



STUDIO MARCELLI

Roma, 16 novembre 2016

**USURA BANCARIA. LA CASSAZIONE CIVILE N. 12965/16 LAVA I PANNI SPORCHI DELLA BANCA D'ITALIA, MENTRE L'ENDEMICCA CARENZA DI CONCORRENZA NEL CREDITO MANTIENE I TASSI SU LIVELLI TRA I PIÙ ALTI IN EUROPA.**

Sommario **1.** Premessa. pag.1; **2.** La Commissione di Massimo Scoperto. La rilevazione della Banca d'Italia e la Circolare 2 dicembre '05: dati distorti e criteri artefatti. pag. 4; **3.** I dubbi ermeneutici della Cassazione n. 12965/16: l'elemento innovativo della legge n. 2/09. pag. 19; **4.** Lo stereotipo dell'omogeneità: la rilevazione del TEGM e la verifica dell'art. 644 c.p., ambiti tecnici paralleli, non convergenti. pag. 48; **5.** Dopo l'*endorsement* della Cassazione 12965/16, con le nuove Istruzioni emanate il 29/7/16 la Banca d'Italia inserisce, alla 'chetichella', ulteriori forme di egemonia delle soglie d'usura. pag. 79; **6.** Concorrenza e soglie d'usura, la copertura della sentenza n. 12965/16. pag. 98.

**1. PREMESSA.**

Il tasso di interesse, secondo la legge dell'usura, si estende ad ogni commissione, onere e spesa, per coincidere con il costo del credito. Se sulla liceità della CMS, in dottrina, come in giurisprudenza, sono state espresse autorevoli e circostanziate perplessità, pur tuttavia non uniformemente condivise, nessuna voce, per contro, si é mai erta a ricusare il deciso collegamento di tale commissione con l'erogazione del credito, dal quale discende ineluttabilmente l'inclusione nella verifica dell'usura.

Ciò nonostante la Cassazione n. 12965/16, con una singolare e anodina pronuncia, ha accolto il ricorso di un intermediario per aver *'errato il tribunale includendo la CMS in un coacervo di elementi non considerati nel diverso metodo di calcolo fornito dalla Banca d'Italia, che imponeva il raffronto tra elementi di volta in volta omogenei'*.

La pronuncia in parola si fonda e radicalizza su alcune assunzioni di base:

- *la decisiva premessa* che la previsione di inclusione della CMS, espressa dalla legge n. 2/09, non assume *carattere di interpretazione autentica*;
- *'L'attuale art. 644, co. 4, c.p. può lasciare intendere che qualsiasi costo derivante dalla concessione di credito debba essere preso in considerazione ai fini della determinazione del tasso usurario'(...).*
- *'E' ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM elaborata dalla Banca d'Italia e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale'*.

Su questi presupposti giuridici, dopo aver ricostruito per la CMS una sparuta veste di legalità, si perviene ad escluderla dalla verifica dell'usura e, con un'apodittica assunzione di omogeneità e simmetria, si estendono alla verifica dell'art. 644 c.p. le modalità di calcolo e i criteri di inclusione fissati dalla Banca d'Italia per la rilevazione statistica del TEGM. Nello specifico per la CMS, sino al '09, si indica un criterio di apprezzamento del tutto analogo a quello 'suggerito' dalla Banca d'Italia nella Circolare 2 dicembre 2005<sup>1</sup>.

La sentenza in parola affronta essenzialmente la tematica della CMS nel calcolo della verifica dell'usura, ma perviene a definire principi di ben più ampia portata<sup>2</sup>; il medesimo percorso

---

<sup>1</sup> La decisione della Cassazione, assunta in camera di consiglio il 31 maggio '16 e pubblicata il 22 giugno '16, era stata preceduta da un'analogo decisione, assunta in camera di consiglio il precedente 19 maggio, ma pubblicata successivamente il 3 novembre '16 con il n. 22270. In questa sentenza, attinente a fatti occorsi precedentemente al '06, senza alcun riferimento ai criteri analoghi a quelli della Circolare della Banca d'Italia del dicembre '05, in termini assai più sintetici e stringati, si stabilisce: *'Un argomento decisivo, in favore della portata innovativa della norma in esame, dev'essere infine ravvisato nell'esigenza di assicurare che l'accertamento del carattere usurario degli interessi, dal quale dipende l'applicazione delle sanzioni civili e penali previste al riguardo, abbia luogo attraverso la comparazione di valori tra loro omogenei. Poiché, infatti, ai fini della configurazione della fattibilità della fattispecie dell'usura c.d. oggettiva, occorre verificare il superamento del tasso soglia, determinato mediante l'applicazione della maggiorazione prevista dall'art. 2, comma quarto, della legge n. 108 del 1996 al tasso effettivo globale medio trimestralmente fissato con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze in base alle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia conformemente alle citate istruzioni, è necessario che il tasso effettivo globale applicabile al rapporto controverso, da porre a confronto con il tasso soglia, sia calcolato mediante la medesima metodologia. Il motivo va pertanto rigettato, con l'enunciazione del principio di diritto secondo cui, in tema di contratti bancari, la disposizione dettata dall'art. 2-bis, comma secondo, del decreto-legge n. 185 del 2008, che attribuisce rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ., dell'art. 644 cod. pen. e degli artt. 2 e 3 della legge 108 del 1996, agl'interessi, alle commissioni e alle provvigioni derivanti dalle clausole, comunque determinate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, ha carattere non già interpretativo, ma innovativo, e non trova pertanto applicazione ai rapporti, come quello in esame, esauritisi in data anteriore all'entrata in vigore della legge di conversione, con la conseguenza che, in riferimento a tali rapporti, la determinazione del tasso effettivo globale, ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi applicati, deve avere luogo senza tener conto della commissione di massimo scoperto.*

<sup>2</sup> La sentenza si occupa altresì della clausola di salvaguardia, impiegata in un'accezione assai particolare. Il caso esaminato riguarda una formulazione della clausola di salvaguardia per il tasso del conto corrente nella quale si determina un diritto di restituzione e quindi una legittimazione attiva in capo al correntista, valutata dalla Cassazione, anche alla luce della condotta delle parti, diretta ad eludere una norma imperativa. Al riguardo la Cassazione esprime il principio che: *'la clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con automatica riduzione in caso di*

logico, esteso per analogia ad ogni tipologia di costo, è suscettibile di 'bonificare' non solo l'usura bancaria praticata attraverso le CMS, ma ogni usura riveniente da costi che non siano strettamente collegati, sia nei termini di calcolo che nelle modalità di inclusione, alle 'Istruzioni' della Banca d'Italia.

La sentenza in parola stabilisce, infatti, il principio che *'la commissione di massimo scoperto, applicata fino all'entrata in vigore dell'art. 2 bis d.l. n. 185 del 2008, deve ritenersi in tesi legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM – dal 1997 al dicembre 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dato atto che ciò è avvenuto solo dal 1 gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM; ne consegue che l'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, non è norma di interpretazione autentica dell'art. 644, co. 3, c.p., bensì disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare – per il futuro – la complessa disciplina anche regolamentare (richiamata dall'art. 644, co. 4, c.p.) tesa a stabilire il limite oltre il quale sono presuntivamente sempre usurari, derivandone – ai fini che qui interessa – che per i rapporti bancari esauritisi prima del 1 gennaio 2010, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante, non debba tenersi conto delle CMS applicate dalla banca ed invece essendo tenuto il giudice a procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, al fine di pervenire alla ricostruzione del tasso-soglia usurario, come sopra specificato'.*

Riprendendo il respiro, dopo aver percorso il lungo enunciato, il principio espresso appare una mera enunciazione. Dalla *'decisiva'* premessa che l'inclusione della CMS, disposta dalla legge n. 2/09, ha un carattere innovativo, non interpretativo, si fa discendere, con un costrutto a dir poco stravagante, un principio generale che, al perentorio dettato letterale dell'art. 644 c.p.,

---

*superamento del cd. tasso soglia usurario, ma solo mediante l'astratta affermazione di un diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla ex art. 1344 c.c., perché tesa ad eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall'art. 1815, co. 2, c.c. per il mutuo, regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro una remunerazione'.* Nella circostanza il contratto di conto corrente prevedeva una clausola di chiusura in base alla quale *'le condizioni economiche si intendono convenute ed applicate entro il limite del tasso soglia previsto per ogni categoria di operazioni della legge 108/96 e relative disposizioni attuative'.* Il Tribunale aveva al riguardo ritenuto che una siffatta clausola, a parte gli elevati costi transattivi per il cliente, chiamato ad un costante e dispendioso monitoraggio dell'andamento del rapporto, si presta agevolmente ad eludere il meccanismo sanzionatorio, finendo per porre nel nulla la scelta, giusta o sbagliata che sia quella divisata dal legislatore, basata sull'alternativa del tutto o niente a seconda del superamento, o no, del tasso soglia. D'altro canto, non è possibile invocare *ex post* un meccanismo di conservazione contrattuale giammai applicato in costanza di rapporto, così da sottrarsi unilateralmente alla sanzione stabilita nell'art. 1815, comma 2, cc.

antepone le mutevoli indicazioni della Banca d'Italia: oggi interessando le CMS ma che, a seguire, consequenzialmente, potrà interessare la mora, le spese di assicurazione, ecc.. Con l'apodittico assunto dell'omogeneità, il criterio di verifica dell'usura verrebbe definitivamente traslato dall'art. 644 c.p. alle 'Istruzioni', con le FAQ di chiarimento, nonché le Circolari e comunicazioni che hanno accompagnato i mutevoli 'umori' della Banca d'Italia. Con buona pace della legalità e riserva di legge nonché tassatività e determinatezza della norma penale, principi direttamente ritraibile dall'art. 25 Cost.!

**L'abnorme lievitazione delle sofferenze bancarie e le rigide preclusioni comunitarie a forme dirette di sostegno agli intermediari fanno insorgere il pregiudizio che, nelle 'contorsioni' ermeneutiche della sentenza in parola, traspaia l'interferenza di motivazioni diverse, succedanee e traverse, estranee ad un equilibrato ed indipendente giudizio. I nessi logici e causali dispiegati nella pronuncia in esame rivelano la debolezza e forzatura di una sentenza che, nell'assumere una pregnanza politica, abbisogna di essere creativa, criptica e apodittica.**

**Le successive Istruzioni sull'usura del 29 luglio scorso hanno tempestivamente raccolto l'*endorsement* della Cassazione, formalizzando e consolidando il principio di omogeneità / simmetria: si prefigurano i prodromi di uno spurio diritto vivente che estende l'egemonia della Banca d'Italia dal credito al presidio all'usura.**

Prima di procedere ad una disamina della sentenza, è opportuno propedeuticamente valutare le circostanze che hanno accompagnato l'anomalo sviluppo e diffusione della CMS, con un drenaggio di oltre 40 mil.di di Euro in quindici anni, prima che la legge 201/11 ne disponesse la soppressione.

## **2. LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO. LA RILEVAZIONE DELLA BANCA D'ITALIA E LA CIRCOLARE 2 DICEMBRE '05: DATI DISTORTI E CRITERI ARTEFATTI.**

La CMS ha storicamente assunto una dimensione assai modesta – il noto 'ottavino' ( $1/8 = 0,125\%$ ) - e un'applicazione poco diffusa, circoscritta, più frequentemente, ad importi di credito di più elevata dimensione, quando, prima dell'impiego dei canali telematici, la pronta disponibilità concreta dei biglietti nei *caveaux* delle banche costituiva un effettivo costo sia per la materiale gestione che per gli obblighi di riserva disposti dall'Istituto Centrale<sup>3</sup>. Nel sistema attuale l'onere di

---

<sup>3</sup> 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 CMS, ancorché il termine la riferisca al massimo scoperto, è 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

reperire liquidità in ogni momento su una singola linea di credito ha un'incidenza assai esigua: le disponibilità di cassa dell'intermediario sono gestite sulla base di previsioni riferite all'intero aggregato della clientela, compensando le posizioni a debito con le posizioni a credito e reperendo/reimpiegando il saldo risultante<sup>4</sup>.

La dottrina, riporta la sentenza della Cassazione 12965/16, si è posta alla ricerca di una causa giustificatrice della CMS, ritenendo che *'tale commissione, alternativamente, andasse a remunerare il maggior rischio della banca di recupero del credito derivante dall'incremento dell'esposizione debitoria del cliente nel periodo o il costo sostenuto dalla banca per far fronte a richieste di denaro improvvise e ulteriori rispetto alla media di utilizzazione del finanziamento'*.

Si travisa la dottrina: la causa giustificatrice indicata dalla sentenza richiama i termini e la definizione impiegati dalla Banca d'Italia, alla ricerca di una giustificazione all'impropria metodologia di riferimento al credito utilizzato, in luogo del credito accordato, uniformemente applicata dalla generalità degli intermediari bancari. Non vi è chi non trovi vacua, pretestuosa e posticcia tale definizione. La dottrina ha sempre assegnato alla commissione la funzione di corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma, per un determinato tempo<sup>5</sup>.

---

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 la CMS è connessa alla *concessione* del finanziamento e non all'*erogazione* e, se diversamente computata, si poteva anche giustificare la sua 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 dà 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 la CMS all'importo del credito utilizzato, la stessa ha 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. Venendo 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.

<sup>4</sup> Nell'attuale fase del mercato, con tassi monetari negativi, il costo del servizio risulta assai modesto.

<sup>5</sup> Cfr., per tutti, Molle, *I contratti bancari* in Tratt. Dir. Civ. Com., Milano 1981. Sul mercato interbancario, vengono frequentemente poste in essere linee di credito *evergreen* o *stand by*, caratterizzate dalla possibilità per il beneficiario di ricorrere al finanziamento in misura variabile

La prassi bancaria si è allontanata dallo 'schema originario' nell'indifferenza della Banca d'Italia che, al contrario, già nelle prime 'Istruzioni' del '96 ne ha 'ratificato' l'anomalo calcolo prevedendo espressamente: *Il calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuata, per ogni singola posizione, rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata*.<sup>6</sup>

Le modalità di impiego di tale commissione hanno reso l'onere difficilmente quantificabile al momento pattizio<sup>7</sup>, in buona parte aleatorio, non definito, né determinato nelle modalità di calcolo, sostanzialmente privo di ragione giustificatrice nell'ambito del sinallagma contrattuale: applicato sistematicamente sul picco dello scoperto del periodo, a prescindere dalla durata, non è improprio definirlo un 'balzello'<sup>8</sup>. A tale forma di commissione non è stata riconosciuta alcuna veste

in relazione alle contingenti esigenze di liquidità. Il beneficiario non ha l'obbligo di attingere alla linea di credito, tuttavia il mancato utilizzo totale o parziale della linea viene gravato da una commissione di mancato utilizzo, commisurata alla quota di credito non utilizzata e al tempo.

<sup>6</sup> La previsione nelle Istruzioni della definizione di calcolo sopra riportata e l'evidenza a latere, al di fuori della soglia d'usura, ne ha fornito un formale riconoscimento, favorendone, senza limiti di soglia, un rapido aumento e un'estesa diffusione ad altre categorie di credito. L'evidenza di tale sviluppo potrebbe facilmente essere comprovata se, in rispetto di una dovuta trasparenza, fossero rese pubbliche le serie storiche dei valori che hanno concorso a determinare i TEGM e la CMS media trimestralmente rilevati dalla Banca d'Italia.

<sup>7</sup> In presenza di CMS, il costo del credito (TAEG) rimane di agevole determinazione a posteriori, mentre ex ante si pongono apprezzabili criticità di calcolo nella verifica del rispetto delle soglie d'usura.

<sup>8</sup> Con il criterio generalizzato di addebitare la CMS anche per un solo giorno di scoperto, l'effettivo costo del credito, può arrivare a valori assurdi, ben al di sopra della soglia d'usura disposta dal 4° comma dell'art. 644 c.p.

aliquota CMS \ giorni	giorni				
	1	10	30	60	90
<b>0,25%</b>	148,8%	9,5%	3,1%	1,5%	1,0%
<b>0,50%</b>	517,5%	20,0%	6,3%	3,1%	2,0%
<b>1,00%</b>	3.678,3%	43,8%	12,9%	6,2%	4,1%
<b>1,25%</b>	9.215,1%	57,4%	16,3%	7,8%	5,2%
<b>1,50%</b>	22.814,2%	72,2%	19,9%	9,5%	6,2%

L'incidenza della CMS sul costo effettivo del credito si amplifica significativamente, in funzione diretta con il divario fra utilizzo massimo e utilizzo medio e in funzione inversa con il numero di giorni per i quali permane tale divario. Il fenomeno risultava altresì accentuato dalle condizioni di "valuta", che erano ordinariamente previste nelle norme che regolavano i rapporti di conto corrente. Risultavano frequenti i casi nei quali, anche per i diversi giorni valuta che la banca tratteneva nei versamenti di assegni, si determinavano scoperti di breve momento per i quali, aggiungendo, agli ordinari interessi, l'intera aliquota di Commissione, si determinava un tasso effettivo del credito concesso marcatamente superiore alle soglie consentite: spesso erano importi modesti, rapidamente estesi alla generalità dei conti. La distorsione poteva arrivare

di legalità: non può travisarsi il nome con il contenuto; con la legge n. 2/09 la legittimità è stata riconosciuta ad una diversa natura, funzione, ambito e modalità di calcolo della CMS.

La sentenza in rassegna richiama come in precedenza la Suprema Corte (Cass. Civ. n. 11772/02) ne aveva rilevato l'uso improprio: *"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."*

Già con questa sentenza del '02 la Cassazione aveva implicitamente espresso una valutazione di inclusione nella verifica dell'usura della CMS qualora conteggiata, come nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, ancorché dovesse essere alla stessa attribuita una funzione di remunerazione per la disponibilità del credito, da computarsi quindi alla chiusura definitiva del conto. Successivamente nel '06, in termini espliciti veniva ribadita per la CMS la definizione già fornita dalla dottrina: *"la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma."* (Cass. Civ. 18/01/06 n. 870)<sup>9</sup>.

Dalle indicate sentenze, come recentemente sottolineato dal Tribunale di Pistoia, *'sembra potersi desumere che il Supremo Collegio abbia ritenuto che l'indicazione operativa proveniente dalla Banca d'Italia possa essere avallata solo nella misura in cui alle CMS si annetta una funzione*

---

all'addebito della Commissione anche quando la banca finanziava momentanei scoperti di conto, impiegando le stesse disponibilità del cliente, in precedenza versate, già introitate, ma non ancora riconosciute come "valuta" nel conto del medesimo: in tali circostanze il credito era solo apparente. La contraddizione fra il servizio speso con le CMS, le modalità di calcolo e il rispetto delle soglie d'usura risulta palese.

