, dei rapporti e flussi informativi tra le posizioni di garanzia.

Più che individuare le posizioni di garanzia del rispetto della disposizione normativa – agevolmente riscontrabili nell'organigramma aziendale – arduo e complesso risulta pertanto ricostruire compiutamente gli elementi di valutazione, le interconnessioni ed i rapporti sinergici e funzionali, che possono delineare i contorni, la natura e la rilevanza delle posizioni coinvolte nell'opera di prevenzione del reato, distinguendo gli elementi di colpa dagli elementi di dolo.

I soggetti di vertice sono i primi e naturali garanti della norma penale. In termini di responsabilità di posizione è ricondotto al detentore dei poteri più elevati il dovere di adottare decisioni che assicurino l'osservanza dei precetti legali. Per la

---

più che un rischio, può divenire, in strutture carenti di controllo, una certezza, che travalica la figura del dolo eventuale.

[196] Si distingue il funzionigramma che fa riferimento alle effettive funzioni svolte, dall'organigramma che invece è riferito alle formali responsabilità: non sempre i due aspetti coincidono.

funzione apicale il presupposto per margini di esonero da responsabilità è strettamente legato all'adozione, attuazione e gestione di un efficace modello organizzativo idoneo a prevenire, ancor prima che correggere, il verificarsi di reati penali.

Al Consiglio di Amministrazione sono demandati i poteri decisori in materia di erogazione del credito, nell'ambito dei più generali poteri d'indirizzo dell'impresa. A tale organo, e più in generale al vertice aziendale, vengono richiesti, dal TUB (D. Lgs. 385/93, art. 26) e dal Regolamento ministeriale, requisiti di elevata professionalità e competenza[197]. I poteri e requisiti detenuti comportano l'incardinarsi in capo

[197] Decreto18 marzo 1998, n. 161 del Ministro del tesoro.

Art. 1 - Requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione di banche s.p.a. e di banche popolari.

1. I consiglieri di amministrazione delle banche costituite in forma di società per azioni e delle banche popolari devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza fra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di:

a) attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese;
b) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all'attività della banca;
c) attività d'insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche;
d) funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo ovvero presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con i predetti settori purché le funzioni comportino la gestione di risorse economico finanziarie.

2. Il presidente del consiglio di amministrazione deve essere scelto secondo criteri di professionalità e competenza fra persone che abbiano maturato un'esperienza complessiva di almeno un quinquennio attraverso l'esercizio dell'attività o delle funzioni indicate nel comma 1.

3. L'amministratore delegato e il direttore generale devono essere in possesso di una specifica competenza in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa maturata attraverso esperienze di lavoro in posizione di adeguata responsabilità per un periodo non inferiore a un quinquennio. La medesima esperienza può essere stata maturata in imprese aventi una dimensione comparabile con quella della banca presso la quale la carica deve essere ricoperta. Analoghi requisiti sono richiesti per le cariche che comportano l'esercizio di funzioni equivalenti a quella di direttore generale.

4. Il consiglio di amministrazione, nel verificare, ai sensi dell'articolo 26, comma 2, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, la sussistenza dei requisiti previsti dai commi 2 e 3, valuta l'esperienza anche in relazione alle esigenze gestionali della banca, indicando nel verbale della riunione le valutazioni effettuate.

Art. 2 - Requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione di banche di credito cooperativo.

1. Il presidente del consiglio di amministrazione delle banche di credito cooperativo deve aver svolto per un periodo non inferiore a un anno:

a) le attività o le funzioni di cui al precedente articolo 1, comma 1;

agli stessi della posizione di garanti degli interessi protetti dalla norma penale (art. 644 c.p.).

Nella moderna organizzazione è un dato di fatto inevitabile la scissione fra potere decisionale e sapere tecnico, la ripartizione di compiti, la valorizzazione di competenze differenziate. La garanzia esigibile dal vertice assume una veste a tutto campo, ma non in termini di adempimenti personalmente dovuti (*ad impossibilia nemo tenetur*): non necessita, in altri termini, un sapere specialistico in ogni distinto campo, bensì si richiede un impegno organizzativo volto ad assicurare che i 'saperi' specialistici necessari siano reperiti, distribuiti nella struttura ed interagiscano sinergicamente e responsabilmente nell'ambito di un organismo coordinato dal vertice stesso. Quanto più complessa è l'organizzazione e distante il centro decisionale dai centri esecutivi, tanto più ampia risulta la rete di soggetti coinvolti nell'adempimento della garanzia: dal livello più elevato per la predisposizione di adeguate condizioni dispositive, informative e strutturali, al livello più periferico per il controllo immediato sull'esecuzione dell'attività. Solo un'opera attenta di individuazione e delimitazione dei contributi all'illecito consente di misurare e valutare la misura di rimproverabilità soggettiva, ragguagliata agli effettivi poteri impeditivi, distinguendo, soprattutto nel concorso mediante omissione, la 'conoscibilità' dalla conoscenza, opportunamente coordinate con la diligenza e l'eventuale presenza di segnali di allerta.

Tassi di interesse, Commissioni di Affidamento e Scoperto, spese, elementi qualificanti il contratto bancario, rappresentano il nucleo costitutivo dell'attività di

---

b) attività di insegnamento in materie attinenti al settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo;

c) attività di amministrazione, direzione o controllo nel settore della cooperazione o in enti a carattere mutualistico.

2. Per la carica di direttore generale o per quella che comporti l'esercizio di funzione equivalente è richiesta un'adeguata esperienza di lavoro in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa per un periodo non inferiore a un biennio.

3. Il consiglio di amministrazione, nel verificare, ai sensi dell'articolo 26, comma 2, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, la sussistenza dei requisiti previsti dai commi 1 e 2, valuta l'esperienza anche in relazione alle esigenze gestionali della banca, indicando nel verbale della riunione le valutazioni effettuate.

Art. 3 - Requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di controllo di banche

1. I soggetti competenti al controllo dei conti delle banche, devono essere iscritti nel registro dei revisori contabili.

erogazione del credito, posto sotto l'egida strategica del Vertice aziendale. La determinazione fattuale di tali elementi é demandabile a livelli organizzativi diversi: le modalità con le quali viene predisposto ed esercitato il potere di delega consente di valutarne gli effetti sulla posizione del delegante e del delegato.

Frequentemente l'evoluzione organizzativa dell'intermediario bancario ha condotto ad una progressiva erosione dei margini discrezionali operativi delle strutture periferiche, alle quali sono al più rimesse facoltà propositive, mentre le decisioni sono assunte da Comitati centrali e trasversali.

Il ruolo del Consiglio di Amministrazione è stato ampiamente rivisitato dalla riforma societaria e dalla normativa di vigilanza. Ad esso vengono ricondotte significative attività di direzione e controllo: la definizione e gestione delle strategie industriali della banca si accompagna ad una pregnante consapevolezza dei rischi a cui la banca si espone e ne discende conseguentemente una diretta assunzione di responsabilità sulle modalità con le quali questi sono rilevati, valutati e gestiti[198]. Tra tali ri-

---

[198] *"Il corretto assolvimento di funzioni ampie e cruciali richiede che negli organi di supervisione e gestione siano presenti soggetti:*

• pienamente consapevoli dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni che ciascuno di essi è chiamato a svolgere (funzione di supervisione o gestione; funzioni esecutive e non; componenti indipendenti, ecc.);

• dotati di professionalità adeguate al ruolo da ricoprire, anche in eventuali comitati interni al consiglio, e calibrate in relazione alle caratteristiche operative e dimensionali della banca;

• con competenze diffuse tra tutti i componenti e opportunamente diversificate, in modo da consentire che ciascuno dei componenti, sia all'interno dei comitati di cui sia parte che nelle decisioni collegiali, possa effettivamente contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca;

• che dedichino tempo e risorse adeguate alla complessità del loro incarico.

L'attenzione va posta su tutti i componenti, ivi compresi quelli non esecutivi: questi sono compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio e chiamati a svolgere un'importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi.

L'autorevolezza e la professionalità di questi soggetti devono essere adeguate a quei compiti, sempre più determinanti per la sana e prudente gestione della banca: è quindi fondamentale che anche la compagine dei consiglieri non esecutivi possegga ed esprima adeguata conoscenza del business bancario, delle dinamiche del sistema economico-finanziario, della regolamentazione della finanza e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi. Si tratta di conoscenze essenziali per l'efficace svolgimento dei compiti loro richiesti." (Applicazione delle disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, Banca d'Italia, 11/1/12).

schi non ultimo è quello della conformità alle norme, che ha ricevuto, più di recente, dalle disposizioni di vigilanza un'attenzione tutta particolare[199].

Non per questo viene sottratto alcunché ai compiti di controllo del Collegio Sindacale che, dopo il passaggio alla società di revisione delle attività di verifica sulla regolare tenuta della contabilità aziendale, viene ad assumere significative responsabilità sia sul sistema dei controlli di conformità, sia, più in generale, sui controlli

---

[199] "*Il rischio di non conformità alle norme è il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (leggi, regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (ad es., statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina).*
Poiché il rischio di non conformità alle norme è diffuso a tutti livelli dell'organizzazione aziendale, soprattutto nell'ambito delle linee operative, l'attività di prevenzione deve svolgersi in primo luogo dove il rischio viene generato: è pertanto necessaria un'adeguata responsabilizzazione di tutto il personale.
La funzione di conformità alle norme presiede, secondo un approccio risk based, alla gestione del rischio di non conformità con riguardo a tutta l'attività aziendale, verificando che le procedure interne siano adeguate a prevenire tale rischio. A tal fine, è necessario che la funzione di conformità alle norme abbia accesso a tutte le attività della banca, centrali e periferiche, e a qualsiasi informazione a tal fine rilevante, anche attraverso il colloquio diretto con il personale.
I principali adempimenti che la funzione di conformità alle norme è chiamata a svolgere sono:
• *l'ausilio alle strutture aziendali per la definizione delle metodologie di valutazione dei rischi di non conformità alle norme;*
• *l'individuazione di idonee procedure per la prevenzione del rischio rilevato, con possibilità di richiederne l'adozione; la verifica della loro adeguatezza e corretta applicazione;*
• *l'identificazione nel continuo delle norme applicabili alla banca e la misurazione/valutazione del loro impatto su processi e procedure aziendali;*
• *la proposta di modifiche organizzative e procedurali finalizzate ad assicurare un adeguato presidio dei rischi di non conformità identificati;*
la predisposizione di flussi informativi diretti agli organi aziendali e alle strutture coinvolte (ad es.: gestione del rischio operativo e revisione interna);
• *la verifica dell'efficacia degli adeguamenti organizzativi (strutture, processi, procedure anche operative e commerciali) suggeriti per la prevenzione del rischio di non conformità alle norme.*
Per le norme più rilevanti ai fini del rischio di non conformità, quali quelle che riguardano l'esercizio dell'attività bancaria e di intermediazione, la gestione dei conflitti di interesse, la trasparenza nei confronti della clientela e, più in generale, la disciplina posta a tutela del consumatore, e per quelle norme per le quali non siano già previste forme di presidio specializzato all'interno della banca, la funzione è direttamente responsabile della gestione del rischio di non conformità." (Banca d'Italia, Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° aggiornamento del 2 luglio 2013).

trasversali estesi a tutta l'organizzazione aziendale, curati direttamente e attraverso l'Audit interno. Ad esso spetta il compito di ricondurre ad unità e coordinare i diversi e numerosi attori dell'azione di controllo.

Il Collegio sindacale contribuisce a fornire al Consiglio di Amministrazione elementi valutativi indipendenti sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla corretta gestione dei rischi aziendali. E' previsto altresì il diretto riferimento del Collegio Sindacale alla stessa Autorità di Vigilanza per le irregolarità e violazioni delle norme che presiedono l'attività bancaria (art. 52 TUB, D. Lgs. 385/93)[200].

Occorre inoltre rilevare che, a seguito della riforma societaria del '03, possono essere adottati vari modelli di governo societario: accanto al modello tradizionale, è previsto il modello dualistico e quello monistico.

Nell'ambito bancario è rimasto prevalente il sistema tradizionale, incentrato sul Consiglio di Amministrazione, ma alcune banche di rilevante dimensione hanno ritenuto più rispondente l'adozione del sistema dualistico. La specificità essenziale di quest'ultimo è incentrata nel Consiglio di Sorveglianza, nominato direttamente dall'Assemblea. E' questo che nomina il Consiglio di gestione della banca, approva

---

[200] *Articolo 52. (Comunicazioni del collegio sindacale e dei soggetti incaricati della revisione legale dei conti)*

1. Il collegio sindacale informa senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria. A tali fini lo statuto della banca, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato, assegna all'organo che svolge la funzione di controllo i relativi compiti e poteri.

2. Il soggetto incaricato della revisione legale dei conti comunica senza indugio alla Banca d'Italia gli atti o i fatti, rilevati nello svolgimento dell'incarico, che possano costituire una grave violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria ovvero che possano pregiudicare la continuità dell'impresa o comportare un giudizio negativo, un giudizio con rilievi o una dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio sul bilancio. Tale soggetto invia alla Banca d'Italia ogni altro dato o documento richiesto.

3. I commi 1, primo periodo, e 2 si applicano anche ai soggetti che esercitano i compiti ivi previsti presso le società che controllano le banche o che sono da queste controllate ai sensi dell'articolo 23.

4. La Banca d'Italia stabilisce modalità e termini per la trasmissione delle informazioni previste dai commi 1 e 2.

il bilancio di esercizio, delibera in ordine alle operazioni strategiche predisposte dal Consiglio di gestione ed esercita alcune funzioni proprie del Collegio sindacale[201].

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

La delega va valutata per i suoi effetti sia sulla posizione del delegante, sia su quella del delegato: occorre accertare sotto quali condizioni la delega possa avere per il delegante un'effettiva efficacia liberatoria. Ai doveri connessi alla delega devono essere associati i necessari poteri per un corretto adempimento.

Si distingue in dottrina la delega di funzioni, nella quale viene a costituirsi sul delegato una posizione di garanzia con il ritrarsi della sfera di competenza del delegante, dalla delega di esecuzione, che lascia integra la posizione di garanzia del delegante.

Un orientamento dottrinario rigido ritiene necessaria una delega formale per iscritto, che consenta di verificare quali poteri siano stati attribuiti al delegato e quali siano i limiti degli stessi. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario (Cass. Sez. III 6/6/07 n. 32014; Cass. Sez. III 13/3/03 n. 22931; Cass. Sez. IV 4/9/97 n. 9715) non ritiene necessaria una delega formalmente scritta, risultando sufficiente che la ripartizione delle funzioni fra delegante e delegato emerga chiaramente dalla situazione di fatto.

Si rende pertanto indispensabile individuare con precisione i requisiti e contenuti di una delega di funzioni, sia pure implicita, che induca un effetto liberatorio per l'organo delegante, avendo presente i rischi di una deresponsabilizzazione nei ca-

[201] Nel sistema monistico, del tutto marginale nella pratica bancaria, la gestione spetta esclusivamente al Consiglio d'Amministrazione che, al suo interno, costituisce un comitato per il controllo con funzioni similari a quelle del Collegio Sindacale.

si di deleghe implicite fumose ed indeterminate. La posizione apicale rimane contitolare del potere implicitamente delegato nel caso di delega indeterminata agli organi semiapicali[202].

La delega non trasforma il delegato nell'unico destinatario del precetto penale: la norma penale risulterebbe altrimenti elusa per un atto di autonomia negoziale, in violazione dei principi di inderogabilità e tassatività della norma stessa. La delega, conferita dal soggetto titolare della posizione soggettiva e qualificata, ad un soggetto diverso non trasferisce in capo a questo la posizione giuridica tipica, prevista dalla legge, ma ha l'effetto, più limitato, di escludere la colpevolezza (l'elemento soggettivo del reato) del delegante sempre che a carico di questi non sia ravvisabile una "*culpa in vigilando*".

Il delegante che violi il dovere di controllo sarà chiamato a rispondere in concorso con il delegato inadempiente. Per effetto della delega, infatti, quest'ultimo viene contrattualmente investito di una posizione di garanzia derivata ed autonoma, che si aggiunge, non si sostituisce, a quella originaria. Quest'ultima, da generale posizio-

[202] La Corte d'Appello di Reggio Calabria, Seziona Penale ha reputato di non condividere la prospettazione fatta propria dal Tribunale di Palmi accogliendo la quale si giunge alla non accettabile conclusione che basti una delega qualunque, anche generica e persino in bianco, per esonerare da responsabilità chi ha il carico delle decisioni strategiche dell'impresa, tra le quali, nell'ambito dell'attività creditizia, rientra la determinazione dei tassi di interesse da applicare alla clientela nella vendita del denaro e la determinazione della C.M.S., che, quale componente la 'struttura della remunerazione', appartiene all'ambito degli impegni qualificanti il contratto bancario e non può ritenersi attività estranea all'area di competenza e responsabilità dell'organo di gestione (Consiglio di Amministrazione). La soluzione del giudice di prime cure non ha convinto la Corte d'Appello poiché in essa è concretamente ravvisabile il rischio di deresponsabilizzazione e di evaporazione di responsabilità di chi, ricoprendo un ruolo apicale all'interno dell'impresa, è detentore del potere decisionale più elevato che nessun vincolo avrebbe a far buon uso dei poteri che gli sono attribuiti e che, *in primis*, gli impongono di adottare soluzioni organizzative che assicurino l'osservanza dei precetti penali da parte dell'intera organizzazione.
Le istruzioni della Banca d'Italia impongono una rigorosa regolamentazione delle deleghe, dalla quale deriva che i compiti e le responsabilità sono allocati in modo chiaro ed appropriato, con costante verifica dell'esercizio dei poteri delegati.
In particolare, in materia di erogazione del credito, attività qualificante gli istituti creditizi, non è sufficiente appellarsi all'esistenza di indeterminate deleghe a cascata dovendo le deleghe risultare da delibera del Consiglio di Amministrazione ed essendo indispensabile che la griglia ed i limiti di eventuali deleghe a cascata siano costantemente documentati, così che il soggetto delegante possa periodicamente essere informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di effettuare le opportune verifiche. (C. Appello, Sez. Pen., Reggio Calabria, n. 10971/10).

ne di garanzia, si specifica nel potere-dovere di sorveglianza e controllo e non si interrompe necessariamente al momento della successione nella posizione di garanzia[203].

Un punto critico è costituito dal dovere di vigilanza che persiste in capo al delegante. Il rischio è la costituzione in capo allo stesso di un'occulta responsabilità oggettiva di '*culpa in vigilando*' ogni qualvolta si verifichi l'evento irregolare presidiato.

"*E' vero che nelle imprese di grandi dimensioni, come sostenuto dalla difesa, si pone la delicata questione, attinente all'individuazione del soggetto che assume su*

---

[203] "*In sostanza, in presenza di strutture aziendali complesse, la delega di funzioni esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti se sono il frutto di occasionali disfunzioni; quando invece sono determinate da difetti strutturali aziendali e del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali e quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del delegante permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo.*
In definitiva, anche in presenza di una delega di funzioni ad uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del consiglio non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa ed organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attengono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro.
Nel caso di specie, come si evince dalla contestazione e dalle emergenze della istruttoria dibattimentale esposte nelle sentenze di merito, la violazione della disposizioni sull'igiene del lavoro erano talmente gravi, reiterate e "strutturali", da richiedere decisioni di alto livello aziendale non delegabili e proprie di tutto il consiglio di amministrazione ed, in ogni caso, che non sottraevano i suoi componenti da obblighi di sorveglianza e denuncia.
Se ciò vale per i singoli componenti del consiglio, a maggior ragione la posizione di garanzia rimane radicata in capo all'amministratore delegato od al componente del comitato esecutivo.
Ne consegue da quanto detto, che tutti gli imputati, i quali hanno rivestito la carica di consiglieri, presidenti o amministratori delegati del consiglio di amministrazione della Montefibre, hanno assunto una posizione di garanzia, idonea a renderli responsabili delle conseguenze relative al mancato rispetto delle norme sull'igiene del lavoro.
(…) Infine, a fronte della circostanza che nelle cariche sociali gli imputati si sono succeduti nel tempo, va ribadito quanto già più volte affermato da questa Corte di legittimità e che cioè, in caso di successione di posizioni di garanzia, in base al principio dell'equivalenza delle cause, il comportamento colposo del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento, quando tale comportamento non abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente determinata (ex plurimis, Cass. 4^, 27956/08, Stefanacci)" (Cass. Pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991).

di sé, in via immediata e diretta, la posizione di garanzia, la cui soluzione precede, logicamente e giuridicamente, quella della (eventuale) delega di funzioni. In imprese di tal genere, infatti, non può individuarsi questo soggetto, automaticamente, in colui o in coloro che occupano la posizione di vertice, occorrendo un puntuale accertamento, in concreto, dell'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale, così da verificare la eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale (così, esattamente, Sezione 4, 9 luglio 2003, Boncompagni; Sezione 4, 27 marzo 2001, Fornaciari, nonché Sezione 4, 26 aprile 2000, Mantero). In altri termini, nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire tout court all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare l'apparato organizzativo che si è costituito, si da poter risalire, all'interno di questo, al responsabile di settore. Diversamente opinando, del resto, si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri" (Cass. Pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 4123).

Rimane pertanto delicato determinare contenuti e limiti della vigilanza ascrivibile ai diversi livelli di responsabilità, in funzione dei flussi informativi, degli ambiti del controllo e – non da ultimo in un sistema complesso – del sistema informativo posto a supporto dell'espletamento di tale compito.