<sup>9</sup> Nella sentenza in commento si menziona un successivo e più recente arresto della Cassazione nel quale si ritiene che *'la natura e la funzione della commissione non si discosta da quella degli interessi anatocistici, essendo entrambi destinati a remunerare la banca dei finanziamenti erogati'*. Nel rilevare le posizioni oscillatorie della Cassazione, non può non rimarcarsi - in un rapporto nel quale è palese l'asimmetria contrattuale, con la necessitata adesione alle condizioni imposte dall'intermediario bancario - la stridente circostanza di due distinte remunerazioni per uno stesso finanziamento, una delle quali diviene un 'balzello' dalla dimensione imprevedibile; per contro l'intermediario gode di un indebito maggior arricchimento, anche per un semplice scoperto di valuta.

*autonoma, diversa da quella tipica degli interessi: quella, appunto, di corrispettivo per la tenuta a disposizione del correntista dell'importo del fido concesso. Ne consegue che solo detta specifica causa può legittimare una separata rilevazione delle percentuali medie delle CMS e la mancata inclusione delle stesse nel calcolo del TEG, come appunto indicato nelle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari e pedissequamente recepito dai Decreti Ministeriali tempo per tempo emessi prima della promulgazione della legge n.2/2009 e, nello specifico, dai D.M. applicabili ai rapporti in esame (prodotti dalla parte attrice). Non v'è viceversa ragione sistematica per riservare alle CMS un trattamento diverso da quello spettante agli interessi passivi quanto al vaglio di usurarietà, laddove le stesse figurino in concreto applicate sull'importo massimo dell'esposizione di conto evidenziata nel trimestre, sia pure contenuta nei limiti del fido accordato, ovvero sull'esposizione eccedente l'ammontare dell'affidamento accordato o anche sulla massima esposizione di un conto non assistito da alcun affidamento (cd. conto scoperto). (...) Del resto, tanto l'inciso finale "sotto qualsiasi forma", contenuto nel primo comma dell'art. 644 c.p., quanto l'inciso "a qualunque titolo" contenuto nell'art. 1, primo comma del D.L. 394/2000, convertito con la legge n.24/2001, vale a definitivamente chiarire che la ratio legis della disciplina vigente in materia di usura è proprio quella di considerare usurari anche gli interessi corrispettivi dissimulati ovvero convenuti in appositi patti aggiunti, diretti ad aggirare il divieto posto dalla medesima disciplina imperativa. Solo nel caso in cui, viceversa, le CMS risultassero convenute ed applicate con la funzione remunerativa di cui sopra e dunque, non in aggiunta agli interessi passivi per il correntista pattuiti per l'affidamento, ma al solo fine di compensare la banca della messa a disposizione del fido rimasto inutilizzato e limitatamente al periodo di detta mancata utilizzazione, sarebbe astrattamente legittimo non includere le commissioni nel calcolo del TEG ai fini del vaglio di usurarietà.' (Trib. Pistoia, N.M.C. Curci, 20/10/16).*

La Banca d'Italia si era in buona parte discostata dalla tradizionale formulazione indicata dalla Cassazione, offrendone una definizione opaca, protesa ad ancorarla all'utilizzato. Anche nelle Istruzioni del febbraio '06, ignorando quanto appena espresso dalla menzionata Cassazione Civ. n. 870 del 18/1/06, aveva continuato ad assegnare alle CMS una diversa funzione (già introdotta con le Istruzioni del '01): *'La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali. 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. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento'.*

Per poter in qualche modo giustificare e connettere la commissione all'utilizzato, la stessa – con una vaga e accomodata espressione – veniva ancorata alla rapida espansione dello

scoperto: cioè a dire che la commissione non remunererebbe più la concessione del fido, bensì la rapidità con la quale viene utilizzato<sup>10</sup>. Oltre all'ancestrale riferimento al *'debito per oltre un determinato numero di giorni'* - che risultava, al contrario, da lungo tempo riferito, dal sistema bancario tutto, ad un giorno, anche di solo valuta - non risulta che la definizione fornita dalla Banca d'Italia ricorresse nei manuali di tecnica bancaria, né era dato riscontrarla nei contratti bancari posti in essere prima e dopo il T.U.B. (D. Lgs. 385/93), né ricorreva nelle successive disposizioni sulla trasparenza del CICR; nei contratti, sino all'introduzione della legge n. 2/09, ne veniva prevista l'applicazione, senza fornirne né una definizione, né le modalità di calcolo; le NUB prevedevano nell'intestazione della proposta contrattuale l'indicazione della CMS, omettendo *'qualsiasi indicazione atta in qualche maniera a precisare, quanto meno, il significato da attribuire al termine (dando per scontata la sua esistenza come dato pregiudiziale e la sua conoscenza da parte della clientela), nonché il particolarissimo metodo di calcolo'* (A. Tanza, *Anatocismo ed usura nel sistema bancario italiano*, 2007, Rubettino)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> *'Orbene, la Banca d'Italia errava, poiché, invero, la "rapidità" dell'espansione nell'utilizzo delle somme accreditate al cliente non assume alcuna rilevanza nella determinazione della CMS: come è stato lucidamente sottolineato, il correntista ben potrebbe utilizzare ogni giorno ad es. 100 euro in più del giorno precedente - rendendo pertanto molto prevedibile la "curva" della sua richiesta di denaro bancario e per nulla "rapida" l'espansione - e, tuttavia, la commissione sarebbe dello stesso importo di quello del caso di utilizzo senza progressione dello stesso picco massimo.'* (G. Romano, *'La nuova commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi nel decreto "anti-crisi", Luiss 2010*).

<sup>11</sup> Le NUB menzionavano la CMS prevedendo semplicemente che veniva regolata dai *'criteri concordati con il correntista o usualmente praticati dalle banche sulla piazza con le valute indicate nei documenti contabili o comunque negli estratti conto'*. La circostanza è riconducibile ad una diretta motivazione di opportunismo. Rimanendo indefinita la relazione dell'importo addebitato con la causa originante, si viene a sfumare il logico e giustificato collegamento con il costo che l'intermediario sopporta per mantenere le risorse necessarie al servizio di pronta disponibilità. La resistenza e 'arroccamento' del sistema bancario sull'anomalo sistema di calcolo delle CMS, 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*

Nella forzatura della definizione della CMS, operata dalla Banca d'Italia, si disvela lo spirito con il quale sono state predisposte le Istruzioni: *"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).

Contemplata esclusivamente per le aperture di credito, con l'introduzione delle soglie d'usura e la sua esclusione dal calcolo del TEG, le banche hanno rapidamente colto l'opportunità ravvisata nelle 'Istruzioni' e nella copertura espressa dall'art. 3 dei D.M. del MEF<sup>12</sup>, per aumentare a dismisura l'aliquota ed estendere la diffusione di tale commissione dall'apertura di credito ad altre tipologie di credito, eludendo in tal modo le limitazioni imposte dalle soglie d'usura. La circostanza è risultata oltremodo incidente, considerato che l'apertura di credito, tipica del sistema

---

*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).

<sup>12</sup>I D.M. del MEF, travalicando il mandato legislativo, tuttora prevedono 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 arbitrariamente ai 'criteri di inclusione' e trasposti dal processo di rilevazione statistica al processo di verifica, risultano, per più aspetti, in conflitto con il dettato letterale dell'art. 644 c.p..

italiano, è divenuta un credito tra i più onerosi per l'impresa ed assorbe il 30% dei finanziamenti erogati dal sistema bancario, contro il 10% degli altri paesi<sup>13</sup>.

All'inizio, nelle Istruzioni per la rilevazione delle soglie d'usura del '96, la Banca d'Italia, constatandone un impiego saltuario e talvolta associato a circostanze di patologia (scoperti, extra fido), non ha ritenuto che la CMS assumesse una natura ordinaria e ricorrente nelle aperture di credito: del resto, non è una *naturalia negotii*, ma deve essere appositamente convenuta con una formale clausola contrattuale. Nell'escluderla dal TEG, la Banca d'Italia ha ritenuto tuttavia di curarne una rilevazione a parte, non prevista dalla norma: risultando la CMS applicata al credito utilizzato, non poteva che essere relegata entro il margine di *spread* dal TEGM, consentito dalla legge<sup>14</sup>.

Con la rilevazione a latere, tuttavia, si è offerto il fianco a comportamenti di chiara impronta opportunistica, impropriamente favoriti dall'art. 3 dei decreti di pubblicazione delle soglie, posto al di fuori dell'ambito delegato dalla legge e in contrasto con la stessa. Di riflesso – nel silenzio dell'AGCM, che all'epoca non disponeva dei poteri successivamente attribuiti alla stessa dalla legge 248/06, e nella 'copertura' esplicitamente offerta dalla Banca d'Italia - gli stessi principi che guidano il libero mercato, hanno rapidamente reso ricorrente, ordinario e crescente un costo, la CMS, inizialmente di modesta e sporadica applicazione. Pur risultando palese la discrasia, l'operatore bancario ha valutato congruamente protettiva, sia la copertura prestata dall'art. 3 dei

---

<sup>13</sup> Assai generoso risulta l'intervento del legislatore del '09 che ha ricondotto allo 0,50% trimestrale, corrispondente ad oltre il 2,0% annuo, la percentuale massima della commissione di affidamento, onnicomprensiva di tutti gli oneri di affidamento, principalmente della CMS. In Francia, dove veniva impiegata un'analoga commissione sul massimo scoperto, la misura media comunicata dalla Banca di Francia nel '09, era pari allo 0,06% mensile, corrispondente allo 0,7% annuale, contro un valore nello stesso periodo in Italia della commissione di massimo scoperto dello 0,65% trimestrale, corrispondente al 2,6% annuale. In Francia, i tassi medi praticati e le soglie d'usura si collocano su valori apprezzabilmente più moderati; inoltre, la formula impiegata per l'usura è quella ordinaria del TAEG, la stessa utilizzata nelle rilevazioni comunitarie uniformi del costo del credito.

<sup>14</sup> Osserva C. Bonora: '*Con un'operazione di dubbia legittimità, la Banca d'Italia ha stabilito che: 'analogamente a quanto avviene in Francia, ove vige una normativa sull'usura che ha ispirato la legge 108/96, la commissione di massimo scoperto è oggetto di autonoma rilevazione' (Banca d'Italia, circolare n. 47429 del 1.10.1996). (...) Più pilatescamente il Ministro dell'Economia, rispondendo in data 20 dicembre 2006 ad una interrogazione parlamentare sul punto, ha dichiarato che in mancanza di una indicazione normativa univoca compete al Magistrato di valutare se la commissione di massimo scoperto debba incidere o meno sulla base di calcolo del Tasso Soglia (Italia Oggi, 21 dicembre 2006, pag. 32)'. (C. Bonora, L'usura, 2007, CEDAM). Appare alquanto paradossale che il Ministro dell'Economia, prima dispone che gli intermediari impieghino, per la verifica dell'art. 644 c.p., i criteri della Banca d'Italia, per poi dichiarare che, in mancanza di un'indicazione univoca, è rimessa al magistrato la valutazione.*

decreti del MEF – arbitrariamente estesa dai *'criteri di calcolo'* ai criteri di inclusione – sia, successivamente al '05, la Circolare della Banca d'Italia 2/12/05<sup>15</sup>.

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 i maggior costi rispetto all'ordinario e le eventuali componenti di patologia del rapporto creditizio. L'intermediario bancario, con il tasso minimo praticato copre i costi di raccolta, la struttura e l'organizzazione, con il differenziale fra il valore minimo del tasso fisiologico e il margine superiore della soglia d'usura può compiutamente ammortizzare maggiori oneri, sofferenze e dubbi esiti del credito accordato.

Il confronto con il tasso soglia si risolve di fatto nel controllare se i costi aggiunti, siano essi interessi od altri oneri, rispetto all'ordinario e fisiologico tasso di mercato, sono compresi o meno nello *spread* (50% / 25% + 4 punti) stabilito dalla norma. Ciò implica che i costi, che nella rilevazione non vengono ricompresi nel valore medio – in quanto riferiti alla patologia del credito o comunque non ritenuti fisiologici e ordinari – devono rientrare entro i limiti del menzionato *spread*<sup>16</sup>. La CMS inizialmente, esclusa dal calcolo del TEG, non era ritenuta un ordinario e fisiologico onere del credito; risultando, nei casi in cui veniva applicata, riferita al credito erogato, andava necessariamente ricompresa nel costo dello specifico credito sottoposto a verifica, da mantenere entro lo *spread* dal valore medio previsto dalla norma. Quando poi, a seguito delle possibilità di elusione che le stesse Istruzioni sembravano consentire, si è venuta estendendo diffusamente a buona parte delle operazioni e in più categorie di credito, la CMS è divenuta un elemento ordinariamente applicato ai rapporti di finanziamento in conto e, paradossalmente, per ciò stesso,

---

<sup>15</sup> Nel '05, la Banca d'Italia, preoccupata dei risvolti civili, e soprattutto penali, destati da un'esasperata ed incontrollata lievitazione della CMS, che interveniva, per di più, contestualmente ad una discesa dei tassi, 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 economiche complessivamente applicate alla clientela della commissione di massimo scoperto, come è noto oggetto di specifica rilevazione.'* In tal modo, la Banca d'Italia, lasciando invariato l'indebito sistema di calcolo della CMS, prestava la propria *'autorevole'* opinione, suggerendo un modello di calcolo della verifica dell'usura, del tutto identico al criterio indicato, in precedenza, dall'ABI alle proprie associate (Circolare n. 4681/2003), per la verifica dell'usura relativa al tasso di mora. In tal modo si veniva a rendere *'coperto'* ed impregiudicato, quanto meno sul piano penale, il comportamento adottato dalle banche.

<sup>16</sup> La distinzione in categorie omogenee di rischio attiene alla natura oggettiva della tipologia di credito, non all'elemento soggettivo del cliente che dovrebbe trovare copertura nello *spread* di legge. Se si creassero soglie d'usura diversificate in funzione del rischio del cliente si verrebbe a vanificare 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.

da ricomprendere anche nella rilevazione del TEGM: in questa chiave di lettura si può ricostruire come le Istruzioni della Banca d'Italia siano divenute rapidamente quella *'prassi amministrativa difforme'*, censurata successivamente dalla giurisprudenza.

E' del tutto inconsistente la motivazione che riconduce l'esclusione della CMS dalla rilevazione del TEGM alla diversa natura dell'aliquota e modalità di calcolo della CMS, distinte da quelle dell'interesse, che ne ostacolerebbero l'aggregazione<sup>17</sup>. Nel calcolo del TEG intervengono gli importi addebitati, non le aliquote: poteva agevolmente essere ricompresa tra gli oneri, come è stato fatto nelle Istruzioni del '09; in altra rilevazione statistica, relativa ai tassi attivi e passivi praticati dalle banche, la Banca d'Italia già da lungo tempo rileva – per altro in un unico rapporto (TAEG) - il costo completo del credito, comprensivo della CMS<sup>18</sup>.

Si è altresì argomentato (cfr. Banca d'Italia Circolare 2/12/05) che la scelta di rilevare a parte la CMS 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<sup>19</sup>. Diversamente, si è sostenuto che 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<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Anche la recente Cassazione 12965/16 si 'appoggia' a tale riferimento: *'elemento non coincidente ex se con gli altri conteggiabili, ratione temporis, nella specifica ricostruzione del tasso-soglia usurario'*.

<sup>18</sup> Cfr. Bollettino Statistico della Banca d'Italia.

<sup>19</sup> *'Un quarto argomento prospettato evidenza, non a torto, che lo sfioramento del tasso usura dipende dal modo di utilizzo del fisso da parte del cliente (il quale a seconda della durata e della somma determina indirettamente l'ammontare della commissione) perché minore è il periodo di utilizzazione massima e più è irregolare il ricorso all'accordato, di più sale il tasso di interesse globale inclusivo della c.m.s. Si tratta, però, di una clausola che prevede un criterio di calcolo che il predisponente deve considerare prudenzialmente nella sua formulazione nell'ipotesi di utilizzo più oneroso per il cliente e quindi, sarebbe perfettamente giustificabile la sanzione di nullità contro una clausola che porta al superamento del TEG in caso di utilizzo discontinuo ed irregolare del fido.'* (Pasquale Serrao d'Aquino, *Il contenzioso bancario e degli intermediari finanziari*, Consiglio Superiore della Magistratura, 9 marzo 2011).

<sup>20</sup> (P. Ferro Luzzi, *"Ci risiamo. A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto"*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 5, 2006). Si è anche sostenuto, dallo stesso autore, che è improponibile l'ipotesi di inserire la somma percepita a titolo di CMS (ossia di commissione in percentuale sul picco rilevante di utilizzo) nella seconda componente del calcolo del TEGM (oneri x 100/accordato), trattandosi di elementi del tutto diversi ed eterogenei, se non altro perché l'accordato, base del calcolo della seconda componente del TEG è dato del tutto estraneo all'ipotesi di CMS calcolata sul massimo picco di scopertura. Ma il principio che ispira ogni metodologia di stima è volto a ricercare il modello che, più o meno approssima l'obiettivo perseguito: si poteva introdurre nel TEG la terza frazione, rapportando la CMS al massimo utilizzo, oppure, come in termini più correnti ma più approssimati, si è fatto nelle Istruzioni '09,

Come dire che l'illecita cattura del coniglio selvatico dipenderebbe non dalla trappola appostata, ma dal percorso seguito dal coniglio, limitandosi il cacciatore unicamente a posare in terra la trappola. Non vi è chi non scorga nelle argomentazioni prospettate elementi pretestuosi, di scarsa consistenza; la norma sanziona la semplice offerta di condizioni d'usura: per altro, i sistemi informatici degli intermediari sono attrezzati con programmi di 'cimatura', già diffusamente impiegati per prevenire eventuali accidentali debordi dalle soglie.

**Della lievitazione e diffusione della CMS la Banca d'Italia si é resa partecipe, ratificandone nelle Istruzioni l'anomala modalità di calcolo, escludendola dalla rilevazione e disponendone una specifica segnalazione, non prevista né consentita dalla legge. Se fosse stata inizialmente ricompresa nella rilevazione e censita per tutti i rapporti, la CMS non avrebbe avuto la diffusione riscontrata negli anni successivi, né avrebbe potuto assumere la dimensione e l'incidenza che si riscontra nei rapporti di conto, nel corso degli anni 2000.**

Per giunta, il valore riportato in calce alla tabella delle soglie, pubblicata trimestralmente, non esprime l'aliquota media applicata ai rapporti bancari, bensì il valore medio della CMS sui rapporti che presentano tale onere. Non avendo inizialmente un'applicazione generalizzata – e pressoché assente nelle Categorie dell'Anticipazione e del Factoring - se fosse stata rilevata la CMS nella media di tutti i rapporti, anziché il valore iniziale spurio di 0,48%, si sarebbe ottenuto un valore esiguo, che avrebbe per altro indotto un più moderato effetto di emulazione<sup>21</sup>.

---

semplicemente unificando in un solo valore le commissioni, oneri e spese, rapportandolo all'accordato.

<sup>21</sup> Inconferente appare l'osservazione avanzata da G. D'Amico: *'Le ragioni per le quali la Banca d'Italia (sino a quando non è intervenuto il legislatore) ha adottato la soluzione di non inserire il valore della CMS media nel TEGM non sembrano affatto prive di fondamento. Anzitutto va osservato che, anche nei rapporti nei quali può astrattamente trovare spazio una simile voce di "costo del credito" (ad es. le aperture di credito in conto corrente), non sempre è previsto in concreto un "fido", e dunque uno "scoperto di conto" utilizzabile dal cliente, e remunerato con la commissione in questione. Cosicché inserire la CMS nel calcolo del TEGM significherebbe elevare il tasso soglia (e quindi rendere più difficile la possibilità di invocare la usurarietà degli interessi) anche per rapporti nei quali in concreto la CMS non trova applicazione'*. (G. D'Amico, *Gli interessi usurari*, 2016, Giappichelli). Premesso che le norme che regolano l'apertura di credito, come quelle delle anticipazioni e del factoring, non prevedono alcuna CMS, risulta proprio nella finalità della rilevazione del TEGM, la determinazione del valore medio di tutti i costi fisiologici attinenti distintamente le aperture di credito, le anticipazioni e le operazioni di factoring, a prescindere che i costi siano presenti in talune operazioni e non in altre: per tutte le aperture di credito oggetto di rilevazione, ad esempio, gli intermediari forniscono, nelle modalità indicate, il tasso corrispondente al costo del credito erogato, a prescindere dalla natura dei costi effettivamente addebitati. Se la CMS fosse stata considerata un costo legittimo, fisiologico e ordinariamente applicato, appare logico, corretto e consequenziale che avrebbe dovuto contribuire ad elevare il TEGM di riferimento, anche per i rapporti che non presentavano

La speciosa distorsione del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia e l'esclusione dal calcolo del TEG, ha indotto e favorito la crescita della CMS sino ad oltre l'1% trimestrale, nonostante i tassi calanti: è così che lo storico ottavino, rimasto pressoché tale in Francia, che adotta un analogo presidio all'usura, in Italia si è amplificato, sino a decuplicarsi rispetto al valore storico e, nel breve volgere di pochi anni, a passare, nel valore soglia, dallo 0,615% del '98 all'1,260% del '05. E quando la CMS è stata sostituita con la commissione di affidamento è rimasto più agevole ottenere una sua formale legalizzazione sul livello del 2% annuale.

Solo a seguito dell'introduzione delle soglie d'usura, la CMS è divenuta un balzello di apprezzabile dimensione che, indifferentemente esteso alla generalità dei rapporti di credito in conto corrente - aperture di credito e, sempre più spesso, ad anticipi fatture, anticipi s.b.f., factoring<sup>22</sup> - ha assunto un carattere di diffusione, e quindi di ordinarietà, che ne ha reso stridente la sua esclusione dal calcolo del TEGM, mentre la particolare modalità di calcolo, ne rendeva, sin dall'inizio, 'pacifica' la sua inclusione nella specifica verifica dell'usura<sup>23</sup>.

**La rilevazione della CMS e la successiva Circolare della Banca d'Italia del 2 dicembre '05 sono affette da macroscopiche contraddizioni e distorsioni, che risultano**

---

tale costo. Ed è privo di senso, contrario alla finalità della rilevazione, rilevare la CMS media solo nelle aperture di credito che applicano tale costo: si ottiene un dato spurio che, per la categoria di riferimento, non fornisce il costo medio, cioè l'incidenza media delle CMS nella categoria che, congiuntamente agli interessi propriamente detti e agli altri oneri e spese, concorre a formare l'interesse individuato dall'art. 644 c.p.

<sup>22</sup> Nell'apertura di credito l'aspetto caratterizzante - più che il godimento della somma di denaro, comune ad ogni finanziamento - è il libero e incondizionato godimento della disponibilità, per il quale si può giustificare la corresponsione di una commissione: la banca pone a disposizione l'importo accordato, senza sapere se, quando e per quanto verrà utilizzato. Diversa è la situazione nelle altre due forme contrattuali, dove, pressoché sistematicamente l'utilizzo è condizionato e la banca si riserva di valutare la carta commerciale presentata; in tali circostanze la disponibilità non è automatica, né piena: la differenza sul piano del servizio non è trascurabile.

<sup>23</sup> *"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 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, filodiretto.com).

**preordinate ad esprimere una marcata sopravvalutazione del valore medio e, di riflesso, del margine di 'legalizzazione' prestato dalla Circolare stessa.**

Come menzionato, le Istruzioni della Banca d'Italia prevedevano, sin dal '96, 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"*<sup>24</sup>. La rilevazione della CMS non è prevista per tutte le operazioni per le quali viene rilevato l'interesse, ma viene circoscritta al sotto-aggregato di operazioni sulle quali è applicata. Ciò significa che, se su 1.000 rapporti 200 presentano una CMS dello 0,50%, l'incidenza media della CMS nella Categoria è dello 0,10%, ma per la Banca d'Italia è 0,50%, cioè a dire 5 volte più elevata; la metodologia di calcolo emerge chiaramente nelle pieghe delle Istruzioni.

In tal modo **la media che risulta dalla speciosa rilevazione della Banca d'Italia non rappresenta il costo del credito mediamente applicato, a titolo di CMS, alla categoria interessata, coerentemente con la funzione assegnata alla rilevazione del TEGM, ma più semplicemente la media della CMS sui rapporti ai quali viene applicata:** per giunta, con una media non ponderata con gli importi del credito, che induce valori ancora più alti. Con questa singolare metodologia di rilevazione, l'aliquota media che si ottiene risulta marcatamente 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 computo della media le operazioni nelle quali la Commissione non viene addebitata, risulta matematicamente del tutto equivalente a ricomprendere dette operazioni con aliquota pari alla media stessa. Di conseguenza, rispetto all'intera Categoria, la media così rilevata viene a sovrastimare significativamente l'incidenza della CMS sul costo del credito. 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.

Questo aspetto, di non trascurabile rilievo, soprattutto per l'evidente contraddizione che induce nei principi concettuali che successivamente verranno adottati nella Circolare del 2/12/05, non è stato mai esplicitato: la CMS soglia rilevata dalla Banca d'Italia dal 1996 al 2009 è definita su una media che non corrisponde al costo medio della Categoria.

---

<sup>24</sup> Di riflesso i rapporti nei quali la CMS non è percepita, non rientravano nella rilevazione; nelle modalità tecnico-operative per l'inoltro delle informazioni, riportate nelle Istruzioni, si distingue:  
▪ *tasso effettivo globale praticato in media e numero di rapporti su cui è stato calcolato il tasso effettivo globale praticato in media dall'intermediario;*  
▪ *percentuale commissione di massimo scoperto e numero rapporti su cui è stata calcolata la percentuale della commissione di massimo scoperto.*

Rimane a tutt'oggi preclusa ogni genere di informazione sulle serie temporali di dettaglio della rilevazione condotta dalla Banca d'Italia che consentirebbero di meglio circostanziare e misurare l'ampiezza dell'anomalia. **L'organo amministrativo preposto all'applicazione della norma risponde del proprio operato attraverso una piena trasparenza, sia dei criteri oggettivi che informano le scelte tecniche che la legge gli assegna, sia dell'aggregato delle risultanze statistiche che riviene dalla rilevazione, sia, infine, dei controlli di conformità della rilevazione stessa ai criteri adottati.** La rilevazione dei tassi ai fini della determinazione del TEGM – pregnante elemento di completamento della norma penale - non è presidiata da alcuna sanzione in caso di omessa o errata segnalazione, né risulta che il MEF, al quale la legge affida, *in primis*, il compito della rilevazione, si è mai peritato di condurre accertamenti sull'attendibilità e correttezza dei dati segnalati.

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 l'addebito della CMS stessa, rende del tutto incoerente, dal punto di vista logico e tecnico, l'algoritmo di calcolo proposto con la Circolare del 2/12/05<sup>25</sup>. La CMS media individuata dalla Banca d'Italia non costituisce affatto il costo mediamente applicato al credito della categoria interessata: come detto, l'effettivo costo incidente nei crediti della Categoria, risulta – soprattutto inizialmente - marcatamente più basso. Se la CMS e gli interessi non hanno la stessa base di riferimento (tutte le operazioni della categoria), risulta priva di senso la forma di compensazione fra debordo della prima e margine dei secondi previste nella Circolare<sup>26</sup>. Poiché le operazioni per le

---

<sup>25</sup> 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 alcuna di Categoria (importo, durata, rischio e garanzia). Tuttavia l'applicazione che superava l'entità della CMS soglia non determinava di per sé l'usurarietà del rapporto. Nella Circolare si precisa che, *'per ciascun trimestre l'importo della CMS percepita va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti. Qualora l'eccedenza delle commissioni rispetto alla CMS soglia sia inferiore a tale margine, è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge'*.

<sup>26</sup> B. Inzitari e P. Dagna, evidenziano la totale estraneità alla legge della Circolare, segnalandone gli equivoci e le difformità a danno dei clienti: *'Risulta di immediata evidenza che, nell'intento di chiarimento espresso dalla Banca d'Italia nella Circolare del 2 dicembre 2005, per la verità, si introducono, senza che vi sia alcuna previsione di legge in tal senso, nuovi parametri di riferimento nell'applicazione della commissione di massimo scoperto e si chiede agli operatori dei servizi bancari di comportarsi sulla base di questi nuovi criteri. E' forse ridondante sottolineare, ancora una volta, che tali nuovi parametri sono totalmente estranei al dettato della l. 108/96 sull'usura ed, inoltre, ancor meno trasparenti nel calcolo e capaci di generare ulteriori equivoci e difformità di interpretazione a danno dei clienti. Tutto ciò verrà ben evidenziato dalle sentenze della magistratura di merito successive alla pubblicazione della*

quali il costo della CMS è nullo sono escluse dal computo ma, al contrario, sono comprese nel computo del TEG, l'algoritmo impiegato dalla Banca d'Italia conduce inevitabilmente ad un'impropria sopravvalutazione dell'incidenza della CMS: pervenendo ad una CMS-soglia più alta, si svilisce il margine da compensare con i minor interessi.

Ancor più rilevante è la contraddizione con il disposto di legge: l'usura viene a dipendere dalla natura dell'addebito. Infatti, con l'algoritmo proposto nella Circolare del 2/12/05, la presenza o meno dell'usura non viene a dipendere esclusivamente dall'entità di quanto richiesto per il credito erogato, ma anche dalla natura del titolo – se interessi o CMS – dell'addebito operato: uno stesso importo riconosciuto per il credito erogato, se addebitato a titolo di interesse può risultare usurario e, al contrario, risultare regolare (entro la soglia), se addebitato in parte come interessi e in parte come CMS: la denominazione dell'addebito determinerebbe la presenza o meno dell'usura! Per il rispetto dell'art. 644 c.p. il *nomen juris* del costo è espressamente tenuto per irrilevante: la presenza dell'usura non può essere determinata dalla natura dell'addebito<sup>27</sup>.

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 CMS, risulta usurario, mentre l'applicazione di un tasso di interesse del 10% e di una CMS trimestrale dell'1% non risulterebbe usuraria – secondo le indicazioni fornite nella Circolare della Banca d'Italia – se la CMS media rilevata nel trimestre fosse dello 0,75% (soglia  $0,75\% * 1,5 = 1,125\%$ ). Si osserva che, in questa seconda circostanza, l'effettivo costo del credito (TAEG), definito nei termini dell'art. 644, 4° comma, in ragione d'anno, risulterebbe marcatamente più elevato (ben maggiore del 14,00%), risultando, come menzionato, la Commissione calcolata su base trimestrale e non annuale, altresì sullo scoperto massimo e non medio<sup>28</sup>.

---

*Circolare sul massimo scoperto del 2005'*. (B. Inzitari, P. Dagna, Commissioni e spese nei contratti bancari, 2010, CEDAM).

<sup>27</sup> Un'analogia contraddizione si rileva anche per gli oneri e spese che, sino al '09, venivano ricompresi nel calcolo del TEG su base trimestrale anziché annuale: uno stesso addebito, se effettuato a titolo di onere e spesa, aveva un'incidenza inferiore ad un quarto di quella corrispondente ad un addebito per interessi.

<sup>28</sup> Le istruzioni della Banca d'Italia, mentre per gli interessi dispongono la rilevazione del tasso applicato in ragione d'anno, per le Commissioni di Massimo Scoperto disponevano che "*il calcolo della percentuale va effettuata rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata.*". Le banche comunicavano (sino al I trimestre '10) l'aliquota di commissione applicata trimestralmente. E' questa un'ulteriore grossolana distorsione, comune agli oneri e spese, rispetto al tasso annuo indicato dalla legge. In ragione d'anno, per la CMS l'incidenza era ben maggiore di quattro volte l'aliquota comunicata, registrando anche l'incremento derivante dall'effetto di capitalizzazione trimestrale, sia di interessi che di Commissioni, che si rifletteva sulle CMS stesse; così come gli interessi, in ragione d'anno, risultano incrementati, non solo dalla capitalizzazione trimestrale degli stessi, ma anche da quella riveniente dalle CMS.

E' evidente che la CMS-soglia 'concepita' dalla Banca d'Italia, oltre a costituire un parametro estraneo alla legge 108/96 e sopravvalutato nella anomala metodologia di rilevazione, introduce un discrimine di estrema incoerenza, del tutto avulso dallo spirito della norma: l'usurarietà verrebbe a dipendere dalla composizione e natura degli oneri posti a carico del debitore, anziché dall'ammontare rapportato al credito.

Appare difficile ritenere che l'organo tecnico, nella sua qualificata professionalità, non abbia avuto evidenza e consapevolezza di tali palesi contraddizioni: nelle distinte finalità assegnate dall'Ordinamento agli Organi di Vigilanza (Banca d'Italia, AGCM e Consob), è possibile rinvenire le diverse, ultronee e confliggenti motivazioni che hanno ispirato le autonome e, sino ad oggi, insindacate scelte, adottate dalla Banca d'Italia a esclusivo beneficio della stabilità dell'intermediario.

Non è tutto: altre, rilevanti distorsioni hanno inficiato la modalità di rilevazione della CMS a partire dal '06.

Nella tensione volta alla pervicace, esclusiva protezione dell'intermediario, la tutela della CMS – nei termini e modalità di impiego, ormai diffusamente estesi a tutto il sistema bancario - raggiunge il paradosso con le Istruzioni del febbraio '06. Nelle Istruzioni si introduce una significativa modifica alla rilevazione della CMS; al paragrafo C5, relativo alla 'Metodologia di calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto', si riporta: *'In occasione di passaggio a debito di conti non affidati la commissione non è oggetto di rilevazione purché gli intermediari diano espressa ed adeguata pubblicità della sua entità nell'avviso e nei fogli informativi redatti ai sensi delle istruzioni di vigilanza, che prevedono l'obbligo di pubblicizzare "ogni altro onere o condizione di natura economica, comunque denominati, gravanti sulla clientela". In ogni caso, l'onere addebitato alla clientela può essere escluso solo se applicato in misura non superiore a quello della commissione generalmente prevista per i conti affidati'*.<sup>29</sup>

La modifica del '06 viene a distorcere ulteriormente la rilevazione statistica della CMS media, operando sui conti scoperti privi di affidamento che venivano assumendo una dimensione ragguardevole, tanto da giustificare, successivamente, la previsione di un'apposita categoria. Non si comprendono, né sono esplicitati, i principi ispiratori di tale 'balzano' criterio di segnalazione, che introduce una palese discriminazione, all'apparenza facoltativa, che induce una sopravvalutazione della commissione, attraverso quella che risulta essere una vera e propria manipolazione statistica dei dati. **Se si 'può' escludere dalla segnalazioni la CMS pari o**

---

<sup>29</sup> Viene altresì precisato: *'Tale commissione è strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno "scoperto di conto". Pertanto analoghe commissioni applicate ad altre categorie di finanziamento andranno incluse nel calcolo del TEG'*. Ciò lascerebbe intendere che per le operazioni 'Anticipi' e 'Factoring', qualora non sia previsto un impiego 'flessibile' del credito erogato, l'eventuale CMS sia direttamente da includere nel TEG.

**inferiori a quella 'generalmente prevista per i conti affidati', e quindi ricomprendere nella segnalazione solo quella superiore, si perviene ad una media 'artefatta', che, lungi dal 'fotografare', risponde ad una preordinata sopravvalutazione della CSM.** In una rilevazione, dai controlli e sanzioni indefiniti, queste condizioni di esclusione, che intervengono a partire dal febbraio 2006, sembrano intenzionalmente mirate a liberare ulteriori gradi di operatività alla Circolare emanata tre mesi prima (2/12/05).

Se le Istruzioni della Banca d'Italia non avessero prestato il fianco, attraverso l'evidenza *a latere*, alla sistematica elusione della soglia d'usura, la CMS – contingentata entro la soglia - sarebbe rimasta nei modesti limiti di applicazione precedenti il '96: con tale equivoca evidenza 'a latere' della CMS - rilevata per giunta con il deviante riferimento medio ai rapporti ai quali veniva applicata e, a partire dal '06, con la menzionata manipolazione statistica di rilevazione - si è offerto un facile e comodo cuscinetto, opportunamente e tempestivamente allargato, dove dislocare - senza sostanziali limiti, nei contratti di adesione, modificabili in ogni momento per il tramite dello *jus variandi* - costi relativi al credito, in deroga alle soglie d'usura.