In questa prospettiva il decidere in luogo del delegato significa, secondo l'insegnamento costante della Suprema Corte, non già un corretto esercizio della vigilanza e controllo da parte del delegante, ma ingerenza o interferenza nell'attività del delegato, con conseguente sostanziale revoca o riduzione della delega e riassunzione diretta del momento esecutivo dell'obbligo proprio del delegante.

6.2 I Sistemi Interni di Controllo e la funzione di conformità.

Nelle moderne strutture societarie la vigilanza del vertice, sull'intero universo dei rischi che coinvolgono l'attività e, in particolare, sui rischi di mancato rispetto di

norme e regolamenti, viene espletata attraverso la realizzazione e gestione di sistemi di controllo, opportunamente organizzati a prevenire e gestire i rischi monitorati.

In questa direzione è orientata la disciplina introdotta dal D. Lgs. 8/6/01, n. 231. Seppur fra i reati presupposti oggetto di specifica previsione del D. Lgs. 231/01 e ss. mod. non figura il reato d'usura, resta comunque il dato qualificante di come debba essere articolato – quale punto di riferimento interpretativo – un modello organizzativo interno al mondo bancario per la valutazione degli effettivi elementi esoneranti la responsabilità degli organi apicali[204].

---

[204] D. Lgs 8 giugno 2001, n. 231 - Art. 6.

Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente

1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.

Nell'attività creditizia, la funzione di conformità alle norme e regolamenti si pone in un ambito autonomo e separato, ricompresa nel generale Sistema di Controlli Interni, che copre l'intero arco dei rischi, dal rischio di mercato ai rischi operativi e di malfunzionamento. "*La funzione di compliance ha il compito specifico di identificare, valutare e gestire il rischio di violazioni normative, assicura che le procedure interne siano coerenti con l'obiettivo di prevenire la violazione di norme di eteroregolamentazione (leggi e regolamenti) e autoregolamentazione (codici di condotta, codici etici) applicabili alla banca. Per lo svolgimento efficace dei suoi compiti, la funzione di compliance deve identificare le norme applicabili alla banca e le aree a rischio di non conformità, costruire procedure organizzative adeguate alla prevenzione di detto rischio e, infine, verificare che le procedure siano efficaci ed effettivamente applicate all'interno dell'azienda.* (A.M. Tarantola, La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie, Milano 4/10/07)

Se in precedenza il rispetto delle norme e regolamenti era ricompreso nei variegati rischi ai quali presiede la revisione interna, con le recenti norme di Vigilanza, la funzione di conformità è stata separata, resa autonoma ed indipendente, riferita direttamente al vertice aziendale.

"*La regolamentazione sulla compliance recepisce i principi guida sulla materia pubblicati nel 2005 dal Comitato di Basilea. Essa pone particolar e enfasi su alcuni aspetti comuni: il forte commitment degli organi di vertice; la formalizzazione del mandato in termini di compliance policy ; l'autonomia del responsabile della compliance e il suo adeguato posizionamento gerarchico; il riporto diretto ai vertici aziendali; l'assegnazione di autorità, risorse e competenze adeguate quali presupposti di indipendenza della funzione; il rilievo attribuito al monitoraggio dell'esposizione ai rischi di non conformità e al reporting sistematico ai vertici aziendali; l'impulso ad azioni formative e informative su tematiche di conformità, quali strumenti di sviluppo di una cultura aziendale di compliance*." (A.M. Tarantola, op. cit.)

La funzione di conformità costituisce un controllo di 2° livello, ponendosi tra il controllo di linea (1° livello) e il controllo di revisione interna (3° livello): l'uno diretto ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni, affidato alle stesse

strutture produttive, al back office e/o incorporato nelle procedure, l'altro volto a verificare periodicamente l'adeguatezza e efficacia della funzione di conformità.

Per una prospettazione chiara e completa delle responsabilità nell'ambito delle banche si può far riferimento alla regolamentazione disposta dalla Banca d'Italia con i provvedimenti del 10/7/07, 4/3/08, 11/1/12 e 2/7/13 che in buona misura rappresentano l'organizzata strutturazione di criteri e principi che, a partire dal T.U.B. (D. Lgs. 385/93), sono venuti maturando e stratificandosi nelle disposizioni di vigilanza.

Con decreto 5 agosto '04, il Ministro dell'Economia, quale Presidente del CICR, ha emanato criteri generali e linee di indirizzo in materia di organizzazione e governo societario delle banche, al fine di perseguire '*la sana e corretta gestione degli intermediari medesimi in un contesto di trasparenza dei comportamenti'*, prevedendo tra l'altro:

a) un modello di amministrazione e controllo volto a garantire l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli;

b) il bilanciamento dei poteri dei diversi organi sociali e la dialettica interna;

c) poteri e responsabilità per ogni livello decisionale precisamente definiti, anche mediante un chiaro sistema di deleghe interne;

d) un sistema di controllo contabile adeguato alla dimensione e complessità della banca, raccordato e coordinato con l'organo e le funzioni di controllo;

Nel luglio del '07 la Banca d'Italia ha emanato specifiche disposizioni in materia di conformità alle norme (*compliance*). Vengono definiti ruolo e responsabilità degli organi di vertice delle banche ed è prevista la costituzione della funzione di *compliance*, quale elemento integrante il sistema dei controlli interni. La nuova funzione è preposta al presidio e alla gestione del rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative o di autoregolamentazione[205]. Un'ulteriore rivisitazione dell'assetto normativo è intervenuta il 2/7/13.

[205] "*In tale prospettiva, essa risponde, al pari degli altri strumenti di controllo interno della banca, a una logica soprattutto di prevenzione, anche attraverso il coordinamento e*

Appare restrittiva una funzione di *compliance* circoscritta alla semplice verifica della coerenza operativa della banca con le norme e regolamenti: l'oggetto dell'attività si estendo oltre la violazione della norma in sé per cogliere e prevenire il rischio stesso di tale violazione. La funzione assolve un compito di prevenzione dovendo tempestivamente individuare, misurare e valutare i rischi di violazione degli assetti normativi e regolamentari.

In merito al ruolo e alla responsabilità degli organi della banca, le disposizioni prevedono che il Consiglio di Amministrazione e il Collegio Sindacale sono responsabili della supervisione complessiva del sistema di gestione del rischio di non conformità alle norme[206]. Il Consiglio di Amministrazione, sentito il Collegio Sindacale, con apposita delibera approva le politiche di gestione del rischio, ivi inclusa la costituzione di una funzione di conformità alle norme, permanente e indipendente[207].

---

l'integrazione di attività in parte già svolte, seppur in modo frammentato, dagli intermediari. In effetti, le Istruzioni di vigilanza per le banche già annoverano tra gli obiettivi del sistema dei controlli interni la conformità alle norme e il presidio dei rischi, ivi compresi quelli di natura operativa, legale e reputazionale (Cfr. Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo IV, Capitolo II, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999). (…) L'evoluzione dell'ordinamento in direzione di una maggiore tutela del risparmiatore e del consumatore, se da un lato rafforza e consolida le relazioni con la clientela, dall'altro accentua anche il rischio per gli intermediari di incorrere in sanzioni e risarcimenti. Anche la crescita delle dimensioni aziendali e talune opzioni di tipo organizzativo, come l'esternalizzazione di funzioni aziendali (outsourcing), accrescono l'esposizione ai rischi legali e reputazionali. (…) Le autorità di vigilanza si stanno interrogando sulle vulnerabilità insite nei nuovi modelli operativi delle banche, sulle implicazioni sotto i profili contabili, di risk management e prudenziali; stanno valutando se introdurre eventuali modifiche per migliorare il sistema degli incentivi regolamentari; annettono grande importanza all'efficace presidio dei rischi legali e reputazionali da parte degli intermediari, attraverso, tra l'altro, un'efficace funzione di compliance." (G. Boccuzzi; Banca d'Italia, Bancaria n. 2/08).

[206] Nel modello dualistico, responsabilità ed incombenze sono riposte sul Consiglio di Sorveglianza e sul Consiglio di gestione.

[207] *L'impostazione e i contenuti della disciplina della compliance condividono i tratti di fondo della più recente regolamentazione di vigilanza: (…) la crescente enfasi sul ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo (governance alta); gli organi aziendali, ciascuno secondo le proprie competenze e responsabilità, sono chiamati a definire le linee essenziali del sistema di gestione del rischio di compliance, curarne l'attuazione, verificarne nel tempo l'efficace funzionamento. Il coinvolgimento del vertice aziendale è fondamentale ai fini dell'efficace presidio del rischio di compliance, anche per il suo carattere diffuso e pervasivo. (…) Su un aspetto la normativa è, invece, più prescrittiva. Essa distingue (obbligo di separatezza) la funzione di conformità dalla funzione di revisione interna (controllo di terzo livello). L'adeguatezza e l'efficacia della funzione di conformità*

Almeno una volta l'anno il Consiglio di Amministrazione, sentito il Collegio Sindacale, valuta l'adeguatezza della funzione di conformità alle norme[208].

Gli organi delegati e il Direttore Generale – secondo le specifiche competenze definite in via generale con riferimento al sistema dei controlli interni – devono assicurare una efficace gestione del rischio di non conformità. A tal fine:

i) definiscono adeguate politiche e procedure di conformità;

ii) stabiliscono canali di comunicazione efficaci per la conoscenza al personale;

iii) assicurano l'osservanza delle procedure e adottano i debiti rimedi in caso di violazione;

iv) delineano flussi informativi volti ad assicurare agli organi di vertice la piena consapevolezza sulle modalità di gestione del rischio di non conformità.

Gli organi delegati e il Direttore Generale, inoltre, con la collaborazione della funzione di conformità, hanno il compito di:

i) identificare e valutare, almeno una volta all'anno, i principali rischi di non conformità a cui la banca è esposta e programmare i relativi interventi di gestione;

---

devono essere sottoposte a verifica periodica da parte della revisione interna (internal audit), in linea con la previsione generale secondo cui l'internal audit è chiamata a valutare l'adeguatezza del complesso sistema di controlli interni della banca." (G. Boccuzzi; Banca d'Italia, Bancaria n. 2/08).

[208] Il 4/3/08 la Banca d'Italia ha emanato disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche. Le disposizioni sono articolate in 'principi generali' e 'linee operative'. In tale ambito, viene ulteriormente precisato in materia di controllo:
a) L'ordinamento affida compiti di controllo al collegio sindacale nel sistema tradizionale, al consiglio di sorveglianza in quello dualistico;
b) L'organo di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni;
c) è opportuno che l'organo di controllo sia specificatamente sentito in merito alle decisioni riguardanti la nomina dei responsabili delle funzioni di controllo interno (revisione interna e controllo di conformità);
d) nell'ambito dei controlli sulla corretta amministrazione, l'organo di controllo verifica e approfondisce cause e rimedi delle irregolarità gestionali, delle anomalie mandamentali, delle lacune degli assetti organizzativi e contabili;
e) nelle banche che affidano il controllo contabile a un revisore esterno, l'organo di controllo, è tenuto a svolgere verifiche sulla gestione e conserva compiti connessi con la valutazione dell'adeguatezza e della funzionalità dell'assetto contabile, ivi compresi i relativi sistemi informativi, al fine di assicurare una corretta rappresentazione dei fatti aziendali.

ii) riferire, di iniziativa e su richiesta, almeno una volta all'anno, al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale, sull'adeguatezza della gestione del rischio di non conformità attuata dalla banca;

iii) fornire tempestiva informazione al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale su ogni violazione rilevante della conformità alle norme.

La funzione di conformità ha il compito specifico di verificare che le procedure interne siano coerenti con l'obiettivo di prevenire la violazione di norme di etero-regolamentazione (leggi e regolamenti) e auto-regolamentazione (codici di condotta, codici etici) applicabili dalla banca[209].

In relazione ai molteplici profili professionali richiesti, le attività della funzione di conformità possono essere affidate a strutture organizzative diverse già presenti in banca, purché il processo di gestione del rischio e l'operatività della funzione siano ricondotti ad unità mediante la nomina di un responsabile che coordini e sovraintenda alle diverse attività.

Alla funzione di conformità viene assicurata l'indipendenza, la dotazione di risorse adeguate e l'accesso a tutte le attività della banca.

Le banche di dimensioni contenute possono affidare lo svolgimento della funzione di conformità a soggetti terzi (es. altre banche del Gruppo ovvero organismi associativi di categoria), dotati di requisiti idonei, tuttavia la responsabilità per la corretta gestione del rischio di non conformità resta in capo alla banca.

Attesa la contiguità tra la funzione di conformità e quella di revisione interna, devono essere chiaramente individuati i rispettivi compiti e responsabilità. Alla revisione interna (Internal Audit), in relazione al compito di verifica dell'adeguatezza ed efficacia della funzione di *compliance*, spettano pertanto valutazioni sull'assetto or-

[209] L'attenzione e rilevanza della funzione si è venuta ampliando considerevolmente in questi ultimi anni. In un intervento dell'11/1/12 il Governatore della Banca d'Italia rilevava: "*Per garantire un governo efficace, unitario e coerente dei rischi, sono necessari una chiara determinazione ex ante dei livelli di rischi, nella loro più ampia accezione (rischi di credito, di mercato, operativi, reputazionali, di liquidità, funding etc); un adeguato contributo e coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti (in primis compliance, risk management, pianificazione strategica), anche attraverso la partecipazione ai lavori del board o, ove costituiti, dei comitati interni ad esso".* (Applicazione delle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, I. Visco, 11/1/12).

ganizzativo di quest'ultima, sulla sua attività svolta, sugli strumenti posti a supporto, sull'attività, consulenza e *reporting* espletata[210]. Se la funzione di conformità è stata esternalizzata, analoghe verifiche verranno condotte dalla revisione interna, coinvolgenti altresì la natura e i termini dell'incarico e le modalità organizzative impiegate dall'*outsourcer*.

Le decisioni strategiche a livello di Gruppo in materia di gestione del rischio di non conformità sono rimesse agli organi aziendali della Capogruppo. Gli organi aziendali delle componenti del Gruppo devono essere consapevoli delle scelte effettuate dagli organi di vertice della Capogruppo e sono responsabili, ciascuno secondo le proprie competenze, dell'attuazione nell'ambito della propria realtà aziendale delle strategie e politiche di gestione del rischio di non conformità. Le attività relative alla funzione di conformità potranno essere accentrate, al fine di conseguire economie di scala, anche attraverso la costituzione di unità specializzate all'interno del Gruppo medesimo; resta fermo, comunque, che in ciascuna banca del Gruppo dovrà essere individuato un referente, che svolga funzioni di supporto per il responsabile di Gruppo della conformità.

6.3 La funzione di conformità prevista dalla Banca d'Italia: aspetti di criticità.

Appare assai stridente la circostanza che, nonostante il pervasivo dispiego di funzioni di controllo e di compliance, l'operatore bancario continui ad essere subissato da denunce e vertenze che impegnano oltre misura Tribunali e Procure. Sorgono ragionevoli perplessità che il modello adottato sia più funzionale al perseguimento degli obiettivi aziendali che al perseguimento di un efficiente mercato del credito. L'Autorità di Vigilanza, nelle direttive impartite all'operatore bancario sembra attribuire una particolare preminenza alla stabilità dell'intermediario e alla creazione di valore per gli azionisti: in questa chiave di lettura vengono espresse e declinate le funzioni di controllo e di compliance: a parte il debole richiamo ad un etica sociale, i rischi reputazionali e di fiducia vengono ricollegati alla ricaduta, immediata e pro-

[210] La funzione di conformità, a differenza della funzione di revisione interna, esercita interventi 'bottom up', verificando che i processi produttivi siano rispondenti alle norme di legge e regolamento. La funzione di revisione ha più un approccio 'top down' valutando l'adeguatezza dei processi di verifica su ciascuno dei rischi sottoposto a presidio.

spettica, esercitata sui margini di profitto e sulle possibilità di sviluppo dell'intermediario. "*Nell'attuale scenario concorrenziale e di rischio, la capacità di orientare efficacemente politiche e procedure di gestione dei rischi a supporto delle strategie aziendali e dell'utilizzo ottimale del capitale è divenuta sempre più fattore critico di successo per gli intermediari; è essenziale ai fini della creazione del valore. Gli intermediari sempre più si orientano da un obiettivo strategico definito in termini di massimo rendimento a uno definito in termini di massimo rendimento corretto per il rischio; il sistema di risk management assume rilievo quale elemento fondamentale del governo aziendale e presupposto competitivo.*" (A.M. Tarantola, La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie, Milano 4/10/07).

Il massimo rendimento, corretto con il rischio reputazionale e di *compliance*, conduce ad una logica costi - benefici, che non si concilia con il corretto ed efficiente svolgimento del mercato, coinvolgendo quegli "interessi pubblici anche di rango costituzionale, quali quelli della tutela dei risparmiatori e degli investitori" che esigono presidi efficaci e sostanziali. La cultura del divieto non può essere ristretta alla misura dei rischi di una sanzione della violazione: l'esperienza di questo ultimo decennio mostra che spesso gli operatori più imprudenti lucrano benefici erodendo la fiducia nel mercato, con nocumento per la generalità degli operatori partecipanti.

Si rileva che le istruzioni dell'Organo di Vigilanza, nel lasciare all'intermediario piena discrezionalità nella scelta delle soluzioni organizzative più idonee ed efficaci, sembrano rimettere all'autonomia delle singole banche la misura del margine di rischio di non conformità.

Osserva Dolmetta come l'accordo di Basilea II assegni rilevanza primaria alla certezza giuridica: prudenza tecnico giuridica richiede '*sia il solido rispetto delle precise regole di legge, sia il rifiuto di soluzioni operative intrinsecamente avventurose o che in un dato momento storico risultino, alla luce del diritto applicato dei diversi Paesi, oggettivamente incerte*'[211]. Nelle Istruzioni relative alla compliance si fa riferimento a norme e regolamenti, ma non si fa alcun cenno alle norme contrattuali e al loro rispetto nella fase esecutiva. Per altro lo spirito della norma, richiamato dalle Istruzioni della Banca d'Italia, come quello del contratto, vivono nelle interpretazioni

[211] A.A. Dolmetta, La funzione di compliance nella Vigilanza bancaria, in il caso.it, doc. n. 279/12

giurisprudenziali e nell'evoluzione del relativo pensiero. Il diritto vivente si è rapidamente evoluto: dal principio rigidamente ancorato all'autonomia negoziale si è venuto modificando, adeguandosi all'evoluzione socio-economica, verso forme di tutela nelle quali rilevano l'asimmetria contrattuale e lo squilibrio negoziale, a maggior presidio dei diritti della parte più debole.

Parlare della norma, dice Dolmetta, senza far cenno alla giurisprudenza, è come tagliare la mela in due e buttare via una delle due parti: "*è compito precipuo della funzione di compliance quello della 'gestione' del diritto vivente (...) non è fuori luogo rimarcare come la dialettica corrente tra giudici e, altresì, quella tra costoro e la dottrina – con tutta la dinamica evolutiva che a ciò consegue in termini di lettura del fatto, come in termini di lettura delle norme (dalle clausole generali in là) - costituisce un valore aggiunto non rinunciabile. Fattore non solo di democrazia e di circolazione delle idee, ma di crescita oggettiva di un sistema. Per non parlare, poi, dei vigenti valori costituzionali.*

Dagli anni '80 a oggi il diritto bancario – anche quello delle operazioni – è molto cambiato: secondo una linea sì spezzata, ma non stoppata nel complessivo suo trend di crescita. E, secondo una ragionevole previsione del futuro, continuerà a cambiare: lungo una presumibile prospettiva di tensioni e fratture interne (si pensi anche solo, per fare degli esempi, alle tematiche di moda nel 2011, da quella della prescrizione dell'azione di ripetizione per le rimesse anatocistiche a quella dei presupposti di ammissibilità del jus variandi bancario). E' onere delle imprese bancarie tenere conto di tanto: più di ogni altra cosa a questo serve, cioè, la funzione di compliance.".

6.4 I presidi informatici.

Le funzioni di presidio sopra delineate sono venute maturando nel tempo: le disposizioni della Banca d'Italia del luglio '07, del marzo '08 e del luglio '13 costituiscono unicamente una esplicita e formale strutturazione e coagulazione di norme stratificatesi nel corso dell'ultimo ventennio.

Particolare rilievo assume il sistema informativo per il rispetto di norme che si estrinsecano in parametri e limitazioni numeriche. L'organizzazione e funziona-

mento devono esprimere con efficacia, affidabilità e precisione le decisioni assunte ai vari livelli organizzativi, contemplando presidi informatici che rendano generalizzato, stabile e continuo il rispetto della compliance. La valenza strategica di tale presidio coinvolge direttamente il vertice aziendale.

Per l'individuazione dei soggetti responsabili, occorre osservare che la fattispecie di usura bancaria, nella sua oggettività, risulta per lo più riconducibile ad una non corretta impostazione dei sistemi informatici preposti a prevenire e segnalare gli sforamenti delle soglie d'usura. Conseguentemente la responsabilità dovrebbe essere riferita principalmente agli organi di vertice degli istituti bancari, in particolare il consiglio di amministrazione, eventualmente in concorso con gli altri organi preposti o delegati a creare, monitorare e accertare il corretto funzionamento del presidio informatico posto a sbarramento dell'usura, in sede di annotazione trimestrale delle competenze.

In tema di usura, un efficiente sistema informativo deve essere munito di un algoritmo di presidio che, al momento dell'addebito alla clientela delle competenze, accerti che il complesso degli interessi, commissioni ed oneri – aggregati secondo una formula di rispetto del dettato normativo – non venga a superare i limiti rivenienti dai decreti del MEF.