Ben si comprende l'opacità e scarsa trasparenza nelle quali vengono mantenute le statistiche di rilevazione e la ritrosia a renderle pubbliche<sup>30</sup>. E' stupefacente come una strumentalizzazione tecnica di tale rilievo e dimensione sia stata posta in essere dallo stesso Regolatore e Controllore del credito, passando inosservata per così lungo tempo alla stessa AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), preposta a tutela del mercato e del suo corretto ed efficiente funzionamento<sup>31</sup>.

Dalle circostanze descritte e dalla formulazione delle norme amministrative di applicazione della legge dell'usura, si trae una sostanziale opacità e confusione che appare preordinata a creare un margine di dubbio idoneo ad escludere la sanzione penale e ad alimentare una disparità di opinioni in dottrina e nei giudizi civili, confidando nell'ampio arco di tempo impiegato dalla Suprema Corte per dirimere i punti controversi; con la finalità, in tal guisa, di conservare ai bilanci bancari gli apprezzabili riflessi economici e procrastinare la compiuta applicazione della norma.

---

<sup>30</sup> In tali circostanze, per analogia, insorgono giustificati dubbi e pregiudizi sulle carenze di trasparenza relative alle commissioni di istruttoria veloce, la cui aderenza ai costi è affidata a procedure interne soggette esclusivamente al controllo dell'Organo di Vigilanza preposto dall'Ordinamento a presidiare la stabilità dell'intermediario. Il palese conflitto di attribuzioni avrebbe dovuto suggerire l'intervento, o quanto meno la concertazione, dell'Autorità Antitrust.

<sup>31</sup> La legge 248/06 ha attribuito nuovi e pregnanti poteri cautelari, istruttori e sanzionatori all'AGCM, prevedendo: *'Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constatata ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari'*, nonché disporre l'applicazione di sanzioni pecuniarie, sino a disporre, nel caso di reiterata inottemperanza alla diffida, la sospensione dell'attività.

In soccorso degli intermediari interviene ora l'anodina sentenza della Cassazione 12965/16 con la quale si vorrebbe assegnare a inattendibili rilevazioni e 'deviati' criteri di confronto un valore dirimente, discriminante la presenza stessa dell'usura.

### **3 I DUBBI ERMENEUTICI DELLA CASSAZIONE N. 12965/16 E L'ELEMENTO INNOVATIVO DELLA LEGGE N. 2/09.**

Venendo allo sviluppo argomentativo, la sentenza in esame ripercorre l'evoluzione della commissione di massimo scoperto nella sua più recente storia applicativa. Assente una definizione legale, la dottrina individua nella CMS il corrispettivo dell'obbligazione assunta dalla banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma per un determinato tempo; nella pratica, dalla veste di commissione di mancato utilizzo (CMU), riferita alla quota parte del fido non utilizzato, atta a remunerare la banca dei costi, non confondibili con gli interessi, per la messa a disposizione della somma, si è passati nel tempo alla commissione di massimo scoperto (CMS), direttamente riferita all'ammontare massimo utilizzato, che viene a costituire – recita la sentenza - un *'costo ulteriore rispetto agli interessi pattuiti, assimilabile a questi sotto il profilo economico, essendo calcolata sulla medesima somma (il cd. utilizzato)'*<sup>32</sup>.

Dopo aver elencato tutti i motivi di nullità della CMS, nei termini e modalità sviluppati dalla giurisprudenza, viene individuato un riconoscimento di legittimità in sé, che, direttamente o in 'passaggi collaterali', pregresse sentenze della Cassazione avrebbero avuto modo di esprimere per la natura e funzione della CMS stessa: da ultimo riconosciuta e affermata nella formulazione espressa dalla legge n. 2/09.

A tutto ciò la sentenza fa seguire una singolare concatenazione di considerazioni che, logicamente coordinate, condurrebbero, sino al 31 dicembre '09, al principio di esclusione delle CMS dal TEG di verifica dell'usura e all'adozione di un algoritmo di calcolo del tutto simile a quello 'suggerito' dalla Banca d'Italia nella Circolare del 2/12/05:

---

<sup>32</sup> In una lontana sentenza della Corte di Appello di Lecce (27 giugno 2000, in BBTC, 2002 II) si ritrova una puntuale descrizione della natura della commissione: *'L'introduzione di una commissione sul credito accordato rinviene il suo fondamento (...) nell'esigenza di riconoscere, nell'ambito dell'unitario rapporto instauratosi tra banca e cliente in conseguenza della conclusione di un contratto di apertura di credito in conto corrente, una duplice utilità in favore dell'accreditato: l'erogazione effettiva di fondi, a cui corrisponde, in termini di controprestazione l'addebito degli interessi pattuiti e la contestuale messa a disposizione dei fondi stessi, con conseguente obbligo di erogare il credito a carico della banca a semplice richiesta del cliente. Orbene non può essere revocato in dubbio che anche la seconda prestazione della banca debba trovare adeguata remunerazione da parte del cliente'*.

i) sino al dicembre '09, i decreti ministeriali, recependo le Istruzioni della Banca d'Italia, hanno escluso le CMS dal calcolo del TEGM, mentre ***il dettato dell'art. 644, co. 4, c.p. può lasciare intendere che qualsiasi costo derivante dalla concessione di credito debba essere preso in considerazione ai fini della determinazione del tasso usurario;***

ii) ***l'art. 2 bis della legge n. 2/09 – in termini innovativi - 'prevede espressamente l'inserimento della commissione di massimo scoperto nel plafond per il calcolo del costo del finanziamento, rilevante ai fini della determinazione del tasso usurario'*** e pertanto ***'ciò permette di ritenere superati i dubbi iniziali, derivanti dalla formulazione letterale della disposizione'***.

iii) **risulta ragionevole attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella dello specifico TEG**; se le rilevazioni della Banca d'Italia fossero inficiate da illegittimità, non potrebbero essere applicate le sanzioni civili e penali, risultando radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura: per l'utilizzo di criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, il giudice sarebbe tenuto a procedere ad una nuova ricostruzione del TEGM, in rispetto del principio di omogeneità di confronto.

Nello specifico la Cassazione ritiene che, sino al '09, la CMS va esclusa dal calcolo del TEG, apprezzata autonomamente nel medesimo contesto di elementi omogenei e valutata secondo criteri che, senza farne un'esplicita menzione, vengono ricondotti a quelli 'suggeriti' dalla Banca d'Italia nella Circolare 2 dicembre 2005.

Così che, da un'asettica funzione statistica di mera individuazione dei tassi medi globali - *"idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice"* - le Istruzioni della Banca d'Italia verrebbero ad assumere il compito di definire un'articolata e complessa metodologia di confronto per la verifica del rispetto della soglia d'usura, sino a configurare una CMS soglia, che non trova alcun riscontro nella legge, né nei decreti del MEF.

La distorsione, che fa da architrave al costruito logico della sentenza, può essere in buona parte racchiusa nell'affermazione: *'L'attuale art. 644, cp. 4, c.p. può lasciare intendere che qualsiasi costo derivante dalla concessione di credito debba essere preso in considerazione ai fini della determinazione del tasso usurario'*, che sorregge la portata innovativa, non interpretativa, della legge n. 2/09, alla quale viene attribuita, con un'opaca espressione, una funzione *'volta più ordinariamente a dettare una restrizione di rigore non più controvertibile per il futuro, senza dissipare a posteriori i dubbi ermeneutici che pur l'avevano preceduta'*<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Nel documento di M. Cian, dal quale è tratta l'espressione impiegata dalla Cassazione, si perviene ad una conclusione di rigorosa inclusione della CMS, ricondotta *'puramente e semplicemente'* al richiamo dell'art. 644 c.p.: *'Non persuade tuttavia, del nuovo corso*

Risulta alquanto stridente l'impiego dell'espressione *'può lasciare intendere'* attribuita alla formulazione dell'art. 644 c.p., da cui, in successione logica, dedurne i *'dubbi iniziali, derivanti dalla formulazione letterale della disposizione'*.

Stupisce il labile sofisma con il quale si vuole insinuare una lettura controvertibile della chiara espressione dell'art. 644, co. 4: *"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"*. Lettura riferita proprio alla commissione di massimo scoperto, espressamente richiamata nel disposto di legge e per la quale la sentenza in esame ha correttamente pretermesso: *'la prassi bancaria si è allontanata dallo schema originario, applicando la commissione di massimo scoperto al cd. massimo scoperto del periodo, nonché ai cd. fidi di fatto (scoperti e sconfinamenti di conti correnti) che è venuta a rappresentare per il cliente un costo ulteriore rispetto agli interessi pattuiti, assimilabile a questi sotto il profilo economico, essendo calcolata sulla medesima somma'*.

I dubbi non allignano affatto nella formulazione dell'art. 644 c.p. che, nel suo enunciato, non può lasciar intendere alcunché di diverso da quanto viene nello stesso chiaramente espresso in termini difficilmente controvertibili. Non c'è nulla da intendere, nel senso di interpretare: la formulazione della norma è incontrovertibile e la sua applicazione *'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'*(Cass. Pen. II sez. n. 46669/11).

Per la CMS, con l'esplicita qualificazione della stessa come componente aggiuntiva del costo del credito erogato, veniva meno ogni sparuta perplessità al riguardo. Se qualche dubbio poteva sussistere per la menzionata, e ormai da lungo tempo desueta, commissione di mancato

---

*giurisprudenziale, l'argomento talvolta desunto dal citato art. 2 bis, nel quale si ravvisa quasi una norma di interpretazione autentica della precedente disciplina, come tale idonea a sancire retroattivamente l'inclusione piena della commissione tra le poste rilevanti nel giudizio di usurarietà. In realtà, se una qualche indicazione dovesse essere evincibile da questa disposizione, sarebbe di segno diametralmente opposto, per effetto della volontà di rottura con il passato, che parrebbe implicita nella coniazione di una regola destinata a valere per il futuro, in luogo della disciplina previgente.*

*Ma la norma non ha alcuna valenza interpretativa, né implicita, né esplicita, né diretta, né indiretta, protesa semplicemente, com'è, a dettare una linea di rigore non più controvertibile, per il futuro, senza con questo voler dissipare a posteriori le nebbie che l'hanno preceduta: la stessa contingenza della sua genesi è lì a confermarlo, collocata in un paniere di interventi chiamati a fronteggiare la crisi economica e a rilanciare le attività produttive contenendo il costo del denaro, e non invece a redistribuire ricchezza pregressa o a fare giustizia di rapporti già intercorsi. Convince invece, a sostegno dell'orientamento giurisprudenziale più severo, puramente e semplicemente il richiamo all'art. 644 c.p. e al carattere comprensivo della formula menzionante le voci di costo rilevanti. (M. Cian, Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo *ius variandi* e sull'azzeramento del tasso oltre soglia, Obbl. e Contr., 2012, 10, 655).*

utilizzo (CMU) - riferita alla quota di credito disponibile, non ancora erogato – risultava di palmare evidenza che la CMS veniva commisurata, e quindi risultava attinente, al credito erogato e, di riflesso, 'letteralmente' ricompresa nei costi dell'art. 644 c.p., senza alcun margine di dubbio che possa giustificare l'espressione *'può lasciare intendere'*.<sup>34</sup>

I dubbi allignavano nelle 'difformi' Istruzioni della Banca d'Italia che, inizialmente nel '96, nella difficoltà di riconoscere alla CMS una carattere fisiologico di ordinaria applicazione per ricomprenderla nel calcolo del TEGM, ne aveva disposto un'inusuale rilevazione, non richiesta né prevista dalla norma: nella rilevazione del valore medio di mercato, ha presumibilmente posto qualche perplessità includere fra gli oneri da ricomprendere nella fisiologia delle operazioni creditizie, una commissione applicata occasionalmente, non prevista nelle norme regolanti l'apertura di credito e, per giunta, in 'odore' di nullità.

L'odierna sentenza n. 12965/16, con un costruito argomentativo che appare alquanto forzato e costretto, riferisce l'intervento della legge n. 2/09, non rivolto a confermare – e quindi rafforzare – l'onnicomprensività dei concetti di *'commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese'* indicati al comma quarto dell'art. 644 c.p., bensì rivolto ad incidere sul terzo comma, ovvero su quella *'legge che stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari'* e quindi con una valenza innovativa in tema di CMS, *'laddove il congegno ricognitivo-determinativo primario, fino all'entrata in vigore della riforma, espressamente escludeva quest'ultima dal calcolo del TEGM'*. Condizionata dallo stereotipo dell'omogeneità, la sentenza opera un'indebita commistione fra il dettato dell'art. 644 c.p. e l'art. 2 della legge 108/96. Con un'impropria inclusione delle Istruzioni della Banca d'Italia nella sfera della norma penale e un'indebita inversione del rapporto di subordine, dall'assunta valenza innovativa dell'inclusione nel TEGM della CMS 'riformata' dalla legge n. 2/09, la sentenza ne trae l'esclusione retroattiva della CMS 'storica' dalla verifica dell'usura.

La Cassazione in esame non ravvisa nel dato testuale della legge n. 2/09 alcuna volontà del legislatore di fornire una "interpretazione autentica" *né implicita, né esplicita, né diretta, né indiretta*, né tanto meno una più semplice ratifica di un'espressione in sé chiara ma che la Banca d'Italia, nella definizione del modello tecnico di rilevazione del TEGM, ha ritenuto di applicare in termini non rigorosi e letterali. Noncurante di tale evidenza, nella pronuncia si ravvisa una non meglio definita volontà di *'dettare una restrizione di rigore non più controvertibile per il futuro, senza dissipare a posteriori i dubbi ermeneutici che pur l'avevano preceduta'*.

Due passaggi della legge n. 2/09, secondo la sentenza in esame, inducono a ritenere innovativo il disposto normativo:

---

<sup>34</sup> E quand'anche, nell'incompetenza non scusabile, nell'intermediario fossero insorti dubbi ermeneutici, questi dovevano indurlo all'astensione dall'azione (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11).

i) *‘Gli interessi, le commissioni .... dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell’applicazione dell’art. 1815 c.c., dell’art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3 legge 7 marzo 1996 n. 108’;*

ii) *‘Il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Banca d’Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all’applicazione dell’articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell’articolo 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’.*

Senza una valenza innovativa della norma non si giustificerebbe, ad avviso della Cassazione, *‘la contemporanea fissazione di un dies a quo per attribuire rilevanza alla CMS nel calcolo del TEGM e, soprattutto, la devoluzione all’autorità amministrativa del compito di fissare un periodo transitorio per consentire alle banche di adeguarsi alla normativa’.*

Secondo la sentenza, quindi, la disciplina transitoria non si sarebbe resa necessaria se la legge n. 2/09 avesse voluto esprimere un’interpretazione autentica dell’art. 644 c.p.

Ma, prima ancora di procedere a valutare la natura ‘interpretativa’ o ‘innovativa’ della legge n. 2/09, **non si può disconoscere che il dettato dell’art. 644 c.p. era chiaro ed incontrovertibile, né si possono operare commistioni fra la rilevazione del TEGM e la verifica dell’art. 644 c.p.: come si riporta nella sentenza di Palmi (1732/07) ‘E’ la stessa legge, e non una qualche istruzione della Banca d’Italia, ad imporre che la CMS sia tenuta in considerazione come elemento potenzialmente produttivo di usura’** <sup>35</sup>. Non vi erano dubbi da dissipare salvo quelli opportunistici degli intermediari, che hanno coperto pratiche commerciali scorrette, alimentate dal contrasto del menzionato art. 3 dei decreti ministeriali con l’ineludibile dettato dell’art. 644 c.p.

**La legge penale si completa con la pubblicazione del TEGM: le Istruzioni – e ancor più le FAQ e le Circolari della Banca d’Italia – sono poste al di fuori della sfera normativa, come anche l’art. 3 dei decreti del MEF esonda dalla sfera di pertinenza delegata dalla norma**<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *‘detta disposizione, tuttavia, deve ritenersi interpretativa e non innovativa sulla scorta del perentorio dettato dell’art. 644 co 4 c.p.: dunque non può costituire utile argomento per asserire che le condotte antecedenti, come quelle valutate con la sentenza in commento, risultino prive di rilievo penale’* (M. Piloni, La rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini della consumazione del reato d’usura bancaria, da parte dei funzionari e dei rappresentanti legali degli istituti di credito, in Dir. Pen. proc. 2012).

<sup>36</sup> *‘D’obbligo è il richiamo all’art. 4, comma 1°, prel., ove è previsto che “i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge”. In virtù di tale disposizione la disapplicazione del regolamento è legittima, qualora questo sia in contrasto con una fonte di*

Tenendo separate e distinte la CMS 'storica' dalla CMS 'riformata', la rilevanza della prima, ai fini della verifica dell'art. 644 c.p., indicata dalla legge n. 2/09, non appare propriamente né interpretativa né innovativa, costituendo – come riportato in una lucida sentenza del Tribunale di Torino (E. Astuni, n. 1181/16) – più semplicemente un aspetto conclamato: *'La rilevanza è oggi conclamata, per effetto del noto art. 2-bis comma 2 del d.l. 29/11/09 n. 185 conv. in legge 28/1/09 n. 2, ma la norma palesemente non ha alcuna portata innovativa rispetto agli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. posto che non poteva essere seriamente messa in dubbio l'inerenza della c.m.s. all'erogazione del credito'*<sup>37</sup>.

**I criteri di determinazione del tasso usurario della singola operazione creditizia vengono individuati dall'art. 644 c.p., senza alcun rinvio ad un aggregato di costi predeterminato da una fonte secondaria: il *nomen juris* è espressamente tenuto per irrilevante, visto che la remunerazione entra nel calcolo del tasso usurario 'a qualsiasi titolo' (art. 644 c.p.) e 'comunque determinata' (art. 2 bis comma 2 l. n. 2/09), purché sia onere funzionalmente collegato all'erogazione del credito.** Né con un apodittico quanto posticcio principio di omogeneità si può subordinare la norma di legge all'atto amministrativo, antepoendo detto principio a quello di onnicomprensività della norma stessa<sup>38</sup>.

---

*diritto sovraordinata, in ossequio al principio della gerarchia delle fonti. Di significativa importanza è poi il principio di soggezione del giudice "soltanto" alla legge affermato dall'art. 101 cost. che secondo attenta e condivisibile dottrina impone al giudice l'obbligo di "disapplicare tutti gli atti dell'esecutivo (o meglio tutte le norme anche individuali che hanno quale fonte un atto dell'esecutivo) che contrastano con le norme aventi forza di legge. Un'ulteriore conferma di rango costituzionale al potere del giudice di operare un controllo di legalità su ogni atto della pubblica amministrazione riviene poi dall'art. 113 cost. da cui anche deriva il dovere da parte del giudice di disapplicare qualsivoglia atto della P.A., ivi compresi quelli a carattere regolamentare ed aventi contenuto normativo emessi in contrasto alla legge.'* (V. Farina, Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica, Banca Borsa e tit. cred. n. 4, 2016).

<sup>37</sup> Anche la Corte di Appello di Cagliari ha avuto modo di precisare: *'La portata interpretativa della legge n. 2/09, invocata dall'odierna appellante, si risolve in realtà in una mera conferma della 'disciplina vigente' e cioè nel richiamo dell'art. 644 c.p. e non delle circolari della Banca d'Italia, pacificamente prive di portata normativa. (...) l'art. 2 bis della legge 2/09 ha mera valenza chiarificatrice di un dato che era già contenuto nella legge sull'usura (determinazione del costo del denaro con riferimento a tutte le remunerazioni), cosicché il vincolo imposto al Ministro per l'emanazione della regolamentazione transitoria si risolve nel mantenimento della disciplina vigente e quindi del dettato onnicomprensivo dell'art. 644 c.p. Ragionando diversamente, nel senso propugnato dall'appellante, si arriverebbe a sostenere che il Ministro può modificare (con efficacia retroattiva) una legge penale, stabilendo per il pregresso le soglie d'usura'.* (C. Appello Cagliari, G.R.: M.T. Spanu, 26/3/04).

<sup>38</sup> *'Tuttavia, ancora affrontando il medesimo terzo motivo di ricorso, la Corte esamina anche l'ulteriore questione del cosiddetto principio dell'omogeneità dei valori, affermando la fondatezza della "tesi che sostiene la necessità di utilizzare, nella rilevazione dei tassi usurari,*

Quest'ultima impedisce che possano essere esclusi dalla verifica voci di costo sul pretesto che siano diverse da quelle previste dalla Banca d'Italia, o che la causale non sia formalmente riferita al credito erogato: il limite stabilito dalla legge è un limite insormontabile e non può essere aggirato con una distinzione delle somme dovute dal cliente alla banca in causali diverse, né tanto meno spezzettando il presidio in più soglie.

Come accennato, la discrasia fra il servizio prestato e la metodologia di calcolo della CMS riferita al credito utilizzato, non era passata inosservata alla Cassazione la quale già nel 2002 (Cass. Civ. n. 11772/02) e nel 2006 (Cass. Civ. 870/06) ne aveva rilevato l'uso improprio specificandone la corretta funzione. Alle chiare enunciazioni della Cassazione non ha fatto seguito alcuna rettifica nei comportamenti degli intermediari, né l'Organo di Vigilanza ha prestato

---

*dati tra loro effettivamente comparabili". Le considerazioni sono introdotte a pag. 14, punto 13 della Sentenza, sulla base del seguente ragionamento: premesso che la rilevazione dell'usura oggettiva (o presunta, o in astratto), è integrata a seguito del mero superamento del tasso soglia, e premesso altresì che il tasso soglia è ricavato applicando uno spread al TEGM (fissato trimestralmente con i Decreti Ministeriali, sulla base delle rilevazioni di Banca d'Italia, a loro volta effettuate con la metodologia di cui alle Istruzioni della Banca d'Italia medesima), posto che il tasso soglia (così ricavato), quale dato astratto, deve essere confrontato con lo specifico dato concreto del TEG contrattuale, ne consegue che il raffronto deve essere effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo; sia TEGM che TEG devono, in sostanza, essere calcolati in modo omogeneo. Il principio appare logicamente e metodologicamente condivisibile. Cionondimeno stupisce come la questione, pur se effettivamente dedotta nell'ambito della seconda parte del terzo motivo di ricorso, non sia stata considerata assorbita dall'accoglimento della parte prima del motivo medesimo. In parole povere, se è corretto, come sostiene la Corte, considerare escluse le CMS dal computo dell'usura ante 2010 (Questione dedotta nel terzo motivo di ricorso, sub parte prima), in ragione del quadro normativo ratione temporis applicabile, la logica conseguenza dovrebbe essere che le stesse allora non andrebbero -mai- considerate, punto e basta, e non ha perciò alcuna ragione d'essere l'indagine ulteriore su una diversa metodologia di computo delle CMS nelle soglie d'usura, che sia nondimeno rispettosa del poc'anzi espresso principio di omogeneità dei valori (Questione dedotta nel terzo motivo di ricorso, sub parte seconda). In parte qua la pronuncia, quindi, sconta una prima contraddizione: se è corretto intendere la mera efficacia innovativa dell'art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008, allora il sistema delle fonti delineato dall'art. 2 L. 108/1996 non dovrebbe lasciare spazio a metodologie differenti da quelle presenti nelle Istruzioni di Banca d'Italia; in altre parole, se le CMS si computano nella verifica dell'usura a far data dall'efficacia delle nuove Istruzioni 2009, allora occorre portare il ragionamento sino in fondo, affermando che le CMS ante 2010 non si computano mai, e ciò a prescindere dalla frizione con il comma 4 dell'art. 644 c.p.. Ed invece, in prima battuta, la Corte parrebbe astrattamente aprire alla possibilità di metodologie e formule matematiche alternative a condizione che le stesse siano utilizzate sia per il calcolo del concreto TEG contrattuale, sia del TEGM.' (P. Martini, M. Nerbi, 'Commento a Cassazione Civile n. 12965 del 22/06/16: La suprema Corte recepisce la Circolare della Banca d'Italia del 2/12/2005, in relazione alla rilevazione della CMS nella commisurazione del tasso usurario nel periodo ante 2010', in: <http://www.ateneoweb.com>).*

tempestivamente la dovuta attenzione all'indicazione fornita dalla Suprema Corte<sup>39</sup>, inducendo gli intermediari bancari a modificare la prassi di calcolo della CMS che, nella diffusione e nell'esasperata dimensione raggiunta, assumeva pregnanti aspetti di discrasia con il presidio di legge. Al contrario, oltre ad escluderla dalla rilevazione dell'usura, le 'Istruzioni' della Banca d'Italia ne hanno fornito una definizione 'accomodata' e avallato la modalità di calcolo<sup>40</sup>, favorendone, in tal modo, un più rapido e diffuso impiego, al di fuori dei limiti di soglia.

La sentenza della Cassazione Pen. II sez. 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"<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Occorrerà attendere il '08 quando il Governatore Draghi – sia in occasione delle Considerazioni finali, che nel successivo intervento all'Assemblea dell'ABI – ha '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.'. Nella circostanza il direttore generale del gruppo Intesa Sanpaolo, Pietro Modiano, nel ritenerla "una commissione arcaica e troppo complessa per i tempi" spiegava ai soci ABI: «Il massimo scoperto data 1947 e fa parte dell'archeologia. In tutto il mondo i fidi sono remunerati con commissioni più semplici, commisurate all'entità del fido o al mancato utilizzo". Nello stesso periodo l'AGCM, nella Relazione annuale, chiedeva espressamente l'abolizione della CMS ritenuta 'iniqua e penalizzante per i risparmiatori e per le imprese'.

<sup>40</sup> Come menzionato, già nelle prime 'Istruzioni' del '96, si prevede: 'Il calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuata, per ogni singola posizione, rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata'.

<sup>41</sup> 'Il problema al quale, dunque, Cass. 12028 del 2010 ha fornito risposta è se detto metodo di rilevazione degli elementi che vanno a comporre e determinare il tasso soglia per l'usura per gli interessi sia conforme, o meno, alle indicazioni che emergono dal comma quarto dell'art. 644 cod. pen., in ordine agli elementi dei quali 'obbligatoriamente' si deve tener conto al predetto fine e cioè "delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito". E la risposta della Cassazione è stata di segno negativo, escludendosi la conformità tra disciplina amministrativa e disposizione di legge

*Tale interpretazione, precisa la Cassazione del '10, risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari (D.L. 185/08, convertito nella legge 28/1/09 n. 2.), aggiungendo altresì: 'La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerato norma di interpretazione autentica del 4° comma dell'art. 644 c.p. in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme'. La 'prassi amministrativa difforme', sulla quale interviene la legge n. 2/09, attiene alla delega affidata al MEF, regolata dall'art. 2 della legge 108/96<sup>42</sup>.*

Nell'argomentazione addotta dalla indicata Cassazione Penale, la legge n. 2/09 viene a suffragare il criterio di inclusione della CMS previsto dall'art. 644 c.p. La richiamata sentenza della Cassazione Penale, *in primis*, stabilisce il chiaro tenore letterale del IV comma dell'art. 644 c.p. che ricomprende fra i costi *'indubbiamente'* la CMS, *'indiscutibilmente'* collegata all'erogazione del credito. Dall'espressione utilizzata, non sembrano ravvisabili dubbi ermeneutici da dover dissipare con specifiche procedure di interpretazione. Questa precisazione viene poi ulteriormente *'avvalorata'* dall'art. 2 bis della legge n. 2/09, che, *'per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica del IV comma dell'art. 644 c.p.'*

L'art. 2 bis della legge n. 2/09, al comma 1, stabilisce la nullità della CMS 'storica', nella sua comune accezione di onere applicato anche in assenza di fido e calcolato sul picco massimo dell'utilizzo dei fondi del trimestre, a prescindere dalla durata dell'utilizzo stesso; infatti, oltre allo specifico richiamo, più in generale si prevede: *'Sono altresì nulle le clausole ... che prevedono una*

---

*citata ed affermandosi, quindi, che, nella determinazione del TEG, si deve conteggiare anche la CMS, ove praticata.'* (E. Vincenti, *'La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di contratti bancari: approdi recenti e problematiche ancora aperte'*).

<sup>42</sup> A ben vedere, 'la prassi amministrativa difforme' non è necessariamente 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 Penale II sez. n. 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 praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata'*. 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 la CMS non aveva quella ricorrenza, diffusione e dimensione, che ha rapidamente assunto negli anni successivi. Solo con la legge n. 2/09 il legislatore, circostanziando la delega assegnata al MEF, ha precisato che la CMS, come le altre provvigioni, dipendenti dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, assumesse rilievo, oltre che per l'art. 644 c.p. e l'art. 1815 c.c., anche per l'art. 2 della legge 108/96, cioè per la rilevazione del TEGM.

remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente.

L'art. 2 bis della legge n. 2/09, al comma 2, prevede: *'Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verra' effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.*'

In tale 2° comma viene ricompresa la CMS 'riformata', che a differenza della precedente è 'dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzo dei fondi', e si dispone che debba essere considerata, oltre che nella verifica del rispetto degli artt. 1815 c.c. e 644 c.p., anche nella determinazione del TEGM (art. 2, legge 108/96). Il comma 2 non attiene per nulla alla CMS 'storica' che, al contrario, viene sanzionata di nullità dal comma precedente e non può certo essere collegata, nel comma in parola, agli artt. 1815 c.c. e 644 c.p., né tanto meno all'art. 2 della legge 108/96.

Al primo riferimento del comma 2 (artt. 1815 c.c. e 644 c.p.) - considerato l'inderogabile dettato dell'art. 644 c.p. e, di riflesso, dell'art. 1815 c.c. - non può che essere assegnato un valore ricognitivo, confermativo e interpretativo in senso lato, senza necessità di una particolare ricostruzione procedurale, che esprima in modo formale e compiuto uno specifico significato fra i più suscettibili da rinvenire nella norma<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> *'Se da un lato è vero, infatti, che occorre particolare prudenza nel sentenziare la natura meramente interpretativa di una norma, onde evitare l'aggiramento "sottobanco" del divieto di retroattività in malam partem, dall'altro è parimenti indiscutibile che la norma di interpretazione autentica seleziona, come sottolineato da illustre dottrina, "una interpretazione tra quelle possibili; rientrando pertanto, anche se estensiva, nella lettera della legge interpretata, quindi non travalicante la stessa". Il che è esattamente quanto avvenuto nella situazione in esame, allorché il legislatore ha inteso chiarire il campo semantico del sostantivo "commissioni" contenuto nell'art. 644, comma iv c.p.: le premesse che ispirano la contraria tesi non sembrano, dunque, del tutto condivisibili, giacché senz'altro la nuova norma comporta una revisione del pregresso indirizzo amministrativo, che, a ben vedere, era, già ab origine, ingiustificato in virtù della norma di legge primaria.' (L. Troyer, S. Cavallini, Usura presunta e commissioni di massimo scoperto: il disorientamento dell'operatore bancario tra "indicazioni*

il secondo riferimento, art. 2 e 3 della legge 108/96, invece - considerata la discrezionalità tecnica di rilevazione del valore medio di mercato, che la norma originaria (l. 108/96) aveva rimesso, senza condizionamento alcuno, salvo i criteri di omogeneità delle categorie di credito, attraverso il MEF, alla Banca d'Italia e da questa largamente utilizzata nelle otto rivisitazioni delle Istruzioni, tutte escludenti la rilevazione della CMS - costituisce una precisazione e integrazione, nella misura in cui circostanza, in termini più stringenti, la prassi amministrativa prevista dall'art. 2 della legge 108/96.

Prima della legge n. 2/09, il criterio di inclusione di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, nella rilevazione del valore medio di mercato (TEGM), non assumeva la valenza rigorosa dell'art. 644 c.p., dovendosi inserire in un algoritmo volto a cogliere il valore medio di mercato, rimesso, seppur attraverso criteri tecnici oggettivi e trasparenti (*fotografia*), nella discrezionalità del MEF e della Banca d'Italia. Nella stima del valore medio di mercato (TEGM), il principio di onnicomprensività si stempera risultando condizionato alla natura ordinaria e fisiologica del costo. La 'norma tecnica autorizzata', come richiamata talvolta in giurisprudenza, si esplicita in un modello di rilevazione che, coerente con rigorosi principi statistici di stima, definiti e riconosciuti dalla scienza, è rivolto a determinare esclusivamente il parametro di riferimento, funzionale all'applicazione del presidio di legge.

L'art. 2 bis – senza minimamente considerare l'abborracciata' soluzione suggerita per la CMS dalla Banca d'Italia nella Circolare del 2/12/05<sup>44</sup> – ha dettato all'organo amministrativo un più

---

erronee" dell'autorità ed "autentiche" del legislatore al vaglio della Suprema Corte, Riv. Dott. Comm. 2011).

<sup>44</sup> *'Né persuade il metodo di computo della commissione, proposto successivamente dalla stessa Banca d'Italia, con la propria Nota del dicembre 2005, articolato in due fasi e per la verità non allineato rispetto al sistema di conteggio degli altri elementi componenti il costo del credito: la prima fase, di verifica del mantenimento della commissione concretamente applicata al di sotto di una soglia di presunta legittimità, determinata incrementando del 50 % la commissione media rilevata trimestralmente; ed una seconda (solo eventuale, per il caso di superamento di tale soglia), di confronto fra l'interesse massimo lecitamente percepibile dalla banca e quello effettivamente riscosso, integrato dalla commissione pure concretamente corrisposta dal cliente. Questo metodo, pur attraendo l'onere in esame nel novero di quelli rilevanti nella valutazione di usurarietà, aveva peraltro l'effetto di rendere immune da qualsiasi censura il comportamento della banca che avesse mantenuto questa voce di costo al di sotto della soglia percentuale teorica ad essa specificamente riservata, quand'anche in concreto la remunerazione complessivamente percepita per il godimento del denaro risultasse, per effetto dell'impatto della commissione sull'entità degli interessi (che, come si è detto, è direttamente proporzionale alla occasionalità ed entità del picco utilizzato, rispetto alla misura del normale godimento registrato nel periodo di riferimento), sensibilmente superiore ai limiti di legge. A ben vedere, il problema rifletteva, a questo livello, le stesse ambiguità che la commissione presentava sotto il profilo causale. La disposizione contenuta nel recente art. 2-bis ha inequivocabilmente disatteso tanto la soluzione perentoriamente negativa, quanto l'opzione di*

stringente rigore nell'inclusione dei costi da ricomprendere nella rilevazione del tasso medio di mercato, non espressamente previsto nell'originario testo normativo. Né dalla formulazione originaria della norma può ricavarsi – come addotto dalla Cassazione – che la rilevazione effettuata dalla Banca d'Italia potesse essere inficiata da un profilo di illegittimità, operando quest'ultima entro il margine assegnato dalla legge al MEF: travisando la diversa funzione assunta dalla rilevazione del TEGM – nei criteri discrezionali rimessi dalla legge 108/96 al MEF - rispetto alla verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., si perviene a sindacare una pretesa simmetria, prevedendo addirittura, nell'eventuale non rispondenza, una ricostruzione del TEGM, da parte del giudice, a correzione della rilevazione operata dalla Banca d'Italia.

La Cassazione in commento – oltre a stabilire una presunta legittimazione a posteriori, attraverso un'indifferenziata assimilazione della nuova commissione introdotta dalla norma con la precedente CMS - omette proprio il riferimento della legge n. 2/09 agli artt. 2 e 3 della legge 108/96 (determinazione del TEGM), che motiva la disciplina transitoria. Recita infatti la sentenza: *'Con l'intervento del legislatore del '09 si é dunque stabilito che: ..... 4) la CMS (letteralmente delle "commissioni comunque denominate che prevedono una remunerazione per la banca dipendente dall'effettiva durata di utilizzazione dei fondi da parte del cliente") é rilevante, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, ai fini dell'applicazione tanto dell'art. 1815 cod. Civ. che dell'art. 644 cod. Pen. Può pertanto dirsi che la norma, pur omettendo ogni definizione più puntuale della CMS, abbia effettuato una ricognizione dell'esistente con l'effetto sostanziale di sancire definitivamente le legittimità di siffatto onere e, per tale via, di sottrarla alla censura di legittimità sotto il profilo della mancanza di causa.'*

**Risulta completamente omissso il riferimento agli artt. 2 e 3 della legge 108/96 e viene forzata l'assimilazione logica, sotto il medesimo nome, della precedente alla nuova CMS. Si trascura che il dettato della norma *'dipendente dall'effettiva durata di utilizzazione dei fondi'*, riportato al 2 comma dell'art. 2bis, si riferisce alla nuova CMS, non alla precedente, la quale risultava dipendente esclusivamente dall'*utilizzazione dei fondi* ';** come menzionato, nel precedente comma dell'art. 2 bis della legge si sanziona con la nullità la precedente CMS, cioè la *'remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi'*<sup>45</sup>. La Cassazione omette il riferimento della legge n.