L'algoritmo di calcolo predisposto a tal fine costituisce un elemento di pregnante rilevanza per il rispetto della norma penale. Le modalità di costruzione dell'algoritmo, il processo di decisione ad esso collegato, nonché il sistema di test, monitoraggio e reporting forniscono significativi elementi di valutazione delle responsabilità.

Frequentemente le banche, in particolare quelle di dimensioni minori fanno ricorso – per la gestione informatica delle proprie necessità e, quindi, anche per la verifica del rispetto della soglia d'usura – ai servizi prestati in *outsourcing* da Cedracri S.p.A. o altre Società informatiche create dalle banche stesse. Altre banche hanno preferito costituire a latere apposite Società specificatamente preposte a rispondere alle proprie esigenza informatica.

Nell'ambito della procedura di gestione dei c/c, tra i servizi offerti da Cedacri S.p.A., per la Commissione di Massimo Scoperto era prevista una fase di controllo

ed eventuale abbattimento del tasso praticato, nel caso di superamento del tasso soglia. Le procedure create e tenute aggiornate da Cedacri S.p.A. risultano, di regola, coerenti con le Istruzioni volta per volta impartite dalla Banca d'Italia. Note informative, contatti ed incontri vengono promossi da Cedacri S.p.A. con le banche associate, per una completa informazione dei metodi e criteri di verifica: per ogni dubbio e perplessità Cedacri S.p.A. si riferisce costantemente alla Banca d'Italia.

In occasione di ogni aggiornamento Cedacri S.p.A., con nota indirizzata al 'Responsabile dell'Organizzazione', informa preventivamente la banca sulla natura e motivazione dell'intervento, fornendo ove necessario la scheda tecnica delle modifiche e l'implementazione effettuata sul sistema informativo.

I criteri e i principi adottati da Cedacri S.p.A. rispecchiano d'appresso le indicazioni della Banca d'Italia, con i limiti e criticità posti in evidenza nei capitoli precedenti. Nelle pieghe delle 'Istruzioni' e delle FAQ possono trovare collocazione scelte operative più o meno prudenziali.

Le comunicazioni e gli aggiornamenti trasmessi da Cedacri S.p.A. alle banche sono oggetto di valutazione, sia nella fase di concertata predisposizione delle stesse, sia nella fase applicativa.

Considerato l'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore della legge 108/96, sull'inclusione o meno della C.M.S. (e altri oneri) nella verifica dell'usura, l'esame di tali aspetti e dei livelli decisionali coinvolti consentono di pervenire ad una più circostanziata valutazione in merito alla presenza di elementi soggettivi di reato o alternativamente, di circostanze che, pur anche rappresentando la possibilità di incorrere nel reato, potevano far ritenere tale possibilità astratta e remota e pertanto esclusa l'eventualità del verificarsi.

6.4 La riferibilità del reato d'usura.

Come si è illustrato, nel complesso organismo creditizio l'articolazione delle deleghe e il fitto reticolo di controlli estendono apprezzabilmente i presidi di conformità alle norme, ampliando parallelamente la riferibilità del reato d'usura bancario, dal vertice aziendale (Consiglio di amministrazione, Collegio Sindacale, Diretto-

re Generale) alle funzioni intermedie di gestione del credito (Comitati interservizi) e di controllo (Revisione Interna e funzione di compliance), sino ad arrivare alle attività operative (front/back office)[212].

Il particolare interesse pubblico che ricopre la funzione creditizia e la rilevanza del presidio all'usura inducono un'apprezzabile rigidità dei principi che presiedono la gestione dell'intermediario bancario, con una pervasiva e più diffusa responsabilità. Pur rimanendo in capo al vertice aziendale il primario e non delegabile ruolo di presidio alla norma penale, ciascuna posizione viene ad assumere una specifica connotazione di garanzia, con propri contorni di responsabilità, strettamente connessi al modello organizzativo adottato e al contenuto delle deleghe funzionali: nella qualifica e professionalità dei distinti ruoli si incardina il discrimine fra colpa e dolo[213].

---

[212] Si è per altro osservato che là dove le funzioni presentano incerti profili di contiguità e di frequente sovrapposizione, incentrati su forme indirette di controllo, si possono accentuare i conflitti di competenza e i rischi di inefficienza.

[213] Una particolare rilevanza assume la responsabilità dei funzionari che intervengono nel momento iniziale nel quale il contratto viene stipulato. "*Sono certamente condivisibili le osservazioni secondo le quali l'organizzazione bancaria è di tipo complesso e gerarchico ed, in presenza di tali condizioni, la determinazione delle condizioni generali poi concretamente applicate nei singoli rapporti con i clienti spetta ai vertici e non certo ai funzionari.*

Ciò posto, il margine di autonomia riservato ai funzionari nella determinazione delle condizioni contrattuali e dei costi dell'accesso al credito è certamente molto ristretto. Deve osservarsi tuttavia che il momento consumativo del reato di usura – nell'ipotesi di pattuizione di interessi superiori alla soglia legale accessoria ad un contratto di apertura di credito su conto corrente, qual è quella in esame – va riportato alla stipula del contratto tra il funzionario ed il cliente, perché solo al momento del perfezionamento della pattuizione le condizioni usurarie – pur determinate sulla base delle direttive di soggetti gerarchicamente sovraordinati – trovano concreta applicazione con conseguente lesione dell'interesse penalmente protetto. In tali condizioni, non può allora sostenersi che la condotta posta in essere dall'imputato non abbia carattere obiettivamente usurario, concorrendo con sicura efficacia causale all'offesa dell'oggetto di tutela penale.

Ampliando i termini del discorso, deve poi osservarsi come in effetti – nel caso in esame e in casi analoghi – andrebbe ravvisata una responsabilità concorsuale dei vertici aziendali e del funzionario di banca che abbia concretamente condotto la trattativa che si risolve nell'applicazione di condizioni usurarie determinate dall'alto ai rapporti contrattuali con la clientela.

(…) La previsione di tassi usurari avviene certamente ad opera dei vertici aziendali ma al contempo è solo la stipula di contratti in sede locale che permette la realizzazione della fattispecie usuraria in danno dei privati contraenti i conti - corrente medesimi. Appare evidente pertanto il meccanismo concorsuale postulato da questo Collegio che finisce per coinvolgere necessariamente i funzionari e/o direttori preposti alle diverse filiali territo-

Puntuale e circostanziata risulta al riguardo la recente sentenza della Cassazione, II Sez. Pen. n.46669 del 23 novembre 2011.

"*Anche se dalla normativa secondaria, quali delibere e regolamenti, dovesse risultare l'attribuzione ad altri organismi, quali il direttore generale o il settore commerciale, delle competenze relative alla fissazione dei tassi, rimane salvo il potere di controllo e vigilanza del Consiglio d'amministrazione degli istituti di credito in funzione di garanzia, quest'ultimo non delegabile.*
Corollario di tale affermazione, anche in mancanza di deleghe in materia di remunerazione del credito, è la riconducibilità agli stessi presidenti della condotta usuraria in quanto ad essi riferibile sotto il profilo oggettivo, quantomeno sotto il profilo del mancato controllo.(l'argomentazione é riferita ai Presidenti, soli imputati del procedimento, quali componenti del Consiglio di Amministrazione)".

Quale che sia la struttura organizzativa adottata, quali che siano le deleghe e funzioni, rilasciate e/o previste dagli statuti, rimane comunque ricondotta agli organi di vertice una pregnante ed ineludibile funzione di garanzia.

"La specifica competenza degli imputati che connota e deve, comunque connotare gli organi di vertice della banca, consente di individuare negli stessi i garanti prima-

---

rialmente dislocate. Né può attribuirsi alcuna valenza scriminante al carattere vincolante delle direttive impartite dai vertici aziendali ai singoli funzionari – qual era, nel periodo di riferimento, il dott. XXX – ed al ristretto margine di autonomia a questi ultimi riconosciuto rispetto alla determinazione delle condizioni contrattuali.
Ed invero, in nessun caso potrebbe attribuirsi efficacia scriminante ad una direttiva o a un ordine gerarchico che imponga la realizzazione di una condotta criminosa, atteso che il sottoposto ha sempre un'alternativa perseguibile che è quella di astenersi dal tenere la condotta penalmente vietata.
Nel caso in esame, quindi, la circostanza della indicazione di condizioni contrattuali usurarie da parte della direzione generale della banca non scrimina la condotta posta in essere dall'imputato e consistita nella stipula di un contratto con oggetto illecito da individuarsi nelle prestazioni usurarie pattuite. Né può dirsi che la condotta del direttore di filiale possa ritenersi scriminata dal punto di vista dell'elemento soggettivo del reato. Non può sostenersi, invero, che l'imputato – pur agendo conformemente alle direttive provenienti dall'alto – non fosse consapevole di applicare condizioni contrattuali usurarie. Quale direttore di banca deve ritenersi soggetto munito di specifica competenza professionale nel settore e come tale certamente a conoscenza delle regole del mercato creditizio e della normativa, primaria e secondaria, applicabile." (Tribunale Vibo Valenzia, Sez. Pen. sentenza n.129/11)

ri della corretta osservanza delle disposizioni di legge in tema di usura, indipendentemente dalla suddivisione dei compiti all'interno dell'istituto che non esonera i vertici dall'obbligo di vigilanza e controllo della osservanza delle disposizioni di leggi, segnatamente in tema di superamento del tasso soglia.

A seguito della riforma societaria (L. 3/10/01, n. 366 e D. Lgs 17/1/03, n. 6) è possibile, infatti, la struttura delle società e quindi anche degli istituti bancari, in base a un modello c.d. dualistico con la possibilità di attribuzione diretta, senza quindi delega da parte dell'organo apicale, ad altri organismi, quali ad esempio i comitati direttivi o i comitati centrali, con compiti di gestione sottratti alla sfera di ingerenza del consiglio di amministrazione e del suo presidente.

Tuttavia, il mancato controllo e vigilanza su specifiche questioni concernenti l'erogazione del credito, quali la determinazione del tasso di usura, rientrando tra le funzioni specifiche delle banche, sono ricompresi nell'alveo di competenza degli organi di vertice, indipendentemente dal decentramento di tali funzioni a altri organismi sottordinati e interni alla banca, con possibilità di affermare, in caso di omissione di controllo, in quest'ultimo caso, quantomeno la corresponsabilità, sotto il profilo penale di tali organi verticistici, ricadendo tale omissione nella sfera di azione dell'art. 40, comma secondo, c.p. secondo cui 'non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo'.

(...) Anche nel caso in cui, in base a norme statutarie, l'azienda sia stata suddivisa in distinti settori e servizi, così come avviene solitamente nelle banche di notevoli dimensioni con l'istituzione di una direzione generale a cui vengono affidati specifci compiti, e a cui siano stati preposti soggetti qualificati idonei, con poteri e autonomia per la gestione di determinati affari, può ravvisarsi una responsabilità penale nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione o dei suoi componenti, in virtù dei poteri di indirizzo e coordinamento e, più in generale 'di garanzia', a tutela dell'osservanza delle norme di legge.

(...) è ravvisabile in capo al presidente o al consiglio di amministrazione un potere di controllo gestionale sull'attività della direzione generale o centrale commerciale con specifico riferimento alla determinazione dei tassi di interesse, anche se a termini statutari tali organismi sottordinati abbiano autonomia gestionale operativa, con conseguente responsabilità penale concorrente degli organi apicali ove venga supe-

rato il tasso soglia degli interessi in ordine alla erogazione del credito alla clientela.''[214].

La sentenza reiteratamente si sofferma, con precisazioni e puntualizzazioni, sotto le diverse angolature, sulla responsabilità del vertice aziendale, in particolare sul Consiglio di Amministrazione, ribadendo e circostanziando una pregnante responsabilità in tema di presidio alle soglie d'usura, quale che sia la struttura organizzativa e funzionale di cui si è dotato l'intermediario creditizio.

7. CONSIDERAZIONI FINALI.

Nel corso dell'ultimo ventennio il mercato creditizio e finanziario è stato interessato da radicali mutamenti evolutivi che si sono intrecciati e succeduti con rapidità nel tempo. Sia il settore del credito che quello della finanza hanno subito una trasformazione che non è fuori luogo definire epocale.

In un breve volger di tempo il sistema bancario è passato da una concezione dirigistica curata dalla Banca d'Italia, ad una concezione fondata sul mercato: ad un'impostazione essenzialmente pubblicistica dell'attività bancaria, si è sostituta un'impostazione privatistico-imprenditoriale, incardinata sugli obiettivi del profitto e della massimizzazione del valore del patrimonio, con scarsi elementi di mediazione e temperamento con le esigenze di presidio e tutela dell'interesse pubblico sotteso all'intermediazione del risparmio.

La privatizzazione prima e le rilevanti concentrazioni bancarie poi, hanno costituito il necessario presupposto di un modello bancario efficiente e competitivo nel confronto internazionale.

Nel nuovo contesto regole di mercato, standardizzazioni e trasparenza delle condizioni contrattuali, sono venute a costituire gli unici presidi e tutele, condizionati per altro dall'evoluzione ed emancipazione di operatori economici e risparmiatori.

---

[214] Le indicazioni difformi della Banca d'Italia e quelle riportate nei decreti ministeriali hanno soprattutto informato i programmi informatici volti a prevenire l'impiego di condizioni d'usura. La responsabilità delle impostazioni di tali programmi sono riferibili agli organi di vertice dell'intermediario*, in primis* il consiglio di amministrazione, presumibilmente in concorso con gli organi preposti alla decisione e controllo in materia di erogazione del credito.

Il passaggio sul piano giuridico è avvenuto in una forma ibrida: se nell'ambito della precedente legge bancaria del '36, la disciplina e il governo del credito poggiava quasi esclusivamente su provvedimenti amministrativi, con il nuovo T.U.B., si è predisposto un cospicuo impianto normativo primario, affiancato tuttavia da significative fonti normative secondarie (MEF e CICR), che hanno salvaguardato margini apprezzabili di discrezionalità amministrativa: la stessa finalità di vigilanza, prevista dall'art. 5 del T.U.B., ha conservato alla Banca d'Italia ampi spazi di intervento.

L'assetto istituzionale che si è venuto determinando non ha mancato di riversare pregnanti riflessi nel mercato del credito e, più in generale, nello stesso sviluppo economico del paese.

Il nuovo modello di conduzione aziendale, incentrato sulla crescita dimensionale delle aziende di credito e rivolto esclusivamente agli obiettivi di efficienza organizzativa, produttiva ed economica, ha imbrigliato ed esautorato la discrezionalità dell'addetto ai rapporti con la clientela: il rispetto degli obiettivi di budget hanno fatto spesso premio sulle esigenze ed interessi della clientela. La fidelizzazione della clientela è stata perseguita e conseguita con lacci e laccioli che solo recentemente, a suon di provvedimenti legislativi, si viene tentando di sciogliere.

La rilevante funzione pubblica assolta dall'operatore bancario – nell'attività di raccolta del risparmio, di selezione ed erogazione del credito – se giustifica l'attenzione e protezione che leggi speciali riservano all'intermediario bancario, rende tuttavia, nel contempo più aberranti e deprecabili quelle scelte aziendali che, impiegando la posizione di privilegio normativo, condizionano e piegano all'interesse di bilancio dell'intermediario stesso, le esigenze e l'interesse del cliente, sia esso risparmiatore od imprenditore.

L'Organo di Vigilanza, proteso a presidiare la stabilità dell'intermediario, ha esplicato sostanziali interventi volti a rafforzare la patrimonializzazione degli intermediari bancari, ma ha rivolto deboli misure ed inefficaci richiami ad un più corretto e trasparente rapporto con il cliente: nel corso degli anni, nel *trade-off* efficienza/trasparenza, anche i rapporti con la clientela sono stati asserviti alla stabilità dell'intermediario, perseguita sul profilo economico, trascurando e logorando oltre misura il rapporto fiduciario banca-cliente, costruito nei decenni precedenti.

In questa fase di transizione del mercato sono emerse con maggiore evidenza carenze e contraddizioni. La coazione a ripetere schemi culturali pregressi ha spesso condotto ad interpretazioni ed applicazioni che disattendono fondamentali principi a tutela del risparmiatore.

In funzione del delicato ruolo svolto dall'intermediario finanziario, della peculiare funzione che riveste nella tutela del risparmio e nell'efficiente allocazione delle risorse, la normativa speciale riserva agli stessi particolari gradi di libertà e discrezionalità. Nel corso del tempo tuttavia queste speciali prerogative, più che essere orientate ad un corretto ed efficiente perseguimento di servizio allo sviluppo economico, sono state dalle banche largamente rivolte ad obiettivi propriamente aziendali, massimizzazione del profitto, rafforzamento patrimoniale ed espansione della quota di mercato.

Con la privatizzazione, liberalizzazione e concentrazione degli istituti di credito, hanno acquisito forza centri di governo del credito che, lungi da un atteggiamento supino, si pongono spesso in una sospinta contrapposizione dialettica e negoziale: sempre più spesso le azioni di forza prevalgono nel confronto[215].

Lo sviluppo economico del paese è condizionato, prima ancora che dalle infrastrutture, dal sistema di raccolta e allocazione delle risorse finanziarie disponibili: i criteri di massimizzazione dei profitti degli intermediari bancari, in un mercato pervaso da opacità, rendite di posizione e condizioni prossime al "cartello", non presentano alcun elemento di sinergia e comunione con un'efficiente allocazione delle risorse.

La nuova normativa bancaria ha mancato di conseguire gli obiettivi che originariamente animavano i primi estensori del progetto di legge: al di là degli aspetti formali è stata frapposta, nei comportamenti, una sostanziale resistenza. Attraverso un impiego diffuso dello jus variandi, su contratti uniformi di adesione, predisposti

[215] Il Governatore della Banca d'Italia, in un articolo dell'Osservatore Romano (9 luglio 2009), a commento dell'Enciclica *Caritas in veritate*, ha espresso, con toni particolarmente marcati, una diagnosi allarmante: *"Un modello in cui gli operatori considerano lecita ogni mossa, in cui si crede ciecamente nella capacità del mercato di autoregolamentarsi, in cui divengono comuni gravi malversazioni, in cui i regolatori dei mercati sono deboli o prede dei regolati, in cui i compensi degli alti dirigenti d'impresa sono ai più eticamente intollerabili, non può essere un modello per la crescita del mondo*".

dall'ABI, la posizione di dominanza dell'operatore bancario si è protratta nel tempo, pregiudicando ed impedendo che si liberassero gradi di concorrenza a beneficio di prezzi e condizioni.

Si è venuti assistendo ad un diffuso e preordinato abuso del diritto: nel rispetto più o meno formale dei limiti di legge, si sono venuti a perseguire obiettivi del tutto difformi da quelli per i quali la legge ha riconosciuto speciali diritti.

Le Norme Bancarie Uniformi, adottate pressoché dalla totalità degli operatori bancari associati all'ABI, più che recepire prassi ed esigenze di mercato, sono venute imponendo vincoli e condizioni che, sedimentandosi nel tempo, hanno finito talvolta per determinare usi e consuetudini ad esclusivo favore dell'operatore bancario, risultando di fatto impedita ogni forma alternativa di contratto. Nonostante taluni modesti interventi di censura curati negli anni passati dalla Banca d'Italia, le indicazioni uniformi suggerite dall'ABI inducono significativi elementi di uniformità nell'offerta del servizio e apprezzabili limitazioni alla concorrenza, risultando completamente coartata la libertà negoziale dell'utente bancario.

L'istituto dello *jus variandi* – facoltà di modificare, in un rapporto contrattuale, le originarie condizioni normative ed economiche – è una possibilità riconosciuta alle banche dal T.U.B. (art. 118 Testo Unico Bancario D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385).

Il ricorso alla facoltà dello *jus variandi* per modificare unilateralmente tassi, prezzi e altre condizioni – sin'anche ad introdurre nuovi oneri e spese – è stato, per lungo tempo, ampiamente utilizzato dalle banche, determinando disagi nei confronti dei clienti.

Per lunghi anni si è perseguita la stabilità del sistema bancario prestando attenzione sovrana alla patrimonializzazione degli istituti di credito rimettendo, invece, a regole di comportamento e trasparenza la tutela del cliente utilizzatore dei servizi: le regole, tuttavia, si sono spesso rivelate carenti e insufficienti.

Sino ad oggi è stata pervicacemente protetta la funzione creditizia da un'eccessiva esposizione alla concorrenza nella convinzione, assai diffusa, che quest'ultima potesse ledere la stabilità del sistema. Questo ha indotto, per molti anni, l'autorità monetaria a tenere un atteggiamento di estrema cautela, privilegiando la

redditività delle banche per i positivi riflessi di stabilità. Ne ha sofferto il rapporto costo/qualità dei servizi che un mercato più libero andrebbe a comprimere a tutto vantaggio degli utilizzatori: le banche beneficiano ancora di una sorta di rendita di posizione attraverso un'articolata rete di impedimenti che, di fatto, ingessa il mercato, impedendo che si esplichino concorrenza e selezione.

Nel passaggio dalla concezione pubblicistica dell'attività bancaria alla concezione più spiccatamente imprenditoriale, sono stati acquisiti apprezzabili margini di efficienza economica e di confronto con gli operatori internazionali, ma si sono sacrificati a tali obiettivi aspetti di rilievo che hanno pregiudicato gli stessi interessi pubblici protetti.

L'esperienza degli ultimi anni sembra mostrare che il nuovo assetto organizzativo del mercato del credito, realizzato con la riforma degli anni novanta, eserciti spinte centrifughe di emarginazione dei comportamenti virtuosi, premiando invece quei comportamenti border-line, animati da meri obiettivi aziendali.