---

*compromesso proposta dall'Autorità di vigilanza. La formula normativa sembra infatti non lasciar dubbi sul fatto che la commissione di massimo scoperto dovrà per il futuro costituire a tutti gli effetti una delle voci, che, sul medesimo piano delle altre, concorrerà alla determinazione del tasso medio.'* (M. Cian, 'Le commissioni bancarie nella recente disciplina, B.B.T.C. 2010).

<sup>45</sup> La distinzione fra la CMS storica e quella riformata, viene anche rilevata da B. Inzitari e P. Dagna che osservano: *'La legge 2/2009 prende in considerazione, attraverso i tre commi dell'art. 2 bis richiamato poc'anzi, le tipologie più inique .... Ovvero le ipotesi che risultano distinguibili nel modo seguente: a) le CMS applicate al cliente il cui saldo a debito per un*

2/09 agli artt. 2 e 3 della legge 108/96: senza tale omissione, quella che la sentenza, solo poi precisa come 'storica CMS', per distinguerla appunto dalla nuova, non trova ragione alcuna nelle norme transitorie. Come rilevano anche B. Inzitari e P. Dagna: *'il coordinamento con la disciplina antiusura è efficace, in quanto nel primo comma dell'art. 2 bis, il legislatore colpisce, in ogni caso con la nullità, le clausole che contravvengono al divieto posto dalla legge, per le quali è evidente che non servirebbe la verifica del tasso soglia. Si può affermare, pertanto, che la tutela antiusura incentrata sul parametro del tasso soglia di cui alla l. 108/96, sia volutamente richiamata dalla l. 2/2009 solo in relazione alla provvigione di conto, e ciò in relazione ad altre tipologie commissionali sopportate dai correntisti, ma differenti nella denominazione dalla più nota CMS di cui al 1° co. Dell'art. 2 bis della l. 2/2009 ..'.* (B. Inzitari, P. Dagna, Commissioni e spese nei contratti bancari, 2010, CEDAM).

D'altra parte, come accennato, i dubbi da dissipare non erano ravvisabili nella formulazione dell'art. 644 c.p., bensì si collocavano nei comportamenti degli intermediari che – cogliendo la contraddizione fra norma di legge e quanto previsto dall'art. 3 dei decreti ministeriali – si appoggiavano, anche per la verifica dell'usura, ai criteri di rilevazione del TEGM: ma l'art. 3 dei decreti ministeriali costituisce una propaggine normativa ultronea, che esonda dal dettato legislativo, né può per questo rendere viziato l'intero atto amministrativo di determinazione del TEGM. La rilevazione del TEGM, come detto, viene dalla legge 108/96 completamente delegata, attraverso il MEF, senza alcun vincolo e condizionamento al di fuori della classificazione del credito, con l'esclusiva finalità di rappresentare il valore medio ordinario e fisiologico di mercato, comprensivo di commissioni, oneri e spese. La determinazione del TEGM rimane nell'ambito del MEF: la Banca d'Italia è 'sentita', non delegata. A meno di rilevanti discrasie e divergenze dagli ordinari criteri tecnico-metodologici di rilevazione di un valore medio di mercato, condivisi dalla

---

*periodo continuativo inferiore ai trenta giorni (art. 2 bis, 1° co., 1° cpv.); b) le CMS applicate al cliente il cui saldo a debito in quanto ha "sconfinato" dalla provvista disponibile in conto corrente nell'ipotesi di utilizzi in assenza di fido pattuito e sottoscritto con la banca (art. 2 bis, 1° co., 1° cpv); c) le CMS o clausole 'comunque denominate' che accordano – salvo deroga prevista dalla medesima disposizione e della quale abbiamo detto in precedenza – una remunerazione alla banca per il fatto di aver messo a disposizione al cliente, titolare di un conto corrente, somme liquide "indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma", come pure "indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente" /art. 2 bis, 1° co., 2° cpv); d) "gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti da clausole comunque denominate" che contemplanò altresì, una ricompensa a favore della banca, collegata, questa volta, all'effettiva durata dell'utilizzazione di fondi da parte del cliente, a partire dalla data di entrata in vigore della legge 2/2009, di conversione del d.l. 185/2008. **Tale ultima tipologia commissionale – in quanto sta a chiusura delle norme della l. 2/2009 di abolizione della CMS – è prevista dal legislatore come "comunque rilevante" ai fini delle disposizioni codicistiche e legislative previgenti in materia di usura ovvero, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia di cui alla l. 108/96.** (B. Inzitari, P. Dagna, Commissioni e spese nei contratti bancari, 2010, CEDAM).*

scienza, dalla rilevazione della Banca d'Italia non possono farsi derivare vizi di legittimità che pregiudichino il presidio penale<sup>46</sup>.

La precedente Cassazione Penale II sez. n. 12028/10 non ha ravvisato alcun vizio nelle Istruzioni della Banca d'Italia, che possa rendere *'radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura'*. La sentenza puntualizza: *'La 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, come previsto dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, comma 1 è contenuta la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio in base al quale è stabilito il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3 oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Infatti, fin dal primo decreto (D.M. 22 marzo 1997) il Ministro del Tesoro determinava la tabella dei tassi di interesse effettivi globali medi ...'*.

Come riporta V. Farina: *'La Corte ha sempre escluso che la discrezionalità tecnica dell'autorità delegata possa connotarsi di incostituzionalità in violazione del principio della riserva di legge (Cfr. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333). Pur nella consapevolezza che tecnicità e scientificità del criterio di riferimento ben raramente e comunque non necessariamente equivalgono a certezza, ha ritenuto ciò non di meno che sia sufficiente ai fini di un'adeguata "predeterminazione del contenuto essenziale del precetto penale, la verificabilità, la ragionevolezza dei criteri ai quali la norma primaria rinvia" (V. Farina, Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica, Banca, borsa, tit. cred. n. 4, 2016).*

Il riferimento della legge è ai decreti di pubblicazione dei TEGM per le distinte Categorie, individuate secondo i criteri di omogeneità indicati dalla legge: la rilevazione dei valori medi all'interno delle Categorie, in quanto rimessi al MEF senza vincoli e condizionamenti, sino alla precisazione introdotta dalla legge n. 2/09, non poteva essere viziata. In altri termini, **la verifica dell'usura, a norma dell'art. 2 della legge 108/96, viene prevista con riferimento ai valori medi pubblicati con D.M. sulla Gazzetta Ufficiale, non con riferimento alla rilevazione della Banca d'Italia**<sup>47</sup>. La norma di cui all'art. 644 c.p. è una norma parzialmente in

---

<sup>46</sup> Se invece si ritenesse gravemente disatteso il mandato assegnato al MEF, sentita la Banca d'Italia, sino a configurare un vizio nella procedura amministrativa, che pregiudichi irreparabilmente l'applicazione del presidio di legge, anziché soluzioni di comodo che, sulla base di 'contorsioni' ermeneutiche', aggiustino il pregresso a scapito degli utenti bancari che hanno subito pratiche d'usura, si renderebbe necessario un accertamento della responsabilità ed un'elaborazione di rimedi volti a ristorare i danni arrecati.

<sup>47</sup> Come riporta la Corte d'Appello di Roma: *'Funzione del TEGM, e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è infatti ai sensi dell'art. 2 legge 108/96 di "fotografare" l'andamento dei tassi medi di mercato, praticati da banche e intermediari finanziari sottoposti a vigilanza (comma 1), distinti per classi omogenee di operazioni "tenuto conto di natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie" (comma 2) ai fini di determinare e rendere noto alla*

bianco in quanto per determinare il contenuto del precetto ha bisogno di un valore, la determinazione del TEGM di ciascuna Categoria, non certo i mutevoli criteri di calcolo e di inclusione stabiliti dalla Banca d'Italia. Ancorché si sia voluto dar rilievo a questi ultimi, riportandoli espressamente nei D.M. del MEF, la Banca d'Italia assolve un semplice funzione consultiva, né è previsto alcun automatismo nell'assunzione del TEGM rilevato. Approvato dal MEF, previo eventuale correzione in ragione delle variazioni del tasso ufficiale di sconto, e pubblicato in Gazzetta il valore del TEGM, rimane ininfluente il suo processo di determinazione: il fatto reatto sotto il profilo oggettivo risulta compiutamente determinabile<sup>48</sup>. I criteri di calcolo e di inclusione nel TEGM stabiliti dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni, e le marcate esondazioni dalla funzione alla stessa assegnata, concernono i rapporti di quest'ultima con la legge e la sua responsabilità istituzionale, nell'opera tecnico-professionale prestata al MEF in materia di usura, per altro distinta e separata dalle generali funzioni istituzionali che, nei distinti ruoli, condivide con gli altri Garanti del mercato.

Pubblicata la soglia di riferimento, la legge è completata e non può essere derogata, se non altro perché il presidio penale concepito per l'usura impone, nel dubbio, l'astensione. Nei procedimenti giudiziari, se mai si rendesse necessario, i criteri dettati nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia assumono un valido e riconosciuto riferimento tecnico per la verifica dell'art. 644 c.p., solo nella misura in cui risultino coerenti con il dettato del medesimo articolo; ove emerga una dissonanza che possa approdare ad un ragionevole dubbio, il riferimento non può che essere ricondotto alla norma di legge: questa, come ribadito dalla Cassazione Penale, è chiara,

---

*generalità di banche e intermediari "il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari" (cfr. Cass. Pen. n. 20148/03)'. (C. App. Roma, n. 4323 del 7/7/16).*

<sup>48</sup> Non vi è alcuna automatica e diretta *liaison* fra la norma e le 'Istruzioni' della Banca d'Italia: la norma è completata esclusivamente dal valore del TEGM pubblicato nei decreti del MEF. Parallelamente le 'Istruzioni' assumono un valenza di normativa di settore, esclusivamente per gli intermediari chiamati a trasmettere il dato statistico necessario alla Banca d'Italia per la determinazione del TEGM da proporre al MEF: unico elemento di riferimento normativo rimane la categoria e l'aliquota media di mercato, pubblicati dal MEF. *"l'integrazione dell'art. 644 c.p. - norma penale in bianco - non viene effettuata certamente, ai sensi della L. 108/1996, dalle Istruzioni della Banca d'Italia via via emanate nel tempo ma, per il tramite dell'art. 2 della citata legge, dalla rilevazione pubblicata trimestralmente sulla Gazzetta Ufficiale con D.M. del Ministero del tesoro; l'art. 2 stabilisce infatti che " Il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà". (Corte d'Appello di Torino, Pres. L. Grimaldi, Cons. est. F. La Marca, 20/12/13, Cfr. anche Tribunale Brindisi 9/8/12, Tribunale Pordenone 7/3/12, Tribunale Roma 23/1/14, Corte Appello Cagliari 26-31 marzo 2014).*

incontrovertibile e non abbisogna di interpretazioni da ricercare nelle complesse ed articolate modalità di rilevazione del TEGM elaborate dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni<sup>49</sup>.

La carenza di omogeneità della prassi amministrativa di rilevazione del TEGM, rispetto al dettato dell'art. 644 c.p., non si trasmuta, di per sé, in un vizio della norma: risulta priva di fondamento, nella circostanza, la *'radicale inapplicabilità della disciplina antiusura'*, sostenuta dalla Cassazione n. 12965/16<sup>50</sup>. Con il medesimo criterio di omogeneità si potrebbe addurre l'inapplicabilità della disciplina, riconducendo il vizio della rilevazione del TEGM all'asimmetria temporale fra il trimestre di rilevazione e quello di riferimento per la verifica dell'art. 644 c.p., o all'esclusione delle spese di assicurazione sino al '09, mentre sono ricomprese nell'art. 644 c.p., o alla circostanza che la rilevazione, per i rapporti insistenti sul conto corrente, è riferita a tutti i rapporti in essere mentre la soglia penale è circoscritta alla sola pattuizione, o che alcune tipologie di credito (sofferenze, revoche, ecc.) sono escluse dal calcolo del TEG, ma non dal rispetto dell'art. 644 c.p. o che nella rilevazione del TEG, sino al '09, le commissioni, oneri e spese venivano considerate solo trimestralmente, mentre la verifica è relativa al costo annuale, o che l'anatocismo infrannuale non è considerato nella formula del TEG mentre è ricompreso nella verifica dell'art. 644 c.p., o ancora che la rilevazione sino al '09 rilevava i costi addebitati dagli intermediari, mentre l'art. 644 c.p. ricomprende tutti i costi sopportati dal cliente, e tante altre difformità che si possono riscontrare fra il chiaro, elementare e stringente dettato dell'art. 644 c.p., riferito allo specifico caso pratico e i criteri di una articolata e complessa metodologia che necessariamente deve contemperare l'accostamento al principio posto dall'art. 644 c.p. con l'esigenza di aggregare

---

<sup>49</sup> *'Rappresentano guidelines per l'interprete (sistema bancario, autorità giudiziaria) in fase di verifica del rispetto della legge anti-usura, al fine di verificare costi inclusi e esclusi, ossia la ricorrenza del "collegamento all'erogazione del credito". Non possono pretendere di assumere, tuttavia, valore vincolante, sia perché esistono costi collegati ma non rilevati (non c'è perfetta sovrapposibilità), sia perché l'art. 644 co. 4 è norma completa, autosufficiente per quanto concerne la determinazione dei costi rilevanti ai fini del TEG ("interessi, remunerazioni, commissioni comunque denominate collegate all'erogazione del credito")'.* (E. Astuni, Le Istruzioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. Riflessioni su CMS e Mora.).

<sup>50</sup> *' Indubbiamente un argomento apparentemente forte e persuasivo sul tema è quello della "omogeneità" dei termini di raffronto. Nondimeno, proprio prendendo atto, in relazione alle disposizioni amministrative di settore, della netta separazione fra i criteri di rilevazione del tasso medio di mercato ed i criteri di verifica della soglia d'usura, si potrebbe chiarire l'equivoco sulla "confrontabilità" dei dati. In parole semplici e poverissime, le banche dovrebbero sapere e tenere conto – almeno per il futuro – che i criteri di individuazione dei dati da comunicare sono necessariamente difformi da quelli che la stessa banca deve utilizzare per evitare di applicare ai clienti un tasso superiore a quello determinato dai D.M. In questo senso quindi il difetto di "omogeneità" non è un profilo "fisiologico" del sistema, ma un dato patologico che deriva dall'aver le banche – per un lungo arco di temporale – erroneamente sovrapposto il criterio di raccolta dati a quello di computo della soglia da rispettare'.* (C. Parodi, R. Carbone, Il reato di usura bancaria, Giuffrè, 2015).

l'eterogeneo e mutevole coacervo delle condizioni praticate sul mercato per una determinata tipologia di credito in un valore unico, appunto la media, rappresentativo dell'ordinario tasso di mercato.

La Cassazione del '10, riprendendo il menzionato passaggio, alquanto singolare e confuso delle Istruzioni '06 riferito alla CMS, rileva che tale onere è collegato al credito, anche se, in qualche modo riflette una patologia dei rapporti bancari (quindi da ricomprendere nello *spread*, non nel TEGM). Aggiunge altresì: *'Ciò ha fatto sorgere delle legittime perplessità in ordine alla conformità al dettato legislativo del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia (e fatto proprio dal Ministro competente) nella parte in cui esclude la CMS dal calcolo del TEG. Tali perplessità sono emerse episodicamente dinanzi ai giudici di merito, ma il problema non è mai stato compiutamente esaminato da questa Corte.'*

Osserva però che *'nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata'*, pervenendo alla conclusione: *'Alla luce delle considerazioni sopra svolte non possono essere censurate le conclusioni, in punto di diritto, a cui è pervenuto il giudice di merito che ha interpretato l'art. 644 c.p., comma 4, nel senso che la Commissione di massimo scoperto rientra fra gli oneri che devono essere presi in considerazione per il calcolo del Tasso Effettivo Globale riferito ai rapporti bancari oggetto del presente giudizio'*. Giova osservare che detti rapporti erano riferiti ad un periodo precedente il '09.

Dalla prassi amministrativa difforme della Banca d'Italia, la Cassazione Penale II sez. n. 12028/10, come anche le successive n. 28743/10 e n. 46669/11, non fa discendere alcuna disapplicazione della norma; il vizio nella prassi amministrativa non si trasmuta, di per sé, in un vizio della norma: pubblicata la soglia, gli operatori bancari sono tenuti a rispettarla, nei termini stabiliti dall'art. 644 c.p.. Prima della legge n. 2/09, il processo di determinazione del TEGM, pur tecnicamente criticabile per l'abuso che se ne è fatto sotto l'aspetto della coerenza logica, dell'oggettività e della trasparenza, è stato ritenuto compreso nei margini discrezionali demandati al MEF; dopo la legge n. 2/09, le Istruzioni sono state prontamente adeguate ai criteri di più stringente inclusione precisati dalla legge n. 2/09<sup>51</sup>, pur aprendo, per converso, rilevanti criticità su altri fronti.

---

<sup>51</sup> 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. Modificando il precedente criterio di trattamento degli oneri e spese e aderendo più coerentemente al dettato dell'art. 644 c.p. (*'si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri'*), 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 CMS, gli oneri e spese vengono inoltre riferiti

La nuova CMS che sortisce dalla legge n. 2/09 è sostanzialmente diversa dalla precedente. Non è consentita sugli scoperti di conto, né sugli sconfinamenti tollerati oltre l'affidamento, risponde a differenti criteri economici e di calcolo: solo in questa nuova formulazione la CMS è sottratta alle varie censure di legittimità. Non si ravvede, di riflesso nel portato della norma – come indicato nella sentenza della cassazione in commento - una ricognizione dell'esistente per sancirne la legittimità<sup>52</sup>: anzi, il dettato dell'art. 2 bis, 1° comma, sancisce la nullità della precedente commissione, la "storica CMS", per come intesa e applicata dagli istituti di credito prima dell'entrata in vigore della legge n. 2/09<sup>53</sup>. Né si può trascurare la rilevanza della nuova commissione, richiamata dalla legge, oltre che per gli artt. 1815 c.c. 644 c.p., anche per

---

all'anno: nella precedente formula, mentre l'interesse era rilevato su base annua, gli oneri e spese erano riferiti al trimestre; è stata altresì rimossa 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. Tali modifiche erano rivolte a cogliere statisticamente più compiutamente e correttamente i comportamenti adottati dagli intermediari e pervenire ad una stima più attendibile del valore medio, accostando maggiormente la rilevazione del TEGM al dettato letterale dell'art. 644 c.p.

<sup>52</sup> ' Il legislatore infatti solo nel 2009 ha disciplinato la cms (art. 2 bis l. 2/09 di conversione del d.l. 185/08) delineandone la struttura, individuando i requisiti di validità della clausola che la prevede e sancendone la natura di corrispettivo per l'erogazione del credito, dunque in ultima istanza di componente del TAEG. Prima, nessuna norma né di carattere primario, né di carattere secondario disciplinava la cms, sicché il terreno sul quale verificare la validità di tali clausole non può che essere quello del codice civile. Solo dopo avere risolto positivamente la domanda sulla determinatezza dell'oggetto della clausola e sulla presenza di una valida causa giustificativa, passeremo a interrogarci sulla sua rilevanza ai fini della disciplina sull'usura (sempre che abbiamo individuato la causa della commissione nel suo collegamento con l'erogazione del credito). (R. Monfredi, Scuola Superiore della Magistratura, Il Contenzioso bancario: temi tradizionali e temi nuovi al vaglio della giurisprudenza di merito e di legittimità, Palermo, 16-18 giugno 2016).

<sup>53</sup> ' Il problema della coerenza causale di tale commissione è destinato invero a tornare probabilmente in auge: non solo la cancellazione di una norma, quale era l'art. 2 bis, l. n. 2/2009, che non fugava affatto le perplessità sulla sua ambiguità funzionale, limitandosi a neutralizzarne le conseguenze deducibili, restituirà vigore al convincimento che da quelle perplessità si debba oggi tornare a trarre, con riferimento agli anni che l'avevano preceduta, l'assunto dell'illegittimità della commissione stessa; di più, la circostanza che il modello conforme a legge, per la remunerazione della disponibilità del denaro, sia attualmente dichiarato proprio e solo quello ineccepibilmente coerente con lo schema funzionale di questa (tanto è l'importo messo a disposizione, tanto, percentualmente, è il corrispettivo richiesto) non può che rafforzare in quella convinzione, venendo naturale riscontrare nella nuova disposizione, prima ancora che una prescrizione di contenuto, un giudizio di valore sul piano della causa, ossia una valutazione di conformità alla logica per l'appunto funzionale della regola negoziale, capace di proiettarsi, quantomeno come indicatore rilevante, dal punto di vista interpretativo, dell'apprezzamento riservato dall'ordinamento a questo profilo negoziale, anche sul passato.' (M. Cian, Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo *ius variandi* e sull'azzeramento del tasso oltre soglia, *Obbl. e Contr.*, 2012, 10, 655).

l'applicazione degli art. 2 e 3 della legge 108/96: questi aspetti – e i riflessi sulle norme transitorie - appaiono negletti nella menzionata sentenza della Cassazione.

La legge n. 2/09, formalizzando l'introduzione di due nuove commissioni (la CMS 'riformata' e la commissione di affidamento) e intervenendo, altresì, nell'applicazione degli artt. 2 e 3 della legge 108/96, relativi alla rilevazione del valore medio di mercato, si è dovuta necessariamente occupare della fase di transizione dal precedente al nuovo assetto normativo.

Il comma 2 dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, si occupa di due aspetti:

i) dispone che *'le commissioni, e le provvigioni derivanti da clausole, comunque determinate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi'*, dal 29 gennaio '09 (entrata in vigore della legge), sono comunque rilevanti per l'art. 1815 c.c., per l'art. 644 c.p. e per gli artt. 2 e 3 della legge 108/96;

ii) **solo per l'applicazione dell'art. 2 della legge 108/96 (rilevazione statistica) vengono demandate al MEF disposizioni transitorie per la determinazione della soglia, e solo per essa, che lascino immutata la disciplina vigente finché la rilevazione del TEGM non venga effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni di inclusione della CMS 'riformata'.**

**Le disposizioni transitorie sono riferite esclusivamente alla rilevazione del TEGM, non alla verifica del rispetto dell'art. 644 c.p.** La legge n. 2/09 prevede: *'I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo (Art. 2 bis) entro centocinquanta giorni dalla medesima data'*. Ma, anche nel periodo di adeguamento dei contratti, la CMS 'riformata', a norma di quanto sopra riportato, rimane conteggiata ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, in forza di quanto disposto dalla prima parte del comma 2 dell'art. 2 bis.

Riepilogando, il comma 2 dell'art. 2 bis della legge n. 2/09 pone tre termini:

- a) 29 gennaio '09, per l'applicazione dell'art. 1815 c.c. e 644 c.p. alle CMS 'riformate' e alle commissioni di affidamento, mentre la CMS 'storica', così come diversamente praticata, è affetta da nullità;
- b) 150 giorni dal 29 gennaio '09, per l'adeguamento dei contratti;
- c) disposizioni transitorie, definite dal MEF sino al 31/12/09, *'per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p.'*, resta regolato dalla disciplina precedente<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, delegato dalla legge n. 2/09 ad emanare disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'art. 2 della legge 108/96, con D.M. 1/7/09, reiterando quanto riportato dall'art. 3 dei decreti ministeriali, esonda nuovamente dalla sfera di pertinenza delegata dalla norma, estendendo l'applicazione della disciplina precedente,

Appare chiaro nel testo legislativo che il regime transitorio si configura nel periodo sino al 31 dicembre '09, nel quale, ancorché già applicative le nuove commissioni e operativo il rispetto degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., il valore del TEGM continua ad essere rilevato con la precedente metodologia, per dare tempo alla Banca d'Italia di approntare la nuova metodologia di rilevazione. Questi aspetti appaiono ragionevolmente intesi a gestire ed assicurare continuità al presidio d'usura, nell'introduzione delle nuove formulazioni di commissioni (CMS 'riformate' e commissioni di affidamento), senza che da questi si possa trarre alcunché di contrario ad un valore confermativo e integrativo della norma sulla quale si è intervenuti con la legge n. 2/09, salvo la maggiore restrizione nella discrezionalità rimessa all'organo amministrativo demandato alla rilevazione tecnica del valore medio di mercato<sup>55</sup>.

---

dalla determinazione del limite di cui all'art. 2 della legge 108/96, alla verifica dell'art. 644 c.p. Il decreto del MEF prevede infatti:

*1. La Banca d'Italia procede alla revisione delle «istruzioni» per la rilevazione del tasso effettivo globale medio prevista dall'art.2, comma 1, della legge 7 marzo 1996, n. 108 per tenere conto delle disposizioni di cui all'art. 2-bis della legge 28 gennaio 2009, n. 2.*

*2. Al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108 (cioè la verifica dell'art. 644 c.p. che la legge ha reso applicativa sin dal 29 gennaio '09), fino all'entrata in vigore del decreto trimestrale inerente i tassi effettivi globali medi calcolati in base alle istruzioni di cui al comma 1, pubblicato entro e non oltre il 31 dicembre 2009, le banche e gli intermediari finanziari si attengono agli attuali criteri di calcolo, derivanti dalle «istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura» emanate dalla Banca d'Italia (pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 74 del 29 marzo 2006) e dall'Ufficio italiano dei cambi (pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2006). In base alle Istruzioni all'epoca vigenti, se non fosse stato previsto il periodo transitorio, gli intermediari bancari avrebbero dovuto ricomprendere la CMS 'riformata' nella rilevazione, quale 'altra spesa contrattualmente prevista connessa con l'operazione di finanziamento'.*

<sup>55</sup> *'La portata interpretativa della legge n. 2/09, invocata dall'odierna appellante, si risolve in realtà in una mera conferma della "disciplina vigente" e cioè nel richiamo dell'art. 644 c.p. e non delle circolari della Banca d'Italia, pacificamente prive di portata normativa. Nell'affermare espressamente l'inclusione di qualsiasi remunerazione nel calcolo del tasso effettivo globale (...), l'art. 2 bis della legge 2/09 ha mera valenza chiarificatrice di un dato che era già contenuto nella legge sull'usura (determinazione del costo del denaro con riferimento a tutte le remunerazioni), cosicché il vincolo imposto al Ministro per l'emanazione della regolamentazione transitoria si risolve nel mantenimento della disciplina vigente e quindi del dettato onnicomprensivo dell'art. 644 c.p. Ragionando diversamente, nel senso propugnato dall'appellante, si arriverebbe a sostenere che il Ministro può modificare (con efficacia retroattiva) una legge penale, stabilendo per il pregresso le soglie d'usura. Deve, invece, ritenersi che, pur avendo il legislatore perduto un'occasione di maggiore chiarezza nella redazione della norma, l'articolo in questione abbia semplicemente voluto evitare soluzioni di continuità nella determinazione del TEG, in conformità alle previsioni della legge 108/06.'* (Corte d'Appello Cagliari, Rel. Spanu, 31/3/04).

La Cassazione n. 12965/16, nel vagliare la CMS richiama, come a seguito della legge n. 2/09, nelle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, per il periodo transitorio sino al 31 dicembre '09, sia prevista – senza distinzione alcuna fra la CMS 'storica' e quella riformata - l'esclusione, non solo dal calcolo del TEGM, ma anche dalla verifica dell'usura: **l'esclusione della CMS riformata dal TEGM è consentita dalla stessa norma transitoria, l'esclusione dalla verifica è una palese arbitrio dell'atto amministrativo.** Senza sindacare a quale titolo la Banca d'Italia abbia potuto disporre: *'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 più abbia potuto stabilire, in una 'pretesa' commistione fra rilevazione e verifica,: *'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 CMS e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009 (omissis).'*<sup>56</sup>

Il disposto della Banca d'Italia, e il decreto del MEF che lo ha preceduto, risultano palesemente in contraddizione con la legge che impone, già dalla data di entrata in vigore della stessa, la rigorosa applicazione degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. e, solo per gli artt. 2 e 3 della legge 108/96 il rinvio al termine del periodo transitorio. La sentenza in esame sembra assumere a norma le Istruzioni della Banca d'Italia, da cui trarre letture ed interpretazioni, privandosi del più sparuto

---

<sup>56</sup> Anche l'analoga sentenza della Cassazione n. 22270/16 riporta acriticamente: *'fino al secondo semestre 2009, i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi di interesse escludevano la commissione di massimo scoperto dal calcolo del tasso effettivo globale medio, in conformità delle precedenti istruzioni della Banca d'Italia, e tale prassi ha trovato conforto anche nelle nuove istruzioni, le quali dispongono che fino al 31 dicembre 2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, gli intermediari debbano 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, restando pertanto esclusi dal calcolo la commissione di massimo scoperto e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge n. 2 del 2009'.* Ma il comma 2° dell'art. 2 bis della legge n. 2 del 2009 dispone diversamente: *'Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verra' effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.*

spirito critico<sup>57</sup> e, arroccata sul pregiudizio dell'omogeneità, ne deduce che *'la commissione di massimo scoperto, applicata fino all'entrata in vigore del Decreto Legge n. 185 del 2008, articolo 2-bis, deve ritenersi in tesi legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dato atto che cio' e' avvenuto solo dal 1 gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM'*.

L'indifferenza per il rigoroso rispetto del dettato legislativo non ha trovato nella circostanza l'usuale e uniforme adesione degli intermediari. Risulta che buona parte delle banche, timorose dei riflessi penali, abbiano mostrato una maggiore avvedutezza e cautela di quanto suggerito dalla Banca d'Italia e abbiano adottato nella verifica dell'art. 644 c.p., anche per il periodo transitorio, comportamenti più cautelativi e coerenti con il disposto di legge. Non vi è dubbio comunque che le scelte operate dalla Banca d'Italia risultano oltremodo stridenti e fuorvianti per i debiti riflessi di

---

<sup>57</sup> M. Cian, al pensiero del quale la sentenza in esame sembra ispirarsi riporta al riguardo: *'La nuova disciplina traghettata tuttavia al di fuori di un territorio dai contorni fortemente confusi, senza neppure tentare di dissiparne, per il pregresso, le nebbie: l'ultima parte della disposizione in esame stabilisce infatti che "il limite ... 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 sino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni". La Banca d'Italia ha raccolto tale indicazione, stabilendo, nelle Istruzioni riformulate alla luce delle novità legislative, che la commissione di massimo scoperto rimanga esclusa dal calcolo del t.e.g., sino al 31 dicembre 2009. Con la l. 2/2009 si sarebbe potuta invece cogliere l'occasione per sciogliere i dubbi interpretativi che certamente né la predetta istruzione dell'organo di vigilanza, né i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi, emanati ed emanandi nel 2009, saranno in condizione di eliminare. La conferma dell'applicabilità della disciplina vigente rimane formula anodina e del tutto ambigua, dal momento che proprio la "disciplina vigente" (ormai: previgente) si prestava sul punto, come si è visto, alle più diverse interpretazioni. Il disposto inserimento della commissione di massimo scoperto entro le componenti del t.e.g., ancorché alla regola non sia attribuito in alcun modo valore di interpretazione autentica delle disposizioni pregresse, potrebbe fungere da indicatore di una voluta chiarificazione normativa, nel senso della continuità, che avrebbe dalla sua, d'altra parte, l'omogeneità sistematica e la giustizia sostanziale che solo la soluzione favorevole a tale inserimento, anche prima della riforma, poteva assicurare; il richiamo espresso al perdurante valore delle disposizioni anteriori, per contro, parrebbe sostenuto dall'implicita valutazione di avere viceversa introdotto una novità regolamentare, di cui sia opportuno evitare ogni applicazione retroattiva. In tutto questo, sembra che rimanga spazio perché, con riferimento al passato, le controversie sopite per il futuro tornino o continuino ad animarsi. Una presa di posizione meno opaca, nell'uno o nell'altro senso, avrebbe giovato al sistema bancario ed alla sua trasparenza'*. (M. Cian Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura.).

emulazione indotti nei comportamenti bancari, che contrastano quanto meno con i principi di 'sana e prudente gestione'<sup>58</sup>.

La Cassazione in parola sembra travisare l'evoluzione che nel breve volger di pochi anni ha subito la CMS, disconoscendo i dubbi che potevano insorgere, esclusivamente sull'inclusione o meno della CMS nel TEGM, non certo nella specifica verifica del rispetto dell'art. 644 c.p.; con riferimento alla legge n. 2/09, non ne valorizza il portato 'ricognitivo' su quest'ultimo aspetto<sup>59</sup>, operando una commistione fra la norma penale e il portato correttivo della prassi amministrativa, introdotto prevedendo per la CMS 'riformata' direttamente l'inclusione nel TEGM. Si trascura, invece, la distinzione e si assimila in un tutt'uno la precedente e la nuova CMS: il comma 2 dell'art. 2 bis della legge n. 2/09 viene riportato in sentenza come riferito alle '*commissioni che prevedono una remunerazione dipendente dalla concreta utilizzazione del fondo*' quando, invece, la norma si riferisce alla commissione '*dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi*'.<sup>60</sup> La prima,

---

<sup>58</sup> "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.)

<sup>59</sup> A tale puntuale aspetto si riferiva la sentenza della Cassazione Penale II sez. n. 12028/10: 'Cio' comporta che, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata. Tale interpretazione risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari'.

<sup>60</sup> 'Ed ancora, il richiamo alla l. 108/96 risulta evidente laddove si dice, al 2° co. Dell'art. 2 bis in parola, che "Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, ... sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione ..." della normativa in materia di usura. In sostanza si può ritenere che, sebbene il riferimento al parametro del tasso soglia, nel significato richiamato in precedenza, sia presente solo in questa specifica parte delle nuove disposizioni – ovvero, in particolare, nel 2° co. dell'art. 2 bis, l. 2/2009, e cioè a proposito delle c.d. provvigioni di conto, clausole le quali, a prescindere dalla loro denominazione, siano accomunate dalla finalità, ripetutamente osteggiata dalla l. 2/2009, in quanto brutta copia della vecchia CMS, di prevedere "una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente" – tuttavia il coordinamento con la disciplina antiusura è efficace, in quanto nel primo comma dell'art. 2 bis, il legislatore colpisce, in ogni caso con la nullità, le clausole che contravvengono al divieto posto dalla legge, per le quali è evidente che non servirebbe la verifica del tasso soglia. Si può affermare, pertanto, che la tutela antiusura incentrata sul parametro del tasso soglia di cui alla l. 108/96, sia volutamente richiamata dalla l. 2/2009 solo in relazione alla provvigione di conto, e ciò in

se indipendente dalla durata, viene dal comma precedente dell'art. 2 bis dichiarata nulla; il dettato letterale ha un senso, che non va tralasciato, né trascurato: la 'CMS storica' era applicata, uniformemente da tutto il sistema bancario, sul massimo utilizzo del trimestre indipendentemente dalla durata. Osserva P.L. Oliva: *"Una interpretazione sistematica dell'art. 2 bis non può non rilevare come il legislatore abbia creato, nel micro sistema della norma, una precisa distinzione di possibili commissioni, individuando: quella per la messa a disposizione dei fondi, indipendentemente dall'effettivo prelevamento, una diversa commissione o tipologia di commissione per la messa a disposizione delle somme, indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione ed infine, commissioni dipendenti (quale è appunto la nuova commissione di massimo scoperto) dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi. Solo quest'ultima tipologia di commissioni è rilevante ai fini del TEG. Pare dunque che le disposizioni contenute nell'art. 2 bis tra i vari tipi di possibili commissioni abbiano avuto proprio la funzione di individuare quali di queste fossero connesse all'erogazione del credito e quali alla concessione dell'affidamento."* (P.L. Oliva, La commissione di massimo scoperto, 2009, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)).