Gli strumenti di trasparenza previsti dalla normativa, in assenza di un significativo dispiegamento della concorrenza, hanno sortito scarsi presidi di tutela dell'utente bancario[216]. Nel corso degli anni anche i rapporti con la clientela sono stati asserviti alla stabilità dell'intermediario, perseguita sotto il profilo economico, trascurando e logorando oltre misura il rapporto fiduciario banca-cliente, costruito nei decenni precedenti. Nel volgere di poco meno di due decenni, il profilo reputazionale del sistema bancario ha subito una caduta senza precedenti storici.

Funzioni di primario interesse pubblico, come l'intermediazione del credito e la tutela del risparmio, non possono essere rimesse al libero arbitrio di un mercato imperfetto, dove i criteri di conformità alla norma sono risultati spesso sottoposti ad una valutazione economica di convenienza.

L'esperienza dell'ultimo decennio ha mostrato una sospinta tensione da parte delle banche a cogliere margini di concorrenza e benefici economici utilizzando ol-

[216] *"Operare sul solo fronte della trasparenza non pare tuttavia sufficiente: in presenza di strutture commissionali barocche e molto diversificate tra banche, (…) nessuna misura di trasparenza – per quanto incisiva – può permettere una valutazione chiara e confrontabile dei costi."*. (Audizione in Commissione Parlamentare (10/3/10) del dott A. Enria della Banca d'Italia).

tremisura, all'occorrenza, gradi di elusione che regolamenti o istruzioni applicative consentono, impegnando e congestionando apprezzabilmente l'opera della Magistratura, in una calcolata strategia di *trade-off* costi/benefici, fondata sul marginale ricorso alle onerose e tortuose vie delle aule di Giustizia.

La Vigilanza, preposta alla tutela di interessi pubblici, costituzionalmente protetti – tutela del risparmio e corretta allocazione del credito – ha privilegiato sino ad oggi obiettivi generali di patrimonializzazione e stabilità degli intermediari, rallentando le spinte alla concorrenza. Nel *trade-off* stabilità/concorrenza si è privilegiato il primo obiettivo, nella misura in cui il secondo assottiglia i margini di bilancio inducendo elementi di fragilità degli intermediari: è mancata una specifica tutela del cliente bancario; le norme sulla trasparenza sono risultate, nel quadro normativo generale, carenti ed insufficienti a presidiare la tutela del risparmio e ad assicurare una corretta allocazione delle risorse finanziarie disponibili.

Nell'ultimo ventennio il disegno strategico di condurre il sistema bancario alle logiche di mercato ha certamente indotto notevoli elementi di efficienza produttiva, ma ha significativamente minato quel rapporto fiduciario che, in precedenza, per lungo tempo aveva presieduto il contratto banchiere-imprenditore e banchiere-risparmiatore.

Si è venuti assistendo ad un diffuso e preordinato abuso del diritto: nel rispetto più o meno formale dei limiti di legge, si sono perseguiti obiettivi del tutto difformi da quelli per i quali la legge ha riconosciuto speciali diritti all'intermediario bancario.

Assai emblematiche sono state le vicende che hanno caratterizzato il diffuso collocamento di Swap presso imprese ed Enti territoriali.

Numerose imprese ed Enti locali, che hanno subito il collocamento di prodotti finanziari complessi, speculativi e non idonei ai loro profili di rischio, vengono patendo conseguenze economiche di ragguardevole dimensione, per la sola circostanza che non essendo "operatori qualificati" non erano in grado di vagliare ed as-

sumere consapevolezza dei rischi insiti negli swap che la banca veniva loro proponendo[217].

La correttezza e regolarità dei rapporti con la clientela sembrano rientrare nell'attenzione della Banca d'Italia solo indirettamente, nella misura in cui comportano rischi legali o reputazionali e coinvolgano il rischio di controparte o la sana e prudente gestione delle aziende.

Ma il rischio di controparte, il rischio legale e il rischio reputazionale vengono spesso valutati dalle Banche con gli ordinari principi aziendali, informati esclusivamente ai criteri di costi/benefici, senza alcun temperamento e limitazione imposti dai più generali principi di tutela del risparmio e di sviluppo economico.

In un ristretto ambito di politica aziendale, i criteri di costi/benefici inducono a sospingere i rischi legali e reputazionali almeno sino a quando i riflessi economici delle vertenze giudiziarie e dei danni di immagine non sopravanzano i benefici economici che gli intermediari traggono dalle aggressive strategie di comportamento nel collocamento di prodotti derivati.

Sorge evidente il conflitto fra obiettivi di efficienza aziendale e obiettivi di interesse pubblico, con rilevanti margini di pregiudizio per la tutela del risparmio e per lo sviluppo economico, relegati ad un ruolo ancillare, rimesso in prima istanza esclusivamente all'etica dei comportamenti.

---

[217] Nell'indagine condotta presso gli intermediari finanziari operanti in derivati, nel riscontrare termini e modalità di collocamento non propriamente rispondenti ai principi di diligenza e correttezza stabiliti dal TUF, D. Lgs. n. 58/98, già evidenziati dalla Consob, la Banca d'Italia, nella cornice dei compiti istituzionali che le attribuisce il TUB, D. Lgs 385/93 e TUF, D. Lgs 58/98, si è limitata ad esprimere un giudizio di preoccupazione, esclusivamente attento e rivolto alla stabilità degli intermediari e del mercato: "… *l'evoluzione delle tipologie contrattuali ha determinato per le banche un'accentuazione dei rischi di controparte e l'emersione di ulteriori rischi, non tradizionali e difficilmente quantificabili, come quelli legali e reputazionali, che possono compromettere il legame fiduciario con la clientela con pesanti riflessi sul valore aziendale.*". E avverte l'esigenza di raccomandare: "… *al fine di prevenire potenziali effetti negativi connessi allo sviluppo dei mercati dei derivati, è necessario che la vendita dei contratti si rivolga a soggetti debitamente qualificati e si realizzi attraverso un elevato livello di trasparenza informativa, elemento cruciale per garantire la piena rispondenza dei prodotti collocati alle esigenze e ai profili di rischio delle controparti*". (Audizione Camera Deputati 6/11/07).

La patologia di comportamenti emersa nel fenomeno dei derivati, con la sua ampia diffusione e dimensione, ha ulteriormente palesato ambiti di presidio e tutela nei quali gli Organi di Vigilanza sono apparsi operativamente poco coordinati e scarsamente incidenti nel prevenire, correggere e rimuovere tempestivamente comportamenti che hanno dispiegato un ampio pregiudizio alla tutela dell'investitore e dell'operatore economico.

Carenze e lacune non sono sfuggite al legislatore. Il D. Lgs 164/07 ha integrato e qualificato gli obiettivi della Vigilanza previsti dall'art. 5 del TUF, esplicitando nuovi aspetti che, di concerto, coinvolgono maggiormente gli Organi di Vigilanza nella specifica tutela del risparmiatore.

Le modifiche del T.U.F. sono state accompagnate, nelle dichiarazioni del Governatore Draghi, da una rivisitazione interpretativa dell'art. 5 del T.U.B. che presta una maggiore attenzione e centralità al fruitore dei servizi bancari: il menzionato articolo, pone tra le finalità della Vigilanza – accanto alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario – l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Nel corso dell'ultimo decennio la cura e l'attenzione mostrata dalla giurisprudenza all'equilibrio e correttezza dei rapporti fra banca e cliente si è apprezzabilmente accresciuta.

Nei meandri specialistici della materia e nell'articolata normativa che, accanto a principi generali sanciti da leggi e Direttive comunitarie, affianca poderosi regolamenti applicativi, l'intervento dell'autorità giudiziaria risulta difficoltoso, incerto e comunque tardivo, quando ormai il danno si è consumato nella generalità dei clienti, con scarsi effetti di repressione di comportamenti illegittimi, risultando, per altro, i risvolti economici delle sentenze di entità modesta in rapporto alla dimensione del fenomeno: risulta talora più incidente l'entità del danno di immagine, sempre che questa si distingua e non si accomuni e disperda all'intero sistema bancario.

La sostanziale riottosità degli operatori bancari ad adeguarsi al mutato orientamento giurisprudenziale ha rapidamente indotto un'apprezzabile lievitazione delle vertenze, anche su temi e interpretazioni ormai consolidati, acclarati e uniformemente condivisi dalla Magistratura.

Si assiste ad una pervicace resistenza, da parte dell'operatore bancario, ad addivenire a soluzioni stragiudiziali anche su questioni sufficientemente sedimentate dalla giurisprudenza di Cassazione, costringendo risparmiatori ed operatori economici ad adire le vie legali, anche per diritti palesemente riconosciuti dall'ordinamento[218].

Appare calcolata e predeterminata l'economia di costi che all'intermediario riviene dalla quota parte dei soggetti che desistono e rinunciano a percorrere il lungo ed oneroso iter giudiziario per vedere riconosciuti i propri diritti.

L'attività bancaria e finanziaria coinvolge interessi pubblici che trascendono gli obiettivi di profitto dell'impresa bancaria: la tutela del risparmio, nella carta costituzionale, è strettamente accostata alla sua corretta allocazione attraverso forme di selezione delle imprese più produttive e meritevoli del credito, nell'obiettivo generale di favorire lo sviluppo, l'occupazione e il progresso del Paese.

Forme estreme di mercato esasperano le logiche di profitto e vengono di fatto a confliggere con i superiori interessi pubblici. La stessa tradizionale funzione di intermediazione viene seriamente pregiudicata da alternative finanziarie che, attraverso effetti leva, accrescono le potenzialità di profitto, con rischi aziendali e sistemici che frequentemente si scaricano, in ultima istanza, sul corpo sociale.

E' carente un presidio sanzionatorio, commisurato alla rilevanza e pregnanza dell'interesse pubblico coinvolto. Se, ad esempio, all'intermediario, colto in pratica di usura in un rapporto di conto, viene riconosciuto comunque l'interesse corrispondente al tasso soglia, o al più al tasso legale – come frequentemente si riscontra nei giudizi civili – si rinuncia a quei correttivi che, riconducendo ad equilibrio il *trade-off* costi benefici, risultano estremi ma efficaci. In altre circostanze, per infrazioni di minor rilievo, si arriva a sanzioni pari a ben 50 volte il valore dell'omesso adempimento, inducendo, seppur forzatamente, comportamenti virtuosi.

[218] Nel corso del giudizio vengono poi posti in essere strumenti di resistenza e ostruzionismo impropri: dalle pretestuose eccezioni sollevate a seguito delle numerose operazioni di fusione ed incorporazione, alle resistenze frapposte alla produzione di documentazione, sino all'impugnazione di decisioni dall'esito negativo scontato, al solo scopo di dilazionare nel tempo il definitivo riconoscimento di taluni diritti.

La Magistratura si è venuta confrontando con le numerose problematiche sia creditizie che finanziarie, pervenendo gradualmente a maturare indirizzi giurisprudenziali più consoni con i mutamenti intervenuti sia nei rapporti regolati dal Testo Unico Bancario, sia nei servizi finanziari, regolati dal Testo Unico della Finanza.

Troppo spesso i comportamenti dell'operatore bancario occupano ed impegnano la Magistratura, chiamata – non per singoli accadimenti ma per circostanze generalizzate – a surrogare e colmare carenze istituzionali.

La Magistratura è chiamata a gestire – in un quadro giuridico complesso e talvolta contraddittorio – vertenze che non costituiscono casi sporadici e circoscritti, ma, al contrario, risultano estesi in tutto il territorio con una frequenza ed intensità, che denuncia, nella stessa dimensione del fenomeno, comportamenti speciosi, improntati a scarso rispetto delle norme di legge, non adeguatamente monitorati e censurati dalle Autorità di controllo.

In tema d'usura, il sistema bancario, attraverso una mirata dispersione dei costi del credito, ha potuto edulcorare i limiti d'usura.

I bilanci degli intermediari bancari evidenziano come i ricavi si sono progressivamente spostati dagli interessi in senso stretto alle commissioni e spese per i servizi prestati: tra questi vi sono le CMS, apprezzabilmente incrementatesi nel corso di pochi anni.

Si è venuto così a determinare un divario significativo fra l'effettivo costo del credito previsto dall'art. 644 c.p. e quello risultante dalla verifica di rispetto della soglia d'usura, riveniente dai criteri riportati nelle istruzioni per la rilevazione del TEG emanati dalla Banca d'Italia.

La legge 108/96 ha modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche in cui si esplicita il fenomeno, anche forme di usura che perseguono, attraverso l'esercizio legale del credito, interessi diversi e opposti al progresso dell'economia nazionale.

Nella delimitazione normativa dei rapporto negoziale non si può trascurare che la soglia d'usura costituisce quel valore limite oltre il quale il rapporto di credito diviene squilibrato, nel senso che la prestazione richiesta dal datore di credito – spesso in posizione di dominanza – oltre a discostarsi sensibilmente dagli ordinari tassi di

provvista, assorbe oltre misura il ritorno economico derivante da un ordinario utilizzo del credito stesso, innescando per questa via un circolo perverso che può condurre all'epilogo finale del default. Se l'intermediario poi è accorto nel dosare il credito e la misura del costo richiesto, procrastinando l'epilogo finale, non subirà serie conseguenze, avendo già introitato, nell'extra-remunerazione, il capitale concesso a credito. Se poi il drenaggio, con rapporti di credito squilibrati, è operato per importi modesti, ma ricorrenti e diffusi, si evitano anche eclatanti default, operando tuttavia un misurato impoverimento della clientela. Nell'un caso non si persegue una corretta allocazione del risparmio disponibile, nell'altro non si favorisce una sana formazione del risparmio stesso.

Assume pertanto una particolare pregnanza la corretta determinazione del tasso soglia e un corrispondente fermo presidio a ché l'allocazione del credito non sia effettuata a tassi eccessivamente esosi, ritenuti anti-economici, non suscettibili di favorire lo sviluppo economico del paese.

Sino ai primi anni '00, ad esempio, la soglia d'usura per gli intermediari non bancari si è mantenuta nell'intorno del 30% - 40% con una punta del 43% nel '97, primo anno di applicazione della legge 108/96: tali livelli risultano palesemente stridenti, oltre che con gli ordinari tassi della provvista, con i valori stessi di ritorno economico delle più ottimistiche iniziative.

La presenza, nei decreti ministeriali, di indicazioni e precisazioni *a latere* della Tabella dei tassi rilevati ai fini della determinazione della soglia d'usura, ha determinato confusione e ambiguità, inducendo comportamenti non sempre uniformi e coerenti con il dettato normativo.

Tali indicazioni sono apparse una scelta poco felice, dettata dall'impossibilità di travalicare i limiti "tecnici" rimessi dalla legge al Ministero dell'Economia. L'indicazione data dall'ABI nel '03 sul tasso di mora e, all'unisono, quella della Banca d'Italia del '05 sulle CMS, non sembrano rispondere compiutamente al dettato normativo. Tali indicazioni, poste al di fuori di un contesto legislativo che affidi a detti Istituti margini discrezionali al riguardo, appaiono ancor più stridenti se si considera la funzione di indirizzo e rappresentanza dell'ABI e la tradizionale *"moral suasion"* della Banca d'Italia, storicamente esercitate dai due Istituti – ai diversi li-

velli e nei rispettivi ambiti funzionali e di competenza – riconosciuti e loro assegnati dall'ordinamento bancario.

Rimangono inconsistenti e fuorvianti tesi e argomentazioni che, discostandosi dai principi dettati dalla legge, si fondano su interpretazioni e collegamenti ai decreti ministeriali o, ancor più singolarmente, sui criteri di rilevazione dettati agli Intermediari finanziari dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio.

Né si può ritenere che il rispetto di esigenze di mercato e di equilibrio del credito possano giustificare interferenze che travalicano il dettato legislativo e depotenziano sostanzialmente i principi stessi della legge.

Risulta così frustrata ogni aspirazione di certezza, risultando affidate all'interpretazione le poste da comprendere nell'interesse da sottoporre a verifica di usura, la formula da impiegare, il parametro da assumere a riferimento. L'ambiguità delle indicazioni riportate nei decreti, non trovando soddisfacente risoluzione nelle dichiarate "opinioni" della Banca d'Italia, rimettono tali aspetti alla discrezionalità interpretativa, sottoposta al vaglio del pubblico ministero33. Ma con ciò si ripropone, con maggiore evidenza, quella violazione della riserva in materia penale, che la legge voleva evitare "*nell'introdurre e delineare una rigida "griglia" di previsioni e di principi, affidando alla normazione secondaria null'altro che un compito di "registrazione" ed elaborazione tecnica di risultanze, al di fuori di qualsiasi margine di discrezionalità"*. (C. Cass. Sez. Pen. n. 20148/03)34.

Eccessivi valori della soglia d'usura, come anche principi di verifica della soglia, che impiegano criteri e formule edulcorate di calcolo del costo del credito, hanno consentito di mantenere nell'area di legalità forme patologiche di erogazione del credito, che disperdono risorse finanziarie senza alcun beneficio, né per il risparmio, né per lo sviluppo economico del paese.

La proliferazione di oneri e spese, gli ingiustificati livelli delle Commissioni di Massimo Scoperto, che in taluni casi, non sporadici, hanno sopravanzato gli stessi interessi, hanno generato uno stato di generale vessazione nei rapporti di conto.

La situazione di disagio che si è determinata nei rapporti di credito, con l'incremento delle Commissioni di Massimo Scopeto, il "gioco" delle valute e la pro-

liferazioni di spese di dubbio contenuto causale, ha sospinto il legislatore ad intervenire più volte per porre argini e regole a comportamenti bancari che troppo spesso hanno configurato circostanze d'usura.

La chiara ed inequivocabile formulazione dei limiti dell'usura, introdotta dalla legge n. 108/96, è risultata travisata nella pratica operativa, sino a prevedere una Commissione soglia, distinta e separata dalla soglia d'interesse, come se i due oneri non attenessero congiuntamente allo stesso credito[219].

L'opera della Cassazione inevitabilmente interviene tardi, spesso a distanza di molti anni, quando prassi scorrette e comportamenti impropri risultano radicati e diffusi all'intero sistema, con rimarchevoli ripercussioni sul corpo sociale e sulla corretta allocazione del credito.

Non si può, per altro verso, rilevare la ritrosia ed imbarazzo che si incontra a calare in materia bancaria canoni ermeneutici tradizionalmente propri all'usura criminale. La norma penale ha accostato, in maniera poco consona con la diversa natura, l'usura bancaria all'usura criminale: appare opportuno ripristinare una più corretta distinzione delle diverse fattispecie. *L'usura bancaria palesa ontologica distanza, sul piano empirico e criminologico, con il corrispondente fenomeno attribuibile alla criminalità 'comune', specie organizzata. Sostenere che l'usura 'comune' e l'usura 'bancaria' sono fenomeni ontologicamente differenti (e che pertanto necessitano di una risposta differenziata) non significa in alcun modo escludere che l'esercente una legale attività di credito possa macchiarsi del reato d'usura: significa, semplicemente, che l'usura è altro dall'eccesso nelle condizioni di credito, il quale ultimo può ben assumere rilievo giuridico, ma non nell'ambito di una fattispecie penale di usura."* (Cfr. R. Borsari, *Il delitto di usura 'bancaria' come figura 'grave' esclusa da benefici indulgenziali. Profili critici*, in. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ. 1/2/09).

Sarebbe opportuno considerare i vincoli posti agli intermediari autorizzati come 'soglie al credito' e distinguerli normativamente dalla soglia d'usura, che più propriamente caratterizza l'attività criminale, condotta in ambiti, modalità e circo-

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

stanze del tutto dissimili. L'accostamento e sovrapposizione dei due fenomeni induce pensieri e pregiudizi che non possono essere avallati nell'ordinamento giuridico da un'assurda assimilazione terminologica e normativa.

L'usura criminale sembra rimanere in disparte, alimentandosi dei riflussi rivenienti dai dinieghi del credito e risultando sottratta all'attenzione per lo più assorbita dall'operatore bancario.

La circostanza costituisce ancor prima un nodo culturale che tuttavia, se non trova, nei risvolti normativi e giurisprudenziali, una soluzione consona alla diversa fattispecie degli anomali comportamenti bancari, può contribuire a compromettere l'attenta opera di presidio degli obblighi di *compliance* avviata dall'Organo di Vigilanza, attraverso la previsione di processi definiti e trasparenti che individuano e responsabilizzano i centri decisionali.

La scelta di ricondurre l'attività bancaria alle rigide regole di mercato porta ineluttabilmente a contraddizioni di non scarso rilievo fra le ragioni del profitto e le ragioni di più generale interesse pubblico ogni qual volta si sopperisce a carenze di concorrenza con provvedimenti amministrativi, tanto più se questi risultano di complessa applicazione: *borderlines* non chiaramente definite inducono spesso, nella logica di mercato, a premiare gli attori più imprudenti, in una sorta di rincorsa concorrenziale per non rimanere ai margini del mercato stesso.

Nelle pieghe della normativa secondaria si è colto il pretesto di un'apparente discordanza per eludere la soglia d'usura: anche gli intermediari più cauti e prudenti, per non subire confronti di budget svilenti, si sono adeguati, favorendo un processo di comportamenti uniformi generalizzato all'intero sistema bancario. Confidando, come ultima sponda, nella generale prudenza che, di regola, accompagna l'operato della Magistratura penale. Le pronunce nei procedimenti sinora conclusi non arrivano a dissipare il dubbio sulla sussistenza o meno del dolo e concludono con sentenze largamente informate a criteri di interpretazione *bonam partem*[220].

[220] Le pronunce di Palmi e Reggio Calabria – nei procedimenti proposti dal Gruppo De Masi che hanno interessato tre grandi Istituti bancari, con struttura, storia e cultura diverse – sono pervenute ad accertare diffuse circostanze d'usura, seppur con un'apprezzabile differenziazione fra i tre Istituti, ma non sono arrivati a dissipare il dubbio sulla sussistenza o meno del dolo, concludendo con una sentenza di assoluzione, largamente informata a cri-

La riconduzione della determinazione dei valori soglia alla rilevazione dei tassi mediamente applicati dagli stessi soggetti che a tali limiti devono condizionare le proprie politiche di erogazione del credito, richiederebbe, per altro, che la correttezza delle segnalazioni trasmesse alla Banca d'Italia fosse attentamente monitorata e presidiata da idonee sanzioni, commisurate alla rilevanza che il valore rilevato assume nell'etica, prima ancora che nel rispetto dei limiti funzionali allo sviluppo economico.

La contraddizione fra TAEG e TEG risulta in parte stemperata dalle nuove disposizioni normative e regolamentari introdotte recentemente. Permane ancora un'area di apprezzabile criticità nella formula di calcolo, nei criteri di annualizzazione, nella definizione ed inclusione delle categorie di credito. Né si intravvedono condizioni per una libera mobilità da un intermediario all'altro che possano rimettere alla concorrenza, più che a norme di legge, una funzione calmieratrice dei prezzi richiesti nelle diverse forme e dimensioni dei servizi prestati.

Dopo i circostanziati ed ineludibili principi fissati più recentemente dalla Cassazione Penale non sembrano sussistere più spazi di separazione fra l'elemento oggettivo e soggettivo d'usura. Una corretta valutazione delle risultanze peritali, una compiuta istruttoria dei presidi organizzativi ed informatici posti a tutela e rispetto dell'art. 644 c.p., un debito esame delle lesioni arrecate al regolare svolgimento del mercato del credito ed, infine, un'attenta considerazione delle implicazioni rifluenti dai principi di responsabilità che presiedono la gestione del credito, consentiranno, per il futuro, giudizi più consoni al presidio fissato dalla norma e meno protesi a formule di abdicazione informate ad un insoddisfacente ricorso ad interpretazioni *bonam partem*.

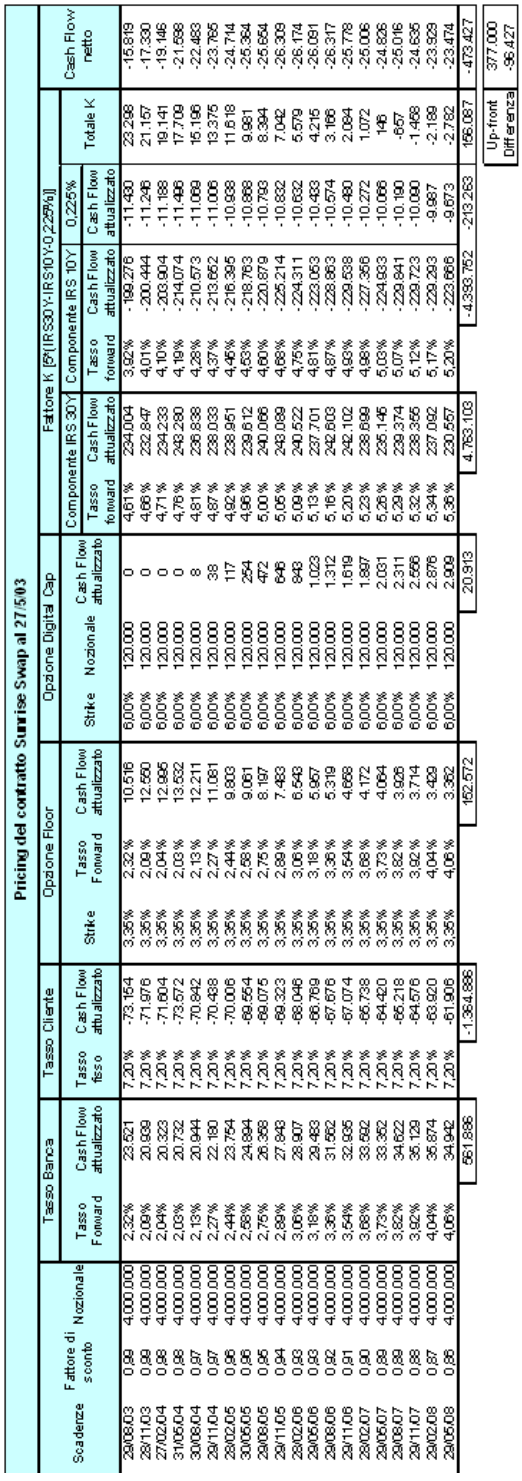
dott. Roberto Marcelli

---

teri di interpretazione *bonam partem.* Avverso le sentenze è stata presentata, dalla Procura Generale e dalle parti civili, ricorso in Cassazione per erronea applicazione della legge penale, contraddittorietà e/o manifesta illogicità della motivazione. Le pregnanti osservazioni sollevate hanno conferito al giudizio, che la Cassazione ha espresso, un rilievo particolare per i principi di diritto che hanno colmato e dissipato le zone d'ombra emerse nei menzionati procedimenti.

APPENDICE TECNICA (Tavole relative agli esempi di finanziamento illustrati nei par. 5.1 e 5.2)

Tavola 1



Pricing del contratto Sunrise Swap al 27/5/03

Scadenze	Fattore di sconto	Nozionale	Tasso Banca		Tasso Cliente		Opzione Floor			Opzione Digital Cap			Fattore K [5*(IRS30Y-IRS10Y-0,225%)]						Cash Flow netto
			Tasso Forward	Cash Flow attualizzato	Tasso fisso	Cash Flow attualizzato	Strike	Tasso Forward	Cash Flow attualizzato	Strike	Nozionale	Cash Flow attualizzato	Componente IRS 30Y		Componente IRS 10Y		0,225%	Totale K	
													Tasso forward	Cash Flow attualizzato	Tasso forward	Cash Flow attualizzato	Cash Flow attualizzato		
29/08/03	0,99	4.000.000	2,32%	23.521	7,20%	-73.154	3,35%	2,32%	10.516	6,00%	120.000	0	4,61%	234.004	3,92%	-199.276	-11.430	23.298	-15.819
29/11/03	0,99	4.000.000	2,09%	20.939	7,20%	-71.976	3,35%	2,09%	12.560	6,00%	120.000	0	4,66%	232.847	4,01%	-200.444	-11.246	21.157	-17.330
27/02/04	0,98	4.000.000	2,04%	20.323	7,20%	-71.604	3,35%	2,04%	12.986	6,00%	120.000	0	4,71%	234.233	4,10%	-203.904	-11.188	19.141	-19.146
31/05/04	0,98	4.000.000	2,03%	20.732	7,20%	-73.572	3,35%	2,03%	13.532	6,00%	120.000	0	4,76%	248.280	4,19%	-214.074	-11.496	17.709	-21.598
30/08/04	0,97	4.000.000	2,13%	20.944	7,20%	-70.842	3,35%	2,13%	12.211	6,00%	120.000	8	4,81%	236.838	4,28%	-210.573	-11.069	15.196	-22.483
29/11/04	0,97	4.000.000	2,27%	22.180	7,20%	-70.438	3,35%	2,27%	11.081	6,00%	120.000	38	4,87%	238.033	4,37%	-213.652	-11.006	13.375	-23.765
28/02/05	0,96	4.000.000	2,44%	23.754	7,20%	-70.006	3,35%	2,44%	9.803	6,00%	120.000	117	4,92%	238.951	4,45%	-216.395	-10.938	11.618	-24.714
30/05/05	0,96	4.000.000	2,58%	24.894	7,20%	-69.564	3,35%	2,58%	9.061	6,00%	120.000	254	4,96%	239.812	4,53%	-218.763	-10.868	9.981	-25.364
29/08/05	0,95	4.000.000	2,75%	26.368	7,20%	-69.075	3,35%	2,75%	8.197	6,00%	120.000	472	5,00%	240.066	4,60%	-220.879	-10.793	8.394	-25.654
29/11/05	0,94	4.000.000	2,89%	27.848	7,20%	-69.323	3,35%	2,89%	7.483	6,00%	120.000	846	5,05%	243.089	4,68%	-225.214	-10.832	7.042	-26.309
28/02/06	0,93	4.000.000	3,06%	28.907	7,20%	-68.046	3,35%	3,06%	6.543	6,00%	120.000	843	5,09%	240.522	4,75%	-224.311	-10.632	5.579	-26.174
29/05/06	0,93	4.000.000	3,18%	29.483	7,20%	-66.769	3,35%	3,18%	5.957	6,00%	120.000	1.023	5,13%	237.701	4,81%	-223.053	-10.483	4.215	-26.091
29/08/06	0,92	4.000.000	3,35%	31.662	7,20%	-67.676	3,35%	3,35%	5.319	6,00%	120.000	1.312	5,16%	242.803	4,87%	-228.863	-10.574	3.166	-26.317
29/11/06	0,91	4.000.000	3,54%	32.935	7,20%	-67.074	3,35%	3,54%	4.668	6,00%	120.000	1.619	5,20%	242.102	4,93%	-229.538	-10.490	2.084	-25.778
28/02/07	0,90	4.000.000	3,68%	33.692	7,20%	-65.738	3,35%	3,68%	4.172	6,00%	120.000	1.897	5,23%	238.899	4,96%	-227.356	-10.272	1.072	-25.006
29/05/07	0,89	4.000.000	3,73%	33.362	7,20%	-64.420	3,35%	3,73%	4.064	6,00%	120.000	2.031	5,26%	235.145	5,03%	-224.933	-10.066	145	-24.826
29/08/07	0,89	4.000.000	3,82%	34.622	7,20%	-65.218	3,35%	3,82%	3.926	6,00%	120.000	2.311	5,29%	239.374	5,07%	-228.941	-10.190	-657	-25.016
29/11/07	0,88	4.000.000	3,92%	35.129	7,20%	-64.576	3,35%	3,92%	3.714	6,00%	120.000	2.666	5,32%	238.355	5,12%	-229.723	-10.090	-1.468	-24.635
28/02/08	0,87	4.000.000	4,04%	35.874	7,20%	-63.920	3,35%	4,04%	3.429	6,00%	120.000	2.876	5,34%	237.092	5,17%	-229.293	-9.987	-2.189	-23.929
29/05/08	0,86	4.000.000	4,06%	34.942	7,20%	-61.906	3,35%	4,06%	3.362	6,00%	120.000	2.909	5,36%	230.557	5,20%	-223.666	-9.673	-2.782	-23.474
				661.886		-1.364.886			152.572			20.913		4.763.103		-4.398.752	-213.263	166.087	-473.427

Up-front	377.000
Differenza	-96.427

Dettaglio flussi trimestrali del Sunrise Swap Par

Scadenze	Fattore di sconto	Nozionale	Tasso Banca		Tasso Cliente				Opzione Floor			Opzione Digital Cap			Fattore K [5*(IRS30Y-IRS10Y-0.2256%]							Cash Flow netto
			Tasso Forward	Cash Flow attualizzato	Tasso fisso	Cash Flow attualizzato	Spread 2,54% (da sottrare ai flussi diente)	Cash Flow nominali	Cash Flow attualizzato	Strike	Tasso Forward	Cash Flow attualizzato	Strike	Nozionale	Cash Flow attualizzato	Componente IRS 30Y		Componente IRS 10Y		0,2256%	Totale K	
																Tasso forward	Cash Flow attualizzato	Tasso forward	Cash Flow attualizzato	Cash Flow attualizzato		
29/08/03	0,99	4.000.000	2,32%	23.521	7,20%	-73.154	2,54%	25.350	25.197	3,35%	2,32%	10.516	6,00%	120.000	0	4,61%	234.004	3,92%	-199.276	-11.430	23.298	9.378
28/11/03	0,99	4.000.000	2,09%	20.939	7,20%	-71.976	2,54%	25.350	25.063	3,35%	2,09%	12.550	6,00%	120.000	0	4,66%	232.847	4,01%	-200.444	-11.246	21.157	7.733
27/02/04	0,98	4.000.000	2,04%	20.323	7,20%	-71.604	2,54%	25.350	24.934	3,35%	2,04%	12.995	6,00%	120.000	0	4,71%	234.233	4,10%	-203.904	-11.188	19.141	5.788
31/05/04	0,98	4.000.000	2,03%	20.732	7,20%	-73.572	2,54%	25.350	24.802	3,35%	2,03%	13.532	6,00%	120.000	0	4,76%	243.280	4,19%	-214.074	-11.496	17.709	3.203
30/08/04	0,97	4.000.000	2,13%	20.944	7,20%	-70.842	2,54%	25.350	24.669	3,35%	2,13%	12.211	6,00%	120.000	8	4,81%	236.838	4,28%	-210.573	-11.069	15.196	2.186
29/11/04	0,97	4.000.000	2,27%	22.180	7,20%	-70.438	2,54%	25.350	24.528	3,35%	2,27%	11.081	6,00%	120.000	38	4,87%	238.033	4,37%	-213.662	-11.006	13.375	763
28/02/05	0,96	4.000.000	2,44%	23.754	7,20%	-70.006	2,54%	25.350	24.378	3,35%	2,44%	9.803	6,00%	120.000	117	4,92%	238.951	4,46%	-216.395	-10.938	11.618	-336
30/05/05	0,96	4.000.000	2,68%	24.894	7,20%	-69.564	2,54%	25.350	24.220	3,35%	2,68%	9.061	6,00%	120.000	264	4,96%	239.612	4,53%	-218.763	-10.868	9.981	-1.144
29/08/05	0,95	4.000.000	2,75%	26.358	7,20%	-69.075	2,54%	25.350	24.053	3,35%	2,75%	8.197	6,00%	120.000	472	5,00%	240.066	4,60%	-220.879	-10.793	8.394	-1.800
29/11/05	0,94	4.000.000	2,89%	27.843	7,20%	-69.323	2,54%	25.350	23.877	3,35%	2,89%	7.483	6,00%	120.000	646	5,05%	243.089	4,68%	-225.214	-10.832	7.042	-2.492
28/02/06	0,93	4.000.000	3,06%	28.907	7,20%	-68.046	2,54%	25.350	23.695	3,35%	3,06%	6.543	6,00%	120.000	843	5,09%	240.522	4,75%	-224.311	-10.632	5.579	-2.479
29/05/06	0,93	4.000.000	3,18%	29.483	7,20%	-66.789	2,54%	25.350	23.509	3,35%	3,18%	5.957	6,00%	120.000	1.023	5,13%	237.701	4,81%	-223.053	-10.433	4.215	-2.582
29/08/06	0,92	4.000.000	3,36%	31.562	7,20%	-67.676	2,54%	25.350	23.310	3,35%	3,36%	5.319	6,00%	120.000	1.312	5,16%	242.603	4,87%	-228.863	-10.574	3.166	-3.007
29/11/06	0,91	4.000.000	3,54%	32.935	7,20%	-67.074	2,54%	25.350	23.103	3,35%	3,54%	4.688	6,00%	120.000	1.619	5,20%	242.102	4,93%	-229.538	-10.480	2.084	-2.675
28/02/07	0,90	4.000.000	3,68%	33.592	7,20%	-66.738	2,54%	25.350	22.891	3,35%	3,68%	4.172	6,00%	120.000	1.897	5,23%	238.699	4,98%	-227.356	-10.272	1.072	-2.115
29/05/07	0,89	4.000.000	3,73%	33.352	7,20%	-64.420	2,54%	25.350	22.681	3,35%	3,73%	4.064	6,00%	120.000	2.031	5,26%	235.145	5,03%	-224.933	-10.066	146	-2.144
29/08/07	0,89	4.000.000	3,82%	34.622	7,20%	-65.218	2,54%	25.350	22.463	3,35%	3,82%	3.926	6,00%	120.000	2.311	5,29%	239.374	5,07%	-229.841	-10.190	-657	-2.553
29/11/07	0,88	4.000.000	3,92%	35.129	7,20%	-64.576	2,54%	25.350	22.242	3,35%	3,92%	3.714	6,00%	120.000	2.586	5,32%	238.355	5,12%	-229.723	-10.090	-1.468	-2.393
29/02/08	0,87	4.000.000	4,04%	35.874	7,20%	-63.920	2,54%	25.350	22.016	3,35%	4,04%	3.429	6,00%	120.000	2.876	5,34%	237.092	5,17%	-229.293	-9.987	-2.189	-1.913
29/05/08	0,86	4.000.000	4,06%	34.942	7,20%	-61.906	2,54%	25.350	21.796	3,35%	4,06%	3.362	6,00%	120.000	2.909	5,36%	230.567	5,20%	-223.666	-9.673	-2.782	-1.678
				561.886		-1.364.886			473.427			152.572			20.913		4.763.103		-4.393.752	-213.263	156.087	0

Tavola 3

Piano ammortamento up-front € 377.000						
Trimestri	Debito iniziale	Rata	Tasso	Interessi	Quota capitale	Debito finale
1	377.000	25.350	12,02%	11.326	14.024	362.976
2	362.976	25.350	12,02%	10.905	14.446	348.530
3	348.530	25.350	12,02%	10.471	14.880	333.651
4	333.651	25.350	12,02%	10.024	15.327	318.324
5	318.324	25.350	12,02%	9.563	15.787	302.537
6	302.537	25.350	12,02%	9.089	16.261	286.276
7	286.276	25.350	12,02%	8.601	16.750	269.526
8	269.526	25.350	12,02%	8.097	17.253	252.273
9	252.273	25.350	12,02%	7.579	17.771	234.502
10	234.502	25.350	12,02%	7.045	18.305	216.197
11	216.197	25.350	12,02%	6.495	18.855	197.341
12	197.341	25.350	12,02%	5.929	19.422	177.920
13	177.920	25.350	12,02%	5.345	20.005	157.915
14	157.915	25.350	12,02%	4.744	20.606	137.308
15	137.308	25.350	12,02%	4.125	21.225	116.083
16	116.083	25.350	12,02%	3.487	21.863	94.220
17	94.220	25.350	12,02%	2.831	22.520	71.700
18	71.700	25.350	12,02%	2.154	23.196	48.504
19	48.504	25.350	12,02%	1.457	23.893	24.611
20	24.611	25.350	12,02%	739	24.611	0

Tavola 4

Pricing del contratto Inflazione Swap al 29/10/04

Scadenza	Fattore di sconto	Nozionale	Tasso Banca		Tasso Cliente		Componenti opzionali					Cash flow netto
			Tasso forward inflazione	Cash Flow attualizzato	Tasso fisso	Cash Flow attualizzato	Tasso forward Euribor	Opzione Floor	Opzione Cap	Opzione Digital CoN Call (2%)	Opzione Digital CoN Call (3%)	
02/11/05	0,98	4.500.000	0,67%	29.422	2,0%	-89.145	2,34%	107	-5.324	-8.608	-19.225	-92.773
02/11/06	0,95	4.500.000	2,74%	117.313	2,0%	-86.686	2,84%	3	-19.632	-8.542	-41.348	-38.892
02/11/07	0,92	4.500.000	1,90%	78.558	2,2%	-92.229	3,39%	2	-11.735	-28.927	-28.458	-82.790
02/11/08	0,88	4.500.000	1,35%	53.948	2,2%	-89.073	3,82%	0	-21.661	-27.875	-39.031	-123.692
02/11/09	0,85	4.500.000	1,38%	52.600	2,5%	-96.876	4,20%	1	0	-55.405	-16.957	-116.636
02/11/10	0,81	4.500.000	1,73%	63.263	2,5%	-92.695	4,51%	0	0	-53.023	-23.909	-106.363
02/11/11	0,78	4.500.000	2,14%	74.859	2,5%	-88.480	4,76%	0	0	-50.614	-28.109	-92.344
02/11/12	0,74	4.500.000	2,53%	84.205	2,5%	-84.540	4,93%	0	0	-48.229	-30.406	-78.969
02/11/13	0,70	4.500.000	2,81%	89.082	2,5%	-80.251	5,06%	0	0	-45.907	-30.540	-67.616
02/11/14	0,67	4.500.000	3,03%	91.164	2,5%	-76.347	5,11%	0	0	-43.674	-30.382	-59.239
				734.415		**-876.321**		**113**	**-58.353**	**-370.804**	**-288.364**	**-859.314**
											Up-front	502.000
											Differenza	**-357.314**

Tavola 5

Dettaglio dei flussi trimestrali Inflazione Swap Par

Scadenza	Fattore di sconto	Nozionale	Tasso Banca		Tasso Cliente					Componenti opzionali					Cash flow netto
			Tasso forward inflazione	Cash Flow attualizzato	Tasso fisso	Cash Flow attualizzato	Spread 2,31% (da sottarre ai flussi cliente)	Cash Flow nominali	Cash Flow attualizzato	Tasso forward Euribor	Opzione Floor	Opzione Cap	Opzione Digital CoN Call (2%)	Opzione Digital CoN Call (3%)	
02/11/05	0,98	4.500.000	0,67%	29.422	2,0%	-89.145	2,31%	103.776	101.382	2,34%	107	-5.324	-8.608	-19.225	8.609
02/11/06	0,95	4.500.000	2,74%	117.313	2,0%	-86.686	2,31%	103.776	98.585	2,84%	3	-19.632	-8.542	-41.348	59.693
02/11/07	0,92	4.500.000	1,90%	78.558	2,2%	-92.229	2,31%	103.776	95.354	3,39%	2	-11.735	-28.927	-28.458	12.564
02/11/08	0,88	4.500.000	1,35%	53.948	2,2%	-89.073	2,31%	103.776	91.839	3,82%	0	-21.661	-27.875	-39.031	-31.853
02/11/09	0,85	4.500.000	1,38%	52.600	2,5%	-96.876	2,31%	103.776	88.139	4,20%	1	0	-55.405	-16.957	-28.497
02/11/10	0,81	4.500.000	1,73%	63.263	2,5%	-92.695	2,31%	103.776	84.335	4,51%	0	0	-53.023	-23.909	-22.028
02/11/11	0,78	4.500.000	2,14%	74.859	2,5%	-88.480	2,31%	103.776	80.501	4,76%	0	0	-50.614	-28.109	-11.843
02/11/12	0,74	4.500.000	2,53%	84.205	2,5%	-84.540	2,31%	103.776	76.705	4,93%	0	0	-48.229	-30.406	-2.264
02/11/13	0,70	4.500.000	2,81%	89.082	2,5%	-80.251	2,31%	103.776	73.013	5,06%	0	0	-45.907	-30.540	5.397
02/11/14	0,67	4.500.000	3,03%	91.164	2,5%	-76.347	2,31%	103.776	69.461	5,11%	0	0	-43.674	-30.382	10.223
				734.415		**-876.321**			**859.314**		**114**	**-58.353**	**-370.804**	**-288.364**	**0**

Tavola 6

Piano ammortamento Up-front € 502.000						
Anni	Debito iniziale	Rata	Tasso	Interessi	Quota capitale	Debito finale
1	502.000	103.776	15,98%	80.205	23.571	478.429
2	478.429	103.776	15,98%	76.439	27.337	451.092
3	451.092	103.776	15,98%	72.071	31.704	419.388
4	419.388	103.776	15,98%	67.006	36.770	382.618
5	382.618	103.776	15,98%	61.131	42.645	339.974
6	339.974	103.776	15,98%	54.318	49.458	290.516
7	290.516	103.776	15,98%	46.416	57.360	233.156
8	233.156	103.776	15,98%	37.251	66.524	166.632
9	166.632	103.776	15,98%	26.623	77.153	89.479
10	89.479	103.776	15,98%	14.296	89.480	0

Allegato 1

Corte di Cassazione, sez. II Penale, sentenza 23 novembre - 19 dicembre 2011. n. 46669
Presidente Esposito – Relatore Chindemi

OSSERVA IN FATTO

Il Tribunale di Palmi, con sentenza in data 8/11/2007, assolveva, per non aver commesso il fatto, M.D.G.M. , D..C. , E..O. , C..G. , P.P.A. , G..F. , L..A. , B.M. e E..C. dai reati rispettivamente contestati di concorso in usura aggravata perché praticata nell'ambito di un'attività bancaria in danno di società di persone, in stato di bisogno e svolgenti attività imprenditoriale, per avere applicato tassi superiori a quelli previsti dalle norme all'epoca vigenti con riferimento ai rapporti economici intrattenuti con il "Gruppo De Masi", comprendente anche società facenti capo allo stesso, presso gli istituti di credito Banca Antoniana Veneta, Banca di Roma e BNL, con riferimento a fatti avvenuti tra il quarto trimestre del 1997 e la fine del 2002.

Le imputazioni sono state elevate nei confronti di M. , G. e A. quali presidenti e legali rappresentanti, rispettivamente della Banca Antoniana Veneta, Banca di Roma e BNL e nei confronti degli altri imputati nella qualità di funzionari responsabili e/o direttori di filiali dei tre istituti bancari, come tale responsabili della pattuizione e successiva modificazione dei tassi di interesse relativi ai conti correnti del gruppo. La contestazione riguardava, in particolare, l'applicazione di tassi superiori alle disposizioni normative vigenti nel periodo considerato e della CMS (commissione di massimo scoperto) al fine di ottenere un aumento del tasso effettivo in concreto applicato (TAEG).

Veniva contestata l'applicazione strumentale della circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 e di quelle successive nelle quali si prevedeva che la CMS non era valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Il Tribunale riteneva che la CMS dovesse essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, stante il chiaro tenore letterale dell'articolo 644 c.p. e considerava rilevanti, ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l'utente aveva sopportato in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della Banca d'Italia.

Evidenziava, tuttavia, il Tribunale che ai presidenti degli istituti di credito non poteva ascriversi alcuna responsabilità, al riguardo, avendo i rispettivi istituti adottato un sistema che affidava a una articolazione centralizzata e semi apicale, in posizione sotto - ordinata rispetto al consiglio di amministrazione, la determinazione delle condizioni applicate alla clientela e, quindi, anche dei tassi.

Analogamente, nessuna censura poteva ascriversi ai direttori e ai funzionari di banca che in loco avevano avuto rapporti col gruppo De Masi, non avendo alcuna potestà di intervenire sulla entità dei tassi anche in considerazione della informatizzazione a livello centrale della procedura di gestione dei tassi medesimi.

La Corte di appello di Reggio Calabria, con sentenza in data 2/7/2010, in parziale riforma della sentenza del Tribunale, appellata dal PM presso il Tribunale di Palmi, dal Procuratore Generale e dalle parti civili, assolveva G.M..M. , G.C. e L..A. dei reati loro rispettivamente ascritti perché il fatto non costituisce reato, confermando, nel resto, l'impugnata sentenza.

La Corte territoriale, ribaltando la sentenza del Tribunale, riteneva che fosse riferibile ai presidenti e legali rappresentanti degli istituti di credito interessati M. , G. e A. la condotta usuraria in termini oggettivi, confermando, sul punto, la sentenza di primo grado con riferimento agli altri imputati.

In sintesi il giudice di appello confermava la sussistenza del reato di usura, rilevando, dall'esame degli statuti delle tre banche interessate, che i presidenti dei rispettivi consigli di amministrazione avevano poteri in materia di erogazione del credito, rientranti nell'ambito dei più generali poteri di indirizzo dell'impresa, ritenendo sussistere in capo agli stessi una posizione di garanzia essendo gli interessi protetti dalla norma incriminatrice soggetti alla sfera d'azione e di potenziale controllo dei presidenti e legali rappresentanti dei tre istituti di credito.

Rilevava, inoltre, la mancanza di deleghe a terzi in materia di remunerazione del credito, escludendo che i predetti imputati potessero considerarsi estranei alla condotta usuraria in quanto ad essi riferibile sotto il profilo oggettivo.

Sotto il profilo soggettivo, invece, riteneva mancare la conoscenza e l'intenzione di praticare tassi usurari alle imprese del gruppo De Masi, pur valutando i comportamenti dei predetti imputati connotati da negligenza e rientranti quindi nell'alveo del parametro psicologico della colpa, non punibili ai sensi dell'articolo 644 c.p., adottando la diversa formula assolutoria "perché il fatto non costituisce reato".

La Corte invece confermava la sentenza del Tribunale con riferimento ai direttori e ai funzionari locali, ritenuti estranei alla condotta usuraria da altri materialmente posta in essere, non avendo la possibilità di predisporre idonee cautele a scongiurare il prodursi di tassi usurari, né potendosi richiedere di non procedere alla stipulazione del contratto di finanziamento con i privati in contrasto con l'attività precipua dell'intermediario bancario che consiste nell'allocazione del risparmio raccolto.

Proponevano ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di appello di Reggio Calabria con riferimento alla pronuncia assolutoria nei confronti di G.M..M. , G.C. e L..A. , il difensori dei predetti imputati e il difensore delle parti civili. Il Procuratore Generale deduceva violazione di legge e difetto di motivazione sotto i seguenti profili:

a) erronea e omessa individuazione dell'elemento soggettivo del reato di usura, nei confronti dei predetti imputati, sotto il profilo del dolo eventuale, avendo comunque gli stessi accettato il rischio del verificarsi dell'evento, dovendo, nella loro qualità di organi apicali delle banche, essere al corrente delle questioni di maggiore rilevanza attinenti all'attività d'impresa e, tra queste, quella sulla remunerazione del denaro oggetto delle operazioni in cui si concretizza l'esercizio del credito, non potendo il titolare di una posizione di garanzia declinare gli obblighi di controllo e di vigilanza che la legge pone a suo carico.

Rilevava anche la Corte di merito la mancanza di deleghe validamente conferite, evidenziando, comunque, che, anche in tal caso, i presidenti dei rispettivi consigli di

amministrazione non si sarebbero potuti considerare esonerati dal dovere di vigilare sul corretto esercizio dei poteri delegati, dovendo controllare che la gestione dell'attività di esercizio del credito fosse conforme alla legge e non usuraria.

Il difensore di G.M. M. deduceva i seguenti motivi:

a) violazione di legge e difetto e contraddittorietà della motivazione, rilevando un contrasto tra capo d'imputazione e sentenza con riferimento alla affermata posizioni di garanzia di M.G.M. , essendo stata modificata la natura del reato da commissivo a omissivo.
Lamentava anche violazione di legge e contraddittorietà e illogicità della motivazione con riferimento alla omessa rilevazione dei differenti compiti, desumibili dalle stesse disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e di governo societario delle banche, tra il direttore generale e il vertice dell'esecutivo chiamato a deliberare sugli indirizzi di carattere strategico della banca e il consiglio di amministrazione responsabile della gestione aziendale Escludeva, inoltre, la possibilità di un coinvolgimento del presidente in compiti di gestione o l'attribuzione allo stesso di un ruolo esecutivo di determinazione del controllo dei tassi applicati alla clientela che fanno capo, invece, alla direzione generale della banca, non essendo, inoltre, possibile delegare poteri mai assunti o conferiti;

b) violazione di legge, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione per erronea applicazione dell'articolo 644 c.p., dei decreti del Ministro del Tesoro e delle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale ai sensi della legge sull'usura.

In particolare rilevava l'erroneità della motivazione della sentenza nella parte in cui riteneva l’asserita sussistenza, sotto il profilo oggettivo, del delitto di usura, a seguito della emanazione d.l. 29.11.2008, n. 185, art. 2 bis, convertito nella 1.28.1.2009,n. 2, in cui, per la prima volta, il legislatore ha previsto le inclusione nel calcolo del TAEG della commissione di massimo scoperto, essendo incluso dalla normativa la CMS ai fini della individuazione del limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 c.p.. Tale inclusione doveva ritenersi operante solo dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, escludendo essersi verificato, per il passato, alcun superamento dei tassi soglia stabiliti in tema di usura.

Il difensore di C. G. deduceva i seguenti motivi:

a) violazione di legge per mancanza di specificità dei motivi di appello e contrasto tra capo d'imputazione e motivazione con riferimento al ruolo di "amministratore" mai contestato in precedenza;

b) contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione non avendo la Corte territoriale valutato che il ricorrente era stato legale rappresentante e presidente del consiglio di amministrazione della Banca di Roma solo fino alla 30.6.2002 e doveva essere, quindi, ritenuto estraneo agli ipotetici esuberi contestati nei capi d'imputazione f), g), e i) con riferimento pure al terzo e quarto trimestre del 2002.

Con riferimento ai periodi precedenti contestava che il consiglio d'amministrazione, organo di vertice deputato ad erogare credito, fosse competente anche a decidere il *pricing*, ovvero le relative condizioni, non essendo previsto tale compito né dallo statuto né dalle normative interne in capo al consiglio d'amministrazione, spettando, invece, quale attribuzione originaria e non delegata, alla direzione generale dell'istituto;

c) contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, inosservanza e/o erronea applicazione dell'articolo 644 c.p., dei decreti trimestrali del Ministero del Tesoro e delle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio, ai sensi della legge sull'usura, non avendo la Corte di merito emesso una sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" con riferimento ai trimestri indicati nei capi d'imputazione f) g) ed i) in cui, secondo il perito, non si erano verificati esuberi di tasso di interessi né applicazioni di CMS eccedenti rispetto al tasso soglia. Rilevava, inoltre, l'erroneità, quale vizio motivazionale della sentenza, della ritenuta sussistenza dell'elemento materiale del reato di usura, desunto con un criterio analogico *in malam partem*.

Evidenziava come legittimamente fosse richiesto un tasso maggiore a titolo di CMS in caso di conto corrente non affidato - in cui il credito erogato è superiore al fido concesso, rispetto al conto corrente affidato - in cui l'utilizzo avvenga regolarmente nei limiti del fido, dovendo, nel primo caso la banca fronteggiare un inatteso e irregolare utilizzo del credito da parte del cliente, rappresentando un costo ulteriore, di natura sanzionatoria o risarcitoria, al pari degli interessi moratori.

Ribadiva le medesime considerazioni già formulate nel secondo motivo di ricorso nell'interesse di M.G.M. con riferimento alla erronea affermazione di interpretazione autentica dell'art. 2 *bis* D.L. 29.11.2008, n. 185, convertito nella 1.28.1.2009, n. 2.

Nell'interesse di L. A. il difensore deduceva i seguenti motivi:

a) nullità della sentenza per travisamento della prova e manifesta illogicità avendo la Corte erroneamente individuato tra i compiti del presidente del consiglio di amministrazione anche la determinazione dei tassi di interesse, esclusa, invece, dalla competenza di tale organo, così come la possibilità di concedere deleghe al riguardo con riferimento ad un potere mai conferito all'organo delegante, spettante, invece, al direttore generale quale potere autonomamente conferito;

b) nullità della sentenza per violazione del principio della immutabilità dell'accusa, in contrasto con la motivazione che ha artatamente modificato la condotta del ricorrente, originariamente ascritta quale commissiva, in omissiva, consistente nella mancata adozione di soluzioni organizzative che assicurassero l'osservanza dei precetti penali da parte dell'intera organizzazione;

c) nullità della sentenza per erronea interpretazione ed applicazione dell'articolo 644 c.p., illegittimità costituzionale del delitto di usura per violazione dei principi della riserva di legge e di determinatezza-tassatività della fattispecie incriminatrice, nullità della sentenza per travisamento della prova e per illogicità manifesta.

Rilevava, in particolare, l'erroneità del calcolo ai fini della determinazione del tasso soglia non avendo mai percepito la Bnl per interessi e CMS, interessi complessivi superiori al tasso soglia, contestando il valore di interpretazione autentica attribuito dalla Corte territoriale al D.l. 29/11/2008, numero 185 (art. 2 bis), evidenziando, in particolare, come dal 2009 il tasso soglia si innalza percentualmente in ragione della esclusione di tale voce nella formula di calcolo con riferimento a conti non affidati, non potendo attribuirsi valore di interpretazione autentica a interventi normativi successivi, eccependo l'illegittimità costituzionale della normativa di riferimento della determinazione dei tassi usurari all'epoca vigente.

Il difensore delle parti civili deduceva i seguenti motivi:

a) mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, violazione di legge, mancata assunzione di una prova decisiva, rilevando come la sentenza impugnata, dopo aver ritenuto la sussistenza dei fatti di usura contestati e la loro commissione da parte dei presidenti dei tre istituti di credito interessati, abbia erroneamente ritenuto non integrati i relativi reati in quanto è stato ritenuto il dubbio sull'elemento soggettivo del dolo, omettendo ogni valutazione sugli argomenti difensivi.

Riteneva, stante le condizioni di erogazione del credito praticate in Calabria, che tale scelta strategica appartenesse all'organo apicale delle rispettive banche, cioè il consiglio di amministrazione, di cui gli imputati erano presidenti e necessariamente consapevoli di tale scelta, anche in considerazione della circostanza che durante le assemblee della Banca di Roma un socio aveva esplicitamente rappresentato che le condizioni di erogazione del credito praticate alla clientela erano illecite.

Deduceva, inoltre, la nullità e l'inesistenza della perizia D. avendo operato tale consulente accessi presso le banche senza che fossero informate le difese, avendo i consulenti della parte civile il diritto di assistere alle modalità di espletamento degli accessi del consulente presso le banche, rilevando errori di metodo, di tecnica e di conteggio, censurando, quale mancata assunzione di prova decisiva, la omessa effettuazione della perquisizione richiesta nelle sedi degli istituti di credito allo scopo di acquisire una completa documentazione riguardante il tema dell'erogazione del credito da parte dei consigli d'amministrazione, l'azione dei comitati esecutivi, utile per dimostrare la consapevole conoscenza dei tre presidenti in ordine al reato di usura.

Sottolineava, ai fini dell'elemento soggettivo del reato che il condizionare da parte delle banche l'erogazione del credito, già usurario, alla disponibilità del cliente di farvi ricorso in misura maggiore rispetto a quella utile, al fine di far destinare da parte del cliente una parte significativa delle somme ricevute all'acquisto di titoli-spazzatura, costituisce dato univocamente significativo al fine di desumerne, da parte dei tre presidenti, elementi significativi al fine della prova del dolo, circostanze tutte dedotte e non esaminate dalla Corte di merito;

b) violazione di legge non avendo la Corte territoriale individuato l'oggetto del dolo, avendo sovrapposto tale tema con quello dell'accertamento, essendo irrilevante che i vertici degli istituti di credito conoscessero o meno specificamente i nominativi dei clienti degli istituti da loro amministrati, essendo, comunque, a conoscenza della natura usuraria delle condizioni del credito praticate alla clientela calabrese, non potendo costituire giustificazione l'ambiguità delle circolari della Banca d'Italia che, comunque, non avrebbero potuto derogare alla legge, né l'avere in dotazione sistemi informatici non funzionanti.

Nell'interesse delle parti civili di C..G. e A. L. venivano prodotte memorie difensive, illustrative dei motivi dei rispettivi ricorsi.

Il difensore di C..G. produceva motivi nuovi evidenziando come la stessa Banca d'Italia, in sede di ispezioni presso la Banca di Roma, non aveva mai ravvisato profili di illegittimità né aveva adottato alcun provvedimento nei confronti dell'Istituto che aveva deliberato che il c.d. *pricing* spettasse alla Direzione Generale e all'Area Commerciale della Banca di Roma.

Rilevava, inoltre, come il Consiglio dei Ministri, con decreto legge in data 13 maggio 2011, n. 70, poi convertito in legge in data 7 luglio 2011, n. 106, ha previsto una modifica migliorativa per le aperture di credito in conto corrente, comportando un tasso

soglia che, contenuto nel limite degli otto punti percentuali rispetto al TEGM, è più alto rispetto a quello individuato sulla base del precedente calcolo e, applicando la nuova normativa, l'unico esubero individuato dal perito per la Banca di Roma, nel secondo semestre 1999, non sarebbe più tale.

Riteneva tale nuova normativa applicabile retroattivamente ex art. 2, comma, 2, c.p..

Con memoria difensiva di replica il difensore delle parti civili riteneva, comunque, inapplicabile "*ratione temporis*" la modifica legislativa, rilevando, in ogni caso, che il tasso soglia, ricalcolato in base alla nuova normativa, comprensivo della commissione del massimo scoperto e del costo dell'anatocismo, risultava ancora superiore in due trimestri (2 trimestre 1999 e terzo trimestre 2002).

Insisteva nella richiesta di perquisizione con riapertura dell'istruttoria dibattimentale. Con ulteriore memoria difensiva rilevava l'inammissibilità del ricorso degli imputati nella parte relativa alla sussistenza del fatto, non avendo proposto appello contro la sentenza di primo grado che ne aveva dichiarato la sussistenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) In ordine logico va esaminata la questione, dedotta dalla parte civile, della inammissibilità dei ricorsi in punto sussistenza del fatto, non avendo gli imputati dedotto motivi di ricorso in appello sul punto.

Il motivo è infondato.

L'assoluzione in primo grado con la formula liberatoria "per non aver commesso il fatto" ha privati gli imputati dell'interesse ad impugnare e consente, quindi, in forza di un costante principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la più ampia difesa in cassazione avendo, per quanto carenti di interesse all'appello, comunque prospettato al giudice di tale grado, mediante memorie, atti, dichiarazioni verbalizzate, l'avvenuta acquisizione dibattimentale di altre e diverse prove, favorevoli e nel contempo decisive, pretermesse dal giudice di primo grado nell'economia di quel giudizio, oltre quelle apprezzate e utilizzate per fondare la decisione assolutoria (Sez. U, Sentenza n. 45276 del 30/10/2003 Ud. (dep. 24/11/2003, Rv. 226093).

Nel caso di specie sarebbe contraddittorio riconoscere la possibilità di modificare il criterio di valutazione della responsabilità (da reato commissivo a reato omissivo) e precludere agli imputati ogni contestazione in sede di ricorso per cassazione.

2) La difesa di C..G. rileva asseriti contrasti tra capo d'imputazione e motivazione con riferimento al ruolo di "amministratore", ritenuto in sentenza e mai contestato in precedenza, mentre tutti i ricorrenti rilevano il contrasto tra capo d'imputazione e sentenza con riferimento alla affermata posizioni di garanzia degli imputati, con conseguente modifica della natura del reato da commissivo a omissivo.

Tali motivi sono tutti infondati in quanto, nella fattispecie non si è verificata alcuna immutazione della correlazione fra la imputazione originariamente contestata (che descrive una condotta sviluppatasi in un ben determinato arco temporale) ed il fatto ritenuto in sentenza. È assolutamente pacifico, alla luce della giurisprudenza di questa Corte, che per aversi violazione del principio di correlazione fra l'imputazione e

sentenza occorre che si verifichi una trasformazione del fatto nei suoi elementi essenziali, non ravvisabile nella fattispecie, tale da pregiudicare, in concreto, il diritto alla difesa.

Ha osservato, infatti, questa Corte che "*con riferimento al principio di correlazione fra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, si da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'"iter" del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione*". (Sez. U, Sentenza n. 16 del 19/06/1996 Cc. (dep. 22/10/1996) Rv. 205619).

La giurisprudenza di legittimità si ispira, nel verificare la mancata corrispondenza tra accusa contestata e fatto ritenuto in sentenza, al principio secondo cui il parametro che consente di verificare, nel caso in cui sia accertato lo scostamento indicato, l'esistenza della violazione del principio in questione è costituito dal rispetto del diritto di difesa nel senso che l'imputato deve avere avuto, in concreto, la possibilità di difendersi dall'addebito contestatogli.

Si ha dunque il rispetto del principio nei casi in cui della violazione poi ritenuta in sentenza si sia trattato nelle varie fasi del processo ovvero in quelli nei quali sia stato lo stesso imputato ad evidenziare il fatto diverso quale elemento a sua discolpa (si vedano in questo senso, da ultimo, Cass., sez. 4^, 15 gennaio 2007 n. 10103, Granata, rv. 236099; sez. 2^, 23 novembre 2005 n. 46242, Mignatta, rv. 232774; sez. 4A, 17 novembre 2005 n. 2393, Tucci, rv. 232973; 10 novembre 2005 n. 47365, Codini, rv. 233182; 25 ottobre 2005 n. 41663, Canonizzo, rv. 232423; 4 maggio 2005 n. 38818, De Bona, rv. 232427; sez. 1^, 10 dicembre 2004 n. 4655, Addis, rv. 230771).

Naturalmente non deve trattarsi di fatto completamente diverso ed eterogeneo in cui l'imputazione venga immutata nei suoi elementi essenziali (v. Cass., sez. 1^, 14 aprile 1999 n. 6302, Iacovone; sez. 6^, 14 gennaio 1999 n. 2642, Catone).

L'asserita impossibilità di passare dalla contestazione del dolo commissivo a quello omissivo e viceversa, non è, dunque, assoluta, ma dipende dalla contestazione in fatto, dovendosi accertare se la sostituzione o l'aggiunta di un profilo diverso di responsabilità, rispetto ai profili originariamente contestati realizzi una diversità o mutazione del fatto, con sostanziale ampliamento o modifica della contestazione.

Nel caso di specie deve negarsi tale evenienza e, peraltro, nel corso del giudizio di appello, gli imputati ebbero a difendersi ampiamente nel corso del loro esame e i difensori degli stessi hanno avuto modo di ribattere compiutamente in ordine ai rilievi che poi sono stati presi in considerazione dalla sentenze di merito con riferimento a tutti gli aspetti dell'accusa formulata nei confronti degli imputati.

La verifica dell'assenza di un pregiudizio per la loro difesa non può che concludersi negativamente, in quanto, in concreto, non vi è stata alcuna lesione del diritto di difesa, essendosi, delle violazioni contestate, ampiamente discusso anche nel corso del

giudizio di primo grado ed avendo avuto, gli imputati, ampie garanzie e possibilità difensive su tutti i punti dell'accusa posti a fondamento della sentenza di condanna.

L'eccezione di incompetenza territoriale, formulata in via subordinata nelle conclusioni rassegnate in udienza, non risulta dedotta né nei motivi di ricorso, né di appello e va, quindi, dichiarata inammissibile trattandosi di motivo nuovo.

3) In ordine logico vanno esaminate, preliminarmente, le censure attinenti alla ritenuta sussistenza del reato di usura sotto il profilo oggettivo, essendo la sussistenza del reato presupposto la premessa di tutte le ulteriori censure mosse alla sentenza.

Questa Corte, superando un precedente orientamento contrario (Cass. 26.11.2008,n. 8551) ha affermato che In tema di usura, ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usuraio del tasso effettivo globale di interesse (TEG) praticato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile (Sez. 2, Sentenza n. 28743 del 14/05/2010 Ud. (dep. 22/07/2010) Rv. 247861 ; Sez. 2, Sentenza n. 12028 del 19/02/2010 Cc. (dep. 26/03/2010) Rv. 246729).

La norma di cui al'art. 644 c.p. configura una norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie incriminatrice giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole. (cfr Sez. 3, Sentenza n. 43829 del 16/10/2007 Ud. (dep. 26/11/2007) Rv. 238262; Sez. 1, Sentenza n 19107 del 16/05/2006 Ud. (dep. 30/05/2006) Rv. 234217 Sez. 3^, 22 febbraio 2000 n. 3905, rv. 215952; Sez. 3^, 23 aprile 1986 n. 5231, rv. 173042).

Occorre, invece, verificare, alla luce dell'art. 2, comma 3, in caso di successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale, se debba trovare applicazione la normativa precedente o successiva al fine della punibilità della condotta realizzata sotto la vigenza della normativa preesistente.

L'applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, sancito dall'art. 2 comma terzo cod. pen., presuppone una modifica in via generale della fattispecie incriminatrice, cioè di quelle norme che definiscono il reato nella sua struttura essenziale e circostanziata, comprese le norme extrapenali che la integrano.

La rilevanza, ai fini della configurabilità del reato di usura, desunto dalla modifica dei criteri di rilevazione del tasso soglia va valutata sotto il duplice aspetto della rilevanza della condotta con riferimento all'art. 25 Cost. e art. 2, comma 3, c.p..

Il principio di legalità - che l'articolo 25, II comma, della Costituzione, ha esteso ad ogni illecito - pone come limite insuperabile, perché sussista lo "*ius puniendi*" dello Stato, la preesistenza al fatto di una norma che vieti la condotta posta in essere e che preveda una punizione per l'inosservanza del precetto.

L'articolo 25 della Costituzione vieta la retroattività della legge penale, ma non concerne l'ultrattività della norma.

La Corte di Cassazione ha più volte affermato il principio secondo cui “l'istituto della successione delle leggi penali (art. 2 cod. pen.) riguarda la successione nel tempo delle norme incriminatrici” tra le quali non rientrano "le vicende successorie di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice né quelle di atti o fatti amministrativi che, pur influendo sulla punibilità o meno di determinate condotte, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta, pertanto immutata e quindi in vigore (Sez. 3, Sentenza n. 43829 del 16/10/2007 Ud. (dep. 26/11/2007) Rv. 238262).

Questa Corte, considerando che la stessa giurisprudenza di legittimità non ha un orientamento uniforme, ritiene di aderire all'orientamento che afferma l'inapplicabilità del principio previsto dall'art. 2 c.p., comma 3, in caso di successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale, che non incidano sulla struttura essenziale del reato ma comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto delineando la portata del comando.

Il principio espresso dall'articolo 2, comma terzo, cod. pen., troverebbe applicazione solo nella diversa ipotesi in cui la nuova disciplina, anziché limitarsi a regolamentare diversamente i presupposti per l'applicazione della norma penale, modificando i criteri di individuazione del tasso soglia,avesse esclusa l'illiceità oggettiva della condotta.

Invece la nuova disciplina non ha inteso sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nelle vigenza delle normativa precedente, e quindi l'illiceità penale della stessa, essendosi limitata a modificare, ma solo per il futuro, i presupposti per l'applicazione della norma incriminatrice penale, (per l'applicazione di tale principio in una vicenda relativa al trattamento da riservare alla sostanza "norefredina" o "fenilpropanolamina", che, successivamente alla commissione dei fatti "sub iudice", relativamente ai quali era stato contestato il reato di cui all'articolo 73 d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, era stata ricompresa tra i "precursori", ossia tra le sostanze suscettibili di impiego per la produzione di sostanze stupefacenti o psicotrope., Sez. 4, Sentenza n 17230 del 22/02/2006 Cc. (dep. 18/05/2006) Rv. 234029) (cfr, con diverse prospettazioni, Cass., sez. 5^, 3 aprile 2002 n. 18068, Versace, rv. 221917; sez. 3A, 12 marzo 2002 n. 18193, Fata, rv. 221943; sez. 3^, 19 marzo 1999 n. 5457, Arlati, rv. 213465; sez. 4^, 10 marzo 1999 n. 4904, Brunetto, rv. 213533; sez. 3^, 17 febbraio 1998 n. 4720, Vittoria, rv. 210701; sez. 3^, 16 febbraio 1996 n. 758, Crivelli, rv. 204863).

I criteri di individuazione del tasso soglia precedente alla modifica normativa sono riconducigli a una condotta penalmente sanzionata perché ritenuta comunque ricollegabile alla tutela del bene protetto dalla disciplina del reato di usura; la relativa normativa è caratterizzata dalla natura "formale" dei criteri di individuazione del tasso soglia, accentuando l'esigenza di valutare il disvalore con il riferimento alle condotte relative alla determinazione del tasso soglia vigente al momento del fatto, non trattandosi di una vera e propria "*abrogatio criminis*".

La successione di norme extrapenali determina esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento e, in tale ipotesi, non viene meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso" (cfr Sez. 3, Sentenza n. 43829 del 16/10/2007 Ud. (dep. 26/11/2007) Rv. 238262).

Deve, quindi, concludersi che la modifica della normativa secondaria, avvenuta con D.L. n. 70/2011, poi convertito in legge, non trova applicazione retroattiva ex art. 2, comma 2, c.p., non modificandosi la norma incriminatrice, essendo il tasso soglia variabile anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo. Non ricorre infatti l'ipotesi di cui all'art. 2, terzo comma, cod. pen. qualora il fatto sia punito in base al limite stabilito dalla legge, per il periodo di riferimento, oltre il quale gli interessi vanno considerati usurari, stabilito, in relazione alle operazioni in oggetto, dall'art. 2, comma 4, l. n. 108/1996 che prevedeva che "*il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito dal tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi del comma primo, relativamente alla categoria di operazione in cui il credito è compreso, aumentato della metà*".

La modifica operata con D.L. n. 70 convertito in legge in data 7 luglio 2011, n. 106 (che all'art. 8, comma 5, lett. d) ha previsto che all'art. 2, comma 4, della l. 7.3.1996, n. 108, le parole "aumentato della metà", sono sostituite dalle seguenti: "*aumentato di un quarto", cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali*) non determina l'automatica "espansione" della nuova legge, perché l'applicazione di tale norma contrasterebbe con la natura del fenomeno della abrogazione, che opera "*ex nunc*".

La norma secondaria abrogata resta, infatti, vigente, per il periodo anteriore alla abrogazione, impedendo, per lo stesso periodo, l'applicazione della nuova normativa, in quanto sarebbe contrario al sistema considerare ampliato, ora per allora, il raggio di azione di quest'ultima norma, non differenziando la punizione dei fatti commessi sotto il vigore della legge abrogatrice da quelli commessi successivamente.

La portata dell'intervento innovativo sulla determinazione dei criteri di individuazione del tasso soglia e la mancanza di norme transitorie, certamente non dovuta a disattenzione, denotano che si è voluto dare alla normativa (che ha introdotto un regime maggiormente favorevole agli istituti bancari in relazione al reato di usura) operatività con esclusivo riferimento a condotte poste in essere dopo la sua entrata in vigore, senza produrre effetti su preesistenti situazioni, regolate dalla normativa precedente.

Peraltro, in base alle corrette osservazioni contenute nella memoria di parte civile, deve ragionevolmente ritenersi che, comunque, sia pure per alcuni trimestri, anche con riferimento alla nuova normativa, vi sarebbe stato lo sforamento del tasso soglia, rimanendo integro il fatto materiale, potendo, al più, sotto il profilo penale, operarsi una nuova valutazione in concreto della entità della violazione.

Con riferimento alla determinazione del tasso di interesse usurario, ai sensi del comma quattro dell'articolo 644 c.p., si tiene, quindi, conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito. Incensurabile in questa sede, essendo immune da vizi logici, è la valutazione di entrambi i giudici di merito di far riferimento alla perizia del Dott. Cr. che ha seguito l'impostazione metodologica poi recepita in sentenza, scegliendo di utilizzare il criterio della CMS - soglia per accertare i casi di sforamento, indivi-

duandoli, in concreto, ogni volta che risulti superato il valore medio aumentato della metà.

Quindi, come peraltro rilevato sia dal Tribunale e dalla Corte territoriale, 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 (circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 e successive) in cui si prevedeva che la CMS non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo.

Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito.

Né possono avere rilievo le differenziazioni del tasso operato in caso di conto corrente non affidato - in cui il credito erogato è superiore al fido concesso, rispetto al conto corrente affidato - in cui l'utilizzo avvenga regolarmente nei limiti del fido, dovendo, comunque, la banca non superare il tasso soglia normativamente previsto indipendentemente dalla circostanza che nel caso di conto corrente non affidato la banca debba fronteggiare un inatteso e irregolare utilizzo del credito da parte del cliente, che, pur rappresentando un costo per l'eventuale scorretto comportamento del cliente, non può comunque giustificare il superamento del tasso soglia, trattandosi di un costo collegato all'erogazione del credito che ricorre ogni qualvolta il cliente utilizza lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo dell'onere, per la banca, di procurarsi e tenere a disposizione del cliente la necessaria provvista di liquidità.

La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644, comma 4, c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere "*le remunerazioni a qualsiasi titolo*", ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore del credito.

Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usuraio, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo.

In termini generali, quindi, 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.).

4) Va affrontata, trattandosi di questione in ordine logico, preliminare, la attribuibilità, sotto il profilo soggettivo, anche ai presidenti dei consigli di amministrazione delle rispettive banche della responsabilità penale per i tassi usurari praticati alla clientela.

Il Tribunale e la Corte territoriale hanno dato risposte differenti, pervenendo, tuttavia, entrambe all'assoluzione degli imputati sia pure con formule differenti: assoluzione per "non aver commesso il fatto" per il Tribunale e assoluzione "perché il fatto non costituisce reato" per la Corte territoriale che ha escluso l'elemento soggettivo.

È irrilevante, ai fini dell'accertamento della responsabilità degli imputati che gli altri componenti dei Consigli di Amministrazione degli Istituti di credito interessati non siano stati chiamati a rispondere per i medesimi fatti.

Non appare censurabile, in questa sede, la mancata riapertura dell'istruttoria dibattimentale, richiesta dal difensore delle parti civili, allo scopo di acquisire una completa documentazione riguardante il tema dell'erogazione del credito da parte dei consigli di amministrazione delle banche e il ruolo dei comitati esecutivi, utile per mostrare la consapevolezza dei tre presidenti in ordine al reato di usura.

Sul punto questa Suprema Corte ha più volte affermato il principio - condiviso dal Collegio - che atteso il carattere eccezionale della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, il mancato accoglimento della richiesta volta ad ottenere detta rinnovazione in tanto può essere censurato in sede di legittimità in quanto risulti dimostrata, indipendentemente dall'esistenza o meno di una specifica motivazione sul punto nella decisione impugnata, la oggettiva necessità dell'adempimento in questione e, quindi, l'erroneità di quanto esplicitamente o implicitamente ritenuto dal giudice di merito circa la possibilità di "decidere allo stato degli atti", come previsto dall'art.603, comma 1, del codice di procedura penale. Ciò significa che deve dimostrarsi resistenza, nell'apparato motivazionale posto a base della decisione impugnata, di lacune o manifeste illogicità, ricavabili dal testo del medesimo provvedimento o da altri atti specificamente indicati (come previsto dall'art. 606, comma 1, lett. E, c.p.p.) e concernenti punti di decisiva rilevanza, le quali sarebbero state presumibilmente evitate qualora fosse stato provveduto, come richiesto, all'assunzione o alla riassunzione di determinate prove in sede di appello. (Si vedano: Sez. 1, Sentenza n. 9151 del 28/06/1999 Ud. -dep. 16/07/1999 - Rv. 213923; Sez. 5, Sentenza n. 12443 del 20/01/2005 Ud. - dep. 04/04/2005 - Rv. 231682).

Risulta, invero, acquisita e prodotta in giudizio, in base alla implicita valutazione di entrambi i giudici di merito, documentazione sufficiente, unitamente alle risultanze della prova testimoniale, per poter decidere. In sintesi, il Tribunale ritiene che ai presidenti degli istituti di credito non potesse ascriversi alcuna responsabilità, con riferimento all'applicazione dei tassi usurari, avendo i rispettivi istituti adottato un sistema che affidava a una articolazione centralizzata e semiapicale, in posizione sotto - ordinata rispetto al consiglio di amministrazione, la determinazione delle condizioni applicate alla clientela e, quindi, anche dei tassi.

La Corte di appello ribaltava tale impostazione ritenendo, in base ad una interpretazione dei poteri conferiti al consiglio d'amministrazione dagli statuti degli istituti di credito, che i presidenti dei rispettivi consigli di amministrazione avessero poteri in materia di erogazione del credito, rientranti nell'ambito dei più generali poteri di indirizzo dell'impresa bancaria, sussistendo in capo agli stessi una posizione di garan-

zia essendo gli interessi protetti dalla norma incriminatrice soggetti alla sfera d'azione e di potenziale controllo dei presidenti e legali rappresentanti dei tre istituti di credito.

Con Riferimento alla Banca di Roma, ad esempio, va rilevato come l'art. 17 del relativo Statuto letto alla luce del successivo art. 21 che determina i poteri del direttore generale, conferisce al Consiglio d'amministrazione tutti i poteri per l'ordinaria e straordinaria amministrazione e, al secondo comma, riconosce al CDA "la determinazione degli indirizzi generali di gestione"; il sesto comma prevede poi che "in materia di erogazione del credito e di gestione corrente, poteri possono essere altresì delegati al Direttore generale, ai dirigenti e funzionari, singolarmente o riuniti in comitati, nonché ai preposti ed addetti alle dipendenze entro limiti di importi predeterminati. Le decisioni assunte dai destinatari delle deleghe devono essere portate a conoscenza del Consiglio secondo le modalità fissate dallo stesso Consiglio".

Anche se dalla normativa secondaria, quali delibere e regolamenti, dovesse risultare l'attribuzione ad altri organismi, quali il direttore generale o il settore commerciale, delle competenze relative alla fissazione dei tassi, rimane salvo il potere di controllo e vigilanza del Consiglio d'amministrazione degli istituti di credito in funzione di garanzia, quest'ultimo non delegabile.

Corollario di tale affermazione, anche in mancanza di deleghe in materia di remunerazione del credito, è la riconducibilità agli stessi presidenti della condotta usuraria in quanto ad essi riferibile sotto il profilo oggettivo, quantomeno sotto il profilo del mancato controllo.

Sotto il profilo soggettivo, invece, la Corte di appello riteneva mancare, in capo ai predetti imputati, la conoscenza e l'intenzione di praticare tassi usurari alle imprese del gruppo De Masi, rilevando come i comportamenti dei predetti imputati fossero, comunque connotati da negligenza e rientranti quindi nell'alveo del parametro psicologico della colpa, non punibili ai sensi dell'articolo 644 c.p., adottando la diversa formula assolutoria "perché il fatto non costituisce reato".

Entrambe le soluzioni vengono contestate dall'accusa che rileva l'omessa individuazione dell'elemento soggettivo del reato di usura, nei confronti dei predetti imputati, sotto il profilo del dolo eventuale, avendo comunque gli imputati accertato il rischio del verificarsi dell'evento, dovendo essere, nelle loro qualità di organi apicali delle banche, al corrente delle questioni di maggiore rilevanza attinenti all'attività d'impresa e, tra queste, quella sulla remunerazione del denaro oggetto delle operazioni in cui si concretizza l'esercizio del credito, non potendo il titolare di una posizione di garanzia declinare gli obblighi di controllo e di vigilanza che la legge pone a suo carico. Rilevava, inoltre, la mancanza di deleghe validamente conferite, evidenziando, comunque, che anche in tal caso, i presidenti dei rispettivi consigli di amministrazione non si sarebbero potuti considerare esonerati dal dovere di vigilare sul corretto esercizio dei poteri delegati dovendo controllare che la gestione dell'attività di esercizio del credito fosse conforme alla legge e non usuraria.

Rileva questa Corte che i presidenti dei consigli di amministrazione delle banche interessate non possono invocare l'inevitabilità dell'errore sulla legge penale l’art. 5 c.p.) svolgendo attività in uno specifico settore rispetto al quale gli organi di vertice hanno il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente, essendo loro attribuiti, dai relativi statuti, poteri in materia di erogazione del credito, rientranti

nell'ambito dei più generali poteri di indirizzo dell'impresa, sussistendo in capo agli stessi una posizione di garanzia essendo gli interessi protetti dalla norma incriminatrice soggetti alla sfera d'azione e di potenziale controllo dei presidenti e legali rappresentanti dei tre istituti di credito.

La specifica competenza degli imputati che connota o deve, comunque, connotare gli organi di vertice della banca, consente di individuare negli stessi i garanti primari della corretta osservanza delle disposizioni di legge in tema di usura, indipendentemente dalla suddivisione dei compiti ali1 interno dell'istituto che non esonera i vertici dall'obbligo di vigilanza e controllo della osservanza delle disposizioni di leggi, segnatamente in tema di superamento del tasso soglia.

A seguito della riforma societaria (L. 3.10.2001,n. 366 e D.lgs. 17.1.2003, n. 6) è possibile, infatti, la struttura delle società e quindi anche degli istituti bancari, in base a un modello c.d. dualistico con la possibilità di attribuzione diretta, senza quindi delega da parte dell'organo apicale, ad altri organismi, quali ad esempio i comitati direttivi o i comitati centrali, con compiti di gestione sottratti alla sfera di ingerenza del consiglio di amministrazione e del suo presidente.

Tuttavia, il mancato controllo e vigilanza su specifiche questioni concernenti l'erogazione del credito, quali la determinazione del tasso di usura, rientrando tra le funzioni specifiche delle banche, sono ricompresi nell'alveo di competenza degli organi di vertice, indipendentemente dal decentramento di tali funzioni a altri organismi sottordinati e interni alla banca, con possibilità di affermare, in caso di omissione di controllo, in quest'ultimo caso, quantomeno la corresponsabilità, sotto il profilo penale di tali organi verticistici, ricadendo tale omissione nella sfera di azione dell'art. 40, comma secondo, c.p. secondo cui "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

È attribuibile ai presidenti degli istituti bancari e dei relativi consigli di amministrazione una c.d. "posizione di garanzia", in quanto la formale rappresentanza dell'istituto bancario, se non accompagnata da poteri di decisione o gestione operativa, appare totalmente priva di significato nell'ottica della tutela di interessi che ricevono protezione penale.

Si deve quindi affermare che i presidenti delle banche, quali persone fisiche, siano garanti agli effetti penali, cioè tenuti a rendere operativa una posizione di garanzia, che, in ultima analisi, fa capo all'ente, centro d'imputazione dell'attività di erogazione del credito nell'ambito della quale ben può essere ravvisata la violazione del precetto penale anche in capo ai predetti organi. Tale rilievo è valido anche nel caso in cui non risultino attribuite, dalla legge o dagli statuti dei singoli enti, specifiche attribuzioni ad altro organo, senza possibilità di interferenze da parte di altri organismi, ancorché posti in posizione apicale rispetto all'organo subordinato competente per determinate materie, in un'ottica monistica, in cui anche la gestione operativa dell'istituto spetta al consiglio di amministrazione.

Anche nel caso in cui, in base a norme statutarie, l'azienda sia stata suddivisa in distinti settori e servizi, così come avviene solitamente nelle banche di notevoli dimensioni con l'istituzione di una direzione generale a cui vengono affidati specifici compiti, e a cui siano stati preposti soggetti qualificati idonei, con poteri e autonomia per la gestione di determinati affari, può ravvisarsi una responsabilità penale nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione o dei suoi componenti, in virtù dei

poteri di indirizzo e coordinamento e, più in generale "di garanzia", a tutela dell'osservanza delle norme di legge.

Gli istituti di credito di rilievo nazionale sono generalmente strutturati in base a una complessa organizzazione amministrativa e funzionale con una suddivisione di compiti essendo demandati solitamente agli organi di vertice funzioni di rappresentanza generale (generalmente in capo al presidente), di *governance* strategica (in capo al consiglio d'amministrazione) e controllo (in capo al collegio dei revisori).

Gli organi centrali sovente sono strutturati in un sottosistema che, a sua volta, comprende direzione generale e direzioni centrali con compiti gestionali e operativi e varie gestioni periferiche, così come solitamente avviene per l'erogazione del credito e la determinazione dei relativi tassi.

È compito degli organi apicali vigilare e impedire che venga superato il tasso soglia, mentre l'applicazione delle relative condizioni può essere demandata agli organi gestionali, non potendo essere del tutto rigida, essendo connessa all'andamento dei mercati, mentre raramente è personalizzata in relazione alle caratteristiche ed esigenze del singolo cliente.

In tal caso è ravvisabile in capo al presidente o al consiglio di amministrazione un potere di controllo gestionale sull'attività della direzione generale o centrale commerciale con specifico riferimento alla determinazione dei tassi di interesse, anche se a termini statutari tali organismi sottordinati abbiano autonomia gestionale operativa, con conseguente responsabilità penale concorrente degli organi apicali ove venga superato il tasso soglia degli interessi in ordine alla erogazione del credito alla clientela.

Non rileva, pertanto, con riferimento alla posizione di M.D.G.M., Presidente del consiglio di amministrazione della Banca Antonveneta, di non essere titolare di funzioni operative e gestionali, affidate in via esclusiva al vicepresidente e al direttore generale, essendo affidata a quest'ultimo la determinazione dei tassi di interesse e, più in generale delle condizioni applicate alla clientela.

Analoghe considerazioni valgono per C..G. , presidente della Banca di Roma, non rilevando, quindi, se la struttura della gestione del credito e la determinazione dei tassi e delle condizioni fossero di competenza dell'aria commerciale, con limitazione dei poteri del presidente solamente a quelli statutariamente previsti in rappresentanza, senza poteri operativi gestionali.

Simile è la posizione di L. A. , presidente della Bnl, non potendo attribuirsi valore, ai fini della responsabilità, alla circostanza che lo stesso svolgesse funzioni gestionali e operative, senza alcuna competenza, né della figura apicale, né del consiglio d'amministrazione, in materia di tassi e condizioni applicate alla clientela, essendo, anche con riferimento a tale compito, competente la direzione commerciale.

In mancanza di specifiche attribuzioni agli organi di vertice delle banche, nessuna delega era necessaria per attribuire alla direzione generale o centrale della stessa la competenza a determinare le condizioni da applicare alla clientela e, quindi, anche i relativi tassi soglia, trattandosi di competenze autonomamente attribuite dallo statuto o da altre norme regolamentari a tali organi sottordinati.

Tali norme statutarie, tuttavia, non esonerano, come già evidenziato, i Presidenti delle Banche dal controllo gestionale generale relativo alla determinazione del tasso so-

glia e dalla responsabilità, sia penale sia civile connessa al suo superamento, anche se non hanno concretamente partecipato alla determinazione dei tassi di interesse con riferimento ai singoli clienti.

Non è scusabile, in linea di principio, da parte di un istituto di credito, l'errore riferibile al calcolo dell'ammontare degli interessi usurari trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all'ambiente bancario, non presenta in sé particolari difficoltà.

Tale dovere è particolarmente rigoroso nei confronti degli organi di vertice della banca, essendo per costoro particolarmente accentuato il dovere di informazione sulla legislazione in materia, esistendo sempre un obbligo incombente su chi svolge attività in un determinato settore di informarsi con molta diligenza sulla normativa esistente e, nel caso di dubbio, di astenersi dal porre in essere la condotta.

Invece la scusabilità dell'ignoranza e l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta ogniqualvolta l'errore sia stato originato da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale da cui l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza della interpretazione e, conseguentemente della liceità del comportamento futuro in forza della sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale) (cfr per tale orientamento, Sez. 4, Sentenza n. 32069 del 15/07/2010 Cc. (dep. 18/08/2010) Rv. 248339).

La Consulta, con la sentenza 24 marzo 1988 n. 364 e con la successiva sentenza 22 aprile 1992 n. 185, ha attribuito rilevanza alla sola "ignoranza inevitabile" della legge penale (art. 5 c.p.). A tal fine, come già puntualizzato dalle Sezioni unite (sentenza 10 giugno 1994, Calzetta), per stabilirne i presupposti e i limiti, deve ritenersi che per il comune cittadino l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta in tutte le occasioni in cui l'agente abbia assolto, con il criterio della normale diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Invece, per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, tale dovere è particolarmente rigoroso, incombendo su di essi, in ragione appunto della loro posizione, un obbligo di informarsi con tutta la diligenza possibile e essi rispondono dell'illecito anche alla stregua della *culpa levis*; in questa seconda situazione, occorre cioè, ai fini della scusabilità dell'ignoranza, che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto (cfr. Sezione 6, 27 giugno 2005, Pitruzzello,; Sezione 6, 20 maggio 2010, Pinori ed altro).

Per l'effetto, venendo al caso di specie, va riconosciuta la pretesa buona fede nei confronti degli organi apicali delle banche, in forza delle circolari della Banca d'Italia e dei Decreti ministeriali dell'epoca che non comprendevano la CMS nel calcolo del tasso soglia usurario e da una consolidata giurisprudenza di merito, previgente ai fatti di causa, che escludeva nell'atteggiamento delle banche alcuna ipotesi di reato, assolvendo gli operatori bancari a ogni livello o non ravvisando gli estremi per iniziare l'azione penale.

In particolare la circolare della Banca d'Italia del 30.9.1996, aggiornata al dicembre 2002 e in vigore fino al secondo trimestre 2009 (trattamento degli onere e delle spese), prevede, tra l'altro, al punto C5, che la commissione di massimo scoperto non en-

trava nel calcolo del TEG, venendo rilevata separatamente, espressa in termini percentuali.

Tale metodologia per il calcolo del TEG applicata dalla Banca d'Italia, fin dalla prima rilevazione, è stata posta a fondamento dei decreti ministeriali nei quali è contenuta la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio in base al quale è stabilito il limite previsto dall'art. 644, comma 3, c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ai sensi della I. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, comma 1.

Fin dal primo decreto Ministeriale (D.M. 22 marzo 1997) il Ministro del Tesoro determinava la tabella dei tassi di interesse effettivi globali medi, precisando che "*i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata*".

Solamente col D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 bis, comma 1, convertito nella l. 28.1.2009, n. 2 si prevede che "*le commissioni....comunque denominate....sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e della l. 7 marzo 1996,n. 108, artt. 2 e 3*".

La Banca d'Italia solo nell'agosto 2009, in applicazione di tale nuova normativa ha emanato le nuove istruzioni per la rilevazione dei tassi globali medi ai sensi della legge sull'usura, ricomprendendo nel calcolo delle varie voci la commissione di massimo scoperto, correggendo una prassi amministrativa difforme.

Soltanto l'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali, e, in particolare, della giurisprudenza di legittimità, nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma con riferimento all'epoca dei fatti, non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale, in quanto 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 27/03/1996 Ud. (dep. 27/05/1995) Rv. 201518.

Nel caso di specie, invece, in mancanza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità, sia civile che penale, all'epoca, che ritenesse illecita tale prassi bancaria, sviluppatosi poi successivamente, nessuna censura di mancanza di doverosa prudenza può essere posta a carico dei Presidenti delle banche e, in base a tale duplice valutazione, non può ritenersi violato il dovere di diligenza nella ricostruzione dei criteri applicabili ai fini della individuazione del tasso soglia a carico degli organi di vertici degli istituti bancari.

Devono, quindi, ritenersi mancare, stante le vicende richiamate a fondamento della buona fede dei ricorrenti, profili di colpa incompatibili con la pronuncia liberatoria.

Deve, infine, ritenersi inammissibile il motivo di ricorso nell'interesse di G.C. che evidenzia di essere stato legale rappresentante e Presidente del consiglio di amministrazione della Banca di Roma solo fino alla 30.6.2002, dovendo essere, quindi, ritenuto estraneo agli ipotetici esuberi contestati nei capi d'imputazione f), g), e i) con riferimento pure al terzo e quarto trimestre del 2002.

Trattasi, all'evidenza di una questione di merito che non risulta dedotta nei motivi di appello e va, quindi, dichiarata inammissibile, trattandosi di domanda nuova.

Infine anche il motivo di ricorso, dedotto dalle parti civili, relativo alla dedotta nullità della consulenza D. , disposta in appello per violazione del contraddittorio va disatteso.

L'ordinanza, riprodotta in sentenza (pag. 11) da atto che l'inizio delle operazioni peritali è stato preceduto dalle regolari convocazioni di rito e qualifica i successivi accessi del consulente nelle banche non come ispezioni o sopralluoghi, ma quali mere acquisizioni di documenti poi messi a disposizione delle parti.

Peraltro, mentre l'omissione della prima convocazione può dar luogo a nullità della perizia se tempestivamente eccepita, per le successive attività e per il loro contenuto di acquisizione documentale correttamente la Corte di merito ha escluso che fosse necessario procedere ogni volta a formale preavviso.

Inoltre le obiezioni relative al contenuto e alla metodologia della perizia non possono essere sindacate da questa Corte se non nei limiti in cui eventuali difetti della consulenza si traducano in un errore della motivazione della sentenza.

Le ulteriori questioni rimangono assorbite dalla statuizione adottata.

Va, quindi, confermata, sia pure con diversa motivazione, previo rigetto di tutti i ricorsi, l'impugnata sentenza che ha assolto M.D.G.M., C.G. e A.L. dei reati rispettivamente loro contestati per non aver commesso il fatto.

Tuttavia, una volta accertata la sussistenza del fatto reato sotto il profilo oggettivò da parte degli istituto di credito, trattandosi comunque di illecito avente rilevanza civilistica, non rileva, ai fini risarcitori, che non sia stato accertato il responsabile penale della condotta illecita, in quanto l'azione , risarcitoria civile ben potrà essere espletata nei confronti degli istituti interessati che rispondono, comunque, ex art. 1118 e 1228 c.c., del fatto dei propri dipendenti.

Il rilievo della personalità della attività bancaria sbiadisce mentre emerge il ruolo preponderante svolto dalla corretta proceduralizzazione di un'attività collettiva, comunque imputabile all'istituto. Su questa base la responsabilità della banca sussiste per il solo fatto che il danno ingiusto si è verificato per una condotta comunque alla stessa imputabile, dovendosi limitare l'apprezzamento della condotta dolosa o colposa (poco importa tale distinzione ai fini civilistici), alla comparazione tra *standards* normativi - come nella fattispecie In cui viene in rilievo la violazione dell'art. 644, comma 4, c.p. - situazione concreta, idonea a far ricadere sulla banca anche il rischio dei c.d. "danni anonimi", cioè di cui non sia stato individuato il responsabile. Al rigetto dei ricorsi segue la condanna delle parti civili e degli imputati al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

rigetta il ricorso del Procuratore Generale nonché i ricorsi delle parti civili e degli imputati e condanna le predette parti civili e gli imputati al pagamento delle spese processuali.

APPENDICE.

Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura.

1. La legge n. 108/1996 ha introdotto un limite ai tassi effettivi sulle operazioni di finanziamento, il cui superamento determina un caso di usura. I tassi soglia non sono fissati dalla Banca d'Italia ma determinati da un automatismo stabilito dalla legge, a partire dai tassi medi di mercato rilevati trimestralmente dalla Banca d'Italia e pubblicati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Dal 14 maggio 2011 il limite è pari al tasso medio segnalato dagli intermediari aumentato di 1/4, cui si aggiungono quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali. In precedenza la soglia era pari al tasso medio aumentato del 50 per cento.

2. La verifica dell'usurarietà dei tassi applicati a singoli contratti e le conseguenti valutazioni, sotto l'aspetto civile e penale, sono rimesse all'Autorità giudiziaria.

La Banca d'Italia:

- emana le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali (TEG) medi, che tengono conto delle caratteristiche tecniche delle diverse operazioni di finanziamento;

- effettua la rilevazione trimestrale, verificando, in tale sede, che gli intermediari rispettino il limite delle soglie di usura; poiché la rilevazione raccoglie dati aggregati per intermediario, categoria e classe di importo, le verifiche trimestrali riguardano dati medi, non riferiti alle singole operazioni;

- nell'ambito dei controlli effettuati presso gli intermediari dagli ispettori di vigilanza, verifica la funzionalità delle procedure di calcolo del TEG e di segnalazione trimestrale, sulla base delle regole previste nelle Istruzioni. Eventuali disfunzioni procedurali sono comunicate agli organi aziendali, cui vengono richiesti i necessari interventi correttivi. L'attuazione di tali interventi determina la restituzione delle somme eventualmente indebitamente percepite; gravi carenze organizzative e procedurali sono sanzionate sulla base delle norme del Testo Unico Bancario;

- nel corso delle verifiche di trasparenza, controlla che le tabelle con i tassi soglia siano correttamente esposte e pienamente accessibili alla clientela;

- esamina gli esposti, secondo le linee guida indicate sul sito internet(1), fermo restando che non può pronunciasi nel merito delle controversie, anche quando riguardino i tassi applicati;

- provvede a segnalare all'Autorità Giudiziaria gli aspetti di possibile rilevanza penale riscontrati nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

3. 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. I TEG applicati per tali operazioni sono sensibili alle variazioni di mercato, fermo restando quanto disposto dalla legge in materia di variazioni contrattuali unilaterali. La Banca d'Italia ha dato indicazione agli intermediari di condurre una verifica trimestrale

sul rispetto delle soglie vigenti in ciascun periodo per tutti i finanziamenti di tale tipo in corso;
- 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.

4. I TEG medi rilevati dalla Banca d'Italia includono, oltre al tasso nominale, tutti gli oneri connessi all'erogazione del credito.
Gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente.
L'esclusione evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo. Infatti, essendo gli interessi moratori più alti, per compensare la banca del mancato adempimento, se inclusi nel TEG medio potrebbero determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela.
Tale impostazione è coerente con la disciplina comunitaria sul credito al consumo che esclude dal calcolo del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) le somme pagate per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora.
L'esclusione degli interessi di mora dalle soglie è sottolineata nei Decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze i quali specificano che "i tassi effettivi globali medi (...) non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento".
In ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura. Per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti trimestrali riportano i risultati di un'indagine per cui "la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali". In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo (cfr. paragrafo 1).

5. La legge n. 108/96 fissa un criterio oggettivo ma molto generale per la valutazione della liceità
dei tassi applicati. La Banca d'Italia, attraverso le "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della Legge sull'usura" e i connessi chiarimenti pubblicati sul sito, fornisce agli intermediari i criteri tecnici da seguire per segnalare in modo corretto e omogeneo i TEG applicati, utilizzati per l'individuazione delle soglie trimestrali. I Decreti ministeriali che aggiornano i tassi soglia dispongono che gli intermediari verifichino l'usurarietà dei tassi applicati sui singoli contratti sulla base degli stessi criteri tecnici. Le Istruzioni della Banca d'Italia sono costantemente aggiornate per tenere conto dell'evoluzione della normativa in tema di contratti bancari e dell'innovazione finanziaria.
Tali Istruzioni possono costituire una metodologia di riferimento per la valutazione dei casi concreti condotta dalla magistratura ma non ne vincolano le decisioni.
Considerazioni analoghe valgono per le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), assunte secondo diritto e in piena autonomia rispetto alla Banca d'Italia.

Roma, 3 luglio 2013

La formula del TEG, indicata dalla Banca d'Italia nel periodo precedente le "Istruzioni" del '09, non ricomprendeva le C.M.S., così come talune spese connesse al credito. Inoltre le commissioni, oneri e spese erano calcolate su base trimestrale. Prendendo spunto dalla legge n. 2/09, che prescrive l'inclusione delle CMS anche nella rilevazione del TEGM, la Banca d'Italia ha provveduto ad estendere le voci di spesa da ricomprendere nel calcolo del TEG ed ad integrare la formula di calcolo curandone il riferimento all'anno in luogo del trimestre[221]. Difformità e anomalie non di scarso rilievo tuttavia permangono.

Modificando, oltre ai criteri di inclusioni di commissioni, oneri e spese, anche l'algoritmo di calcolo, il TEG impiegato per la determinazione del tasso effettivo globale di mercato, pur rimanendo suddiviso in due parti – da una parte gli interessi rapportati al credito, dall'altra gli oneri e spese rapportati all'accordato – risulta ora più accostato al TAEG, l'usuale formula finanziaria riportata nei manuali di tecnica bancaria, in Direttive comunitarie e in disposizioni legislative, ottenuta rapportando l'intero aggregato di interessi, commissioni e spese al credito medio concesso nel trimestre.

$$\text{TAEG} = \frac{(\text{interessi} + \text{oneri} + \text{CMS}) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

[221] "*La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644, comma 4, c.p.) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere 'la remunerazione a qualsiasi titolo', ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore di credito. Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo. In termini generali, quindi, 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). Il giudice di Cassazione non sembra cogliere e riconoscere alcuna distinzione fra il TEGM preposto a rilevare un valore fisiologico medio di mercato e il TEG impiegato per la verifica dell'usura.

Prima che la Banca d'Italia rettificasse la formula delle 'Istruzioni', è stato questo l'algoritmo fatto proprio dal Gup di Ascoli Piceno, di cui alla menzionata sentenza della Cassazione Pen. n. 12028/10.

Come accennato, nelle 'Istruzioni' per la rilevazione del TEGM si è ritenuto opportuno – per le categorie delle aperture di credito, anticipi, factoring e credito revolving – conservare la diversa formula del TEG, dettata dalla necessità di non generare tassi soglia molto elevati, derivanti da conti di "liquidità" con utilizzo medio molto ridotto rispetto all'affidamento. Con il correttivo posto nell'algoritmo del TEG, si è voluto evitare che un modesto utilizzo del fido, appesantito da tali oneri, conduca facilmente a tassi superiori a qualsiasi soglia. L'impiego della formula del TEG distribuita su due rapporti, con diversi pesi relativi, ha dato luogo a diffusi comportamenti opportunistici: nel formale rispetto delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia, sono state poste in essere politiche di gestione dei tassi e condizioni che, moderando gli interessi ed aumentando significativamente gli oneri, hanno permesso di conseguire marcate crescite dei ricavi.

La nuova formula del TEG impiegata dalla Banca d'Italia per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM) – prescindendo dai costi inerenti il distinto servizio di 'messa a disposizione', tipico dell'apertura di credito e delle altre forme similari – esprime in termini più aderenti il costo del credito, così come stabilito dall'art. 644 c.p. Per fare un esempio, rappresentativo di fattispecie ricorrenti prima delle recenti modifiche alle commissioni, un utilizzo del credito disponibile in anticipazione, prossimo all'accordato, che comporti interessi per 60, commissioni per 30 e spese per 10, corrispondenti ad un costo effettivo del 10%, con le precedenti 'Istruzioni' avrebbe espresso un TEG del 6,2%, che aumenta al 7% includendo le commissioni. Con la nuova formula il TEG rilevato dalla Banca d'Italia risulterebbe prossimo al costo effettivo del 10%. Come si può rilevare dall'esemplificazione riportata, l'inclusione delle commissioni ma soprattutto l'annualizzazione, oltre agli interessi, di tutti gli oneri inerenti al credito, colmano quell'ingiustificato divario che si era venuto a creare fra il TEG di rilevazione del valore medio di mercato e il costo effettivo indicato dall'art. 644 c.p.