Trascurando, per giunta, l'esplicito riferimento della legge n. 2/09 all'art. 2 della legge 108/96, la pronuncia devia la presunta natura interpretativa dall'inclusione della CMS nella verifica dell'art. 644 c.p. all'inclusione della CMS nel TEGM, non ravvedendone una sufficiente plausibilità interpretativa, tanto più che, in tali circostanze, *'non sarebbe agevole dotare di apparente ragione la contemporanea fissazione di un dies a quo per attribuire rilevanza alle CMS nel calcolo del TEGM e, soprattutto, la devoluzione all'autorità amministrativa del compito di fissare un periodo transitorio per consentire alle banche di adeguarsi alla normativa preesistente.'*

Se, al contrario, prescindendo dal medesimo *nomen juris*, si tiene separata la CMS 'riformata' dalla 'CMS storica', assume senso e rilievo l'immediata entrata in vigore della legge, con i debiti riflessi inerenti il rispetto dell'art. 644 c.p. e 1815 c.c., e le contestuali disposizioni transitorie poste, per le nuove commissioni introdotte, esclusivamente in relazione con gli artt. 2 e 3 della legge 108/96.

La sentenza in parola, impregnata del pregiudizio di omogeneità, riporta: *'Mentre è chiaro che se si accede all'opzione della natura meramente interpretativa della legge n. 2/09, allorché essa si limita a scegliere fra le diverse letture delle nozioni ivi indicate, cioè fra l'esclusione o l'inclusione della CMS dal computo del TEGM, non sorgerebbero molti dubbi circa la necessità di inserire nel calcolo del TEG praticato in concreto dalla banca anche le CMS applicate nel corso del rapporto di conto corrente. E tuttavia appare più plausibile una diversa interpretazione ...'*

---

*relazione ad altre tipologie commissionali sopportate dai correntisti, ma differenti nella denominazione dalla più nota CMS di cui al 1° co. Dell'art. 2 bis della l. 2/2009 ..'.* (B. Inzitari, P. Dagna, Commissioni e spese nei contratti bancari, 2010, CEDAM).

La Cassazione in esame, riconducendo il riferimento della legge n. 2/09 esclusivamente al terzo comma dell'art. 644 c.p., ovvero quella *'legge che stabilisce il limite oltre il quale i tassi sono sempre usurari'*, dalla correzione della prassi amministrativa riferita alla prescritta inclusione nel TEGM della CMS *'riformata'*, ne deduce una portata innovativa del precetto penale, non applicabile retroattivamente alla CMS *'storica'*, e, con un passaggio alquanto opaco, l'intervento della legge viene ermeticamente qualificato nella *'natura di disciplina volta più ordinariamente a dettare una restrizione di rigore non più controvertibile per il futuro, senza dissipare a posteriori i dubbi ermeneutici che pur l'avevano preceduta'*.<sup>61</sup> Solo in questa chiave di lettura della legge n. 2/09

---

<sup>61</sup> *'Detto questo, riteniamo non praticabile la reductio ad unum tra disciplina regolamentare e disciplina legislativa operata dalla Corte al fine di dedurre rispetto a questa "disciplina complessivamente intesa" un "mutamento innovativo", in ragione della circostanza che in tema di CMS "il congegno ricognitivo-determinativo primario, fino all'entrata in vigore della riforma, espressamente escludeva quest'ultima dal calcolo del TEGM". In primo luogo la reductio in parola non è utile sotto diverso profilo ad escludere il carattere interpretativo della disciplina in questione nella misura in cui pone sullo stesso piano i decreti ministeriali, che hanno natura di provvedimenti amministrativi, e le leggi. Peraltro l'errore insito in tale surrettizia equiparazione è evidenziato dalla stessa giurisprudenza a sezioni unite citata in sentenza allorché afferma che la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali renda "ad essi inapplicabile il principio "iura novit curia" di cui all'art. 113 c.p.c., da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 preleggi (che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto)". Sempre la stessa giurisprudenza a sezioni unite chiarisce come il connotato interpretativo di una*

*determinata legge esprima univocamente "l'intento del legislatore di imporre un determinato significato a precedenti disposizioni di pari grado" e non di grado inferiore, come nel caso di specie. Così facendo si incorre nella violazione del principio della gerarchia delle fonti di cui all'art. 1 delle preleggi, non avendo alcuna necessità il legislatore di "interpretare" un provvedimento amministrativo quale è il decreto ministeriale determinativo della soglia, ma dovendo di contro quest'ultimo essere emanato nel rispetto della legge al medesimo sovraordinata. (...) Il quid novi del comma 2 dell'art. 2 bis del D.L. n. 185 del 2008 è rivolto alla disciplina della futura azione amministrativa di una P.A., renitente di fronte al chiaro dettato legislativo in ordine alle voci di costo rilevanti ai fini della determinazione del TEGM. Il comando normativo in questi termini non poteva che essere rivolto al futuro, essendo impraticabile e comunque eccessivamente onerosa per il sistema bancario una soluzione che imponesse dalla data di entrata in vigore della disciplina*

*antiusura un ricalcolo del TEGM comprensivo dell'inclusione, mai operata, della CMS. Tutto ciò, ovviamente, non ha alcun effetto salvifico in relazione al pregresso operato del Ministero e della Banca d'Italia in pacifica assenza di una specifica previsione in tal senso. La valutazione della legittimità degli atti amministrativi (decreti ministeriali e circolari) posti in essere dai medesimi, non potrà essere sottratta al giudizio, sia pur incidentale ed alla conseguente possibile disapplicazione del giudice ordinario, sempre che gli stessi, come parrebbe, non abbiano a ritenersi espressione di mera discrezionalità tecnica. Invero in questo caso si porrebbe il problema, dell'ammissibilità a monte di un sindacato nel merito delle scelte della P.A., allorché siano operate sulla base di una discrezionalità tecnica, alla stessa dalla legge conferita, sia nel determinare il costo del credito sia, ancor prima, nel classificare le operazioni cc.dd. "omogenee". (...) **Concludendo sul punto riteniamo che quello del carattere***

troverebbero consona collocazione, secondo la pronuncia, sia il *dies a quo* riferito alla contestuale/simmetrica inclusione della CMS nel calcolo del TEGM e della verifica dell'art. 644 c.p., sia le disposizioni transitorie che lasciano 'indissipati' i dubbi ermeneutici precedenti<sup>62</sup>.

Appare, invece, del tutto trascurata l'assai più lineare evidenza che la legge n. 2/09, intervenendo, non sul precetto dell'art. 644 c.p., ma nella prassi amministrativa prevista dall'art. 2 della legge 108/96, prescrivendo espressamente l'inclusione della nuova CMS nella rilevazione del TEGM, per assicurare continuità al presidio penale, ha dovuto necessariamente prevedere norme transitorie per il periodo tecnicamente necessario alla Banca d'Italia per dare attuazione a tale inclusione nella rilevazione del TEGM. Avendo la legge n. 2/09, di fatto, introdotto e tipizzato nell'art. 2 bis due figure di oneri, prima non definite né regolate – le nuove CMS e le nuove commissioni di affidamento -, ed avendo riportato, per tali commissioni, la prassi amministrativa di rilevazione del TEGM al rigido principio di inclusione nella determinazione del TEGM (richiamando esclusivamente gli art. 2 e 3 della legge 108/96), appaiono del tutto opportune e coerenti sia il *dies a quo* che le norme transitorie; da queste, al contrario, la sentenza in esame – considerando

---

***interpretativo o meno del comma 2 dell'art. 2 bis del D.L. 29 novembre 2008, n. 185 sia in fin dei conti un falso problema, una volta riconosciuta la carenza di novità della più recente normativa rispetto alle voci di costo del credito già individuate puntualmente dal comma 4 dell'art. 644 c.p. ai fini della determinazione del TEG, ovvero dal comma 3 della stessa disposizione e dal comma 1 dell'art. 2 della L. 1996, n. 108'***. (V. Farina, Clausa di salvaguardia, commissione di massimo scoperto e divieto delle usure, I contratti 11/2016).

<sup>62</sup> Quand'anche sussistesse un dubbio ermeneutico, il valore della soglia pubblicato in Gazzetta, nonché il chiaro enunciato dell'art. 644 c.p. e l'evidente inerenza della commissione al credito erogato, lasciavano ristretti spazi di giustificazione all'operatore professionale che, di fronte a significativi elementi di incertezza, non può che essere indotto all'astensione. Non può trascurarsi che "... il ragionevole dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illeceità (cfr. in tal senso Sez. 6, Sentenza n. 6175 del 27/03/1995 Ud. (dep. 27/05/1005) Rv. 201518)." (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11). Il livello di certezza imposto dal rispetto del principio dell'*in dubio pro reo*, viene, nella circostanza, traslato dall'illecito all'incertezza sulla liceità; questo, per un operatore professionale al quale è precluso ogni aspetto di ignoranza, porta a capovolgere il principio '*in dubio pro reo*' nel principio '*in dubio contra reum*'. Nel dubbio, purché esteso entro un ragionevole margine, il comportamento dell'operatore creditizio deve essere necessariamente informato ad una condotta cauta e prudente che si mantenga, non solo entro i limiti 'laschi' rivenienti dalla 'Istruzioni' della Banca d'Italia, ma anche entro i limiti più ristretti di un rigido rispetto del portato letterale dell'art. 644 c.p. Il margine di incertezza per divenire ragionevole ha un percorso assai breve: come ribadisce la Cassazione, il calcolo previsto dal 644 c.p. '*non presenta in sé particolari difficoltà*".

in un *unicum* sia la CMS 'storica' che quella 'riformata' - vorrebbe trarre un elemento di novazione dell'inclusione della CMS per la verifica dell'usura, prima 'avvolta' nei dubbi ermeneutici.

**In particolare per la nuova CMS l'intervento legislativo prevede nell'immediato l'applicazione dell'art. 1815 c.c. e 644 c.p. e, invece, protrae necessariamente al termine del periodo transitorio la relativa inclusione nel TEGM oggetto di pubblicazione trimestrale; risulta, nella circostanza, esplicitata nella norma stessa la distinzione fra la determinazione del TEGM e la verifica dell'art. 644 c.p. e correttamente anteposto il principio di onnicomprensività al principio di omogeneità e simmetria<sup>63</sup>.**

Nella sentenza della Cassazione 12965/16 la imprescindibile onnicomprensività dei costi attinenti al credito, sancita dall'art. 644 c.p. viene sacrificata ad una petizione di principio di omogeneità/simmetria che non trova alcun riscontro logico, tecnico e giuridico su un piano di stretta ed aderente applicazione e conduce ad un *cul de sac* inevitabilmente prodromico alla disapplicazione della legge dell'usura: si vizia la determinatezza e tassatività che appartiene esclusivamente alla legge e, ergendo le Istruzioni ad atto integrativo del precetto penale, si apre un varco indefinito, al principio di retroattività della norma più favorevole (art. 2, comma 3°, c.p.)<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> La sentenza in commento sostiene, con riferimento alle commissioni di affidamento, che, 'introdotta e tipizzata' appunto ex novo dalla legge n. 2 del 2009, *non sussisteva ragione di prevedere il regime transitorio di cui alla seconda parte del secondo comma* (dell'art. 2 bis). Trascura la sentenza il *decalage* di due trimestri intercorrenti fra la rilevazione statistica e la pubblicazione del TEGM, oltre al necessario tempo tecnico necessario per le Istruzioni operative. Entrambe le commissioni tipizzate dalla legge sono state ricomprese nelle Istruzioni dell'agosto '09 e ricomprese nel TEGM di riferimento relativo al I trimestre '10.

<sup>64</sup> La presunta omogeneità trova un precedente nelle decisioni dell'ABF, che perviene ad accertare "usura sopravvenuta" nella modifica delle 'Istruzioni' dell'Organo di Vigilanza. Al riguardo osserva lucidamente Dolmetta: *' In più di una occasione l'Arbitro bancario finanziario ha considerato rilevante ipotesi di usura - e di usura sopravvenuta, in particolare - quella che viene a prodursi a seguito di modifiche delle Istruzioni emanate della Banca d'Italia che sopravvengono durante il corso di svolgimento del rapporto tra le parti. Si vedano così, tra le altre, di recente la decisione del Collegio Roma, 11 gennaio 2013, n. 174 (carico considerato comprensivo anche delle spese di assicurazione a far data dall'1 gennaio 2010 e da lì ritenuto usurario); quella del Collegio Napoli, 3 aprile 2013, n. 1796 (commissione di massimo scoperto); quella del Collegio Roma, 25 luglio 2013, n. 4036 (spese per assicurazione); nonché quella Collegio Roma qui pubblicata, n. 4374/2013 (sempre spese di assicurazione; in via incidentale la decisione sottolinea come gli oneri «estremamente elevati» del finanziamento abbiano comportato - una volta inserita la voce assicurativa - che il costo relativo ha finito per «risulta[re] sempre superiore al tasso soglia dell'usura»). Ora, nei confronti di questo tipo di soluzione - così come astrattamente considerata - non mi pare vi sia nulla da obiettare. Sennonché, a guardare bene le fattispecie concrete, che sono state giudicate, si scopre che ci si trova di fronte (= che ci si può trovare di fronte, rectius) a ipotesi in cui la sopravvenuta*

Viene denegato dalla sentenza ogni alternativo criterio di inclusione, formula matematica o metodologia, che non risulti simmetricamente applicabile al TEGM e alla verifica del concreto TEG contrattuale; di riflesso l'apprezzamento dell'incidenza della CMS nella verifica dell'usura, viene dalla Cassazione, con un'arcana contorsione ermeneutica, ricondotta alla CMS soglia censita dalla Banca d'Italia; si perviene a valutare l'eventuale esubero come *'un costo che, nella singola vicenda di finanziamento, abbia tuttavia operato non come CMS bensì come remunerazione sostanzialmente coincidente con l'interesse'*, aderendo di tutto punto alla Circolare del 2/12/05, senza tuttavia mai menzionarla e senza, per altro, precisare se detta lettura vada applicata anche al periodo precedente la diffusione della Circolare stessa<sup>65</sup>.

---

*modifica delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia altro non è che un (tardivo) adeguamento della Vigilanza a indirizzi interpretativi della legge antiusura già fatti propri dalla giurisprudenza (di legittimità e/o di merito). Per queste ipotesi - e così, dunque, per la decisione qui annotata, per l'appunto concentrata sulla voce economica relativa alla polizza assicurativa a servizio del credito - si può molto dubitare, a me pare, che la soluzione dell'usura sopravvenuta sia davvero corretta: qui, piuttosto, la fattispecie rinvia diretta alla figura dell'usura originaria. Detto in altri termini: un conto è che la Banca d'Italia modifichi il proprio orientamento entro il segno della discrezionalità che la legge n. 108/1996 le consente (come quando rimodula le categorie di operazioni sulle quali ordinare i diversi TEGM, rispettando appieno le prescrizioni di legge al riguardo); un altro conto, e diverso assai, è quando la (precedente) interpretazione della Vigilanza si pone in contrasto con le indicazioni fornite dalla legge (specie se pure avallate dall'autorità della lettura giurisprudenziale). Come spesso vengono a ricordare le sentenze dei giudici (e ormai non solo più di quelle di Supremo Collegio), in effetti, le «direttive e le istruzioni della Banca d'Italia ... non sono vincolanti per gli organi giurisdizionali, non essendo fonti normative» (Dolmetta, Usura sopravvenuta per modifiche regolamentari della Banca d'Italia (quando non originaria, in diritto bancario.it, febbraio 2014).*

<sup>65</sup> *'L'adozione di metodologie alternative subisce tuttavia, nello sviluppo motivazionale, un drastico ridimensionamento in relazione al computo della CMS. In effetti, in tale caso il percorso alternativo non potrebbe essere, secondo la Corte, che quello indicato dalla stessa Banca di Italia. Se per la Corte, in linea di principio, la CMS va esclusa dal calcolo del TEGM, diversamente deve procedersi per gli addebiti concretamente eseguiti a titolo di CMS e che, pur espressione della pattuita clausola, nel singolo caso specifico ne abbiano determinato il superamento dell'entità "massima" (CMS-soglia, quale entità astratta, determinata sommando uno spread alla CMS-media), con ciò recependo sostanzialmente la singolare tesi della Circolare n° 12 di Banca d'Italia del 02/12/2005. (...) In sostanza, per la CMS opererebbe una sorta di doppia condizione, posto che l'usurarietà del rapporto sarebbe riscontrabile solo nel caso in cui la commissione applicata risulti superiore al valore medio di mercato aumentato di uno spread (che all'epoca era pari al 50% del valore medio) ed all'ulteriore condizione che l'eccedenza, reputata per tal motivo assimilabile all'interesse in senso stretto, non trovi capienza nell'importo degli interessi che l'istituto di credito avrebbe potuto applicare senza autonomamente superare il tasso soglia dell'usura. Con tale peculiare meccanismo, pertanto, nel computo dell'usurarietà del rapporto la CMS rileva solo per la parte eccedente il valore medio di periodo aumentato del 50%. La pronuncia, pertanto, sconta una seconda contraddizione: se da un lato il sistema delle fonti delineato dall'art. 2 L. 108/1996 (art. 2bis, comma 2, D.L. 185/2008) legittima le Istruzioni di Banca d'Italia, che specificano il contenuto*

Si rimane alquanto esterrefatti dal costruito logico seguito, ma ancor più basiti dalla singolare conclusione alla quale si perviene. La Cassazione, condizionata pregiudizialmente dal simulacro dell'omogeneità, assunto a principio, stravolge il vincolo di legge, presidiato penalmente, lasciando il passo ai criteri di una rilevazione statistica, con le singolari e mutevoli correzioni apportate nelle Istruzioni e nelle FAQ dalla Banca d'Italia, intrise di una capziosa soggettività e opacità, oltre che di palesi discordanze e malcelate distorsioni<sup>66</sup>. Negli articolati meandri delle

---

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

<sup>66</sup> A fronte della 'fotografia' più volte richiamata dalla Cassazione, la Banca d'Italia, oltre che con le Istruzioni, interviene pervasivamente con le FAQ nei dettagli operativi della rilevazione statistica, realizzando forme di discrezionalità avulse da ogni criterio di oggettività e coerenza con il presidio d'usura, con punte di parossismo che appaiono preordinate a depotenziare il presidio stesso. Le FAQ costituiscono, come ribadito dalla Banca d'Italia, parti integranti le 'Istruzioni'. Con le FAQ relative alle Istruzioni '09 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

variegate speciosità che connotano il modello di determinazione del valore medio si finisce per dissipare quella *'linea di obiettivizzazione del fatto tipico che caratterizza la figura descritta dall'art. 644 c.p.'* Si perviene addirittura a legittimare le devianti indicazioni di indirizzo espresse nella Circolare del 2/12/05, non accolte nei decreti ministeriali, né recepite nelle successive Istruzioni, poste al di fuori e, per pregnanti aspetti, in palese contrapposizione alla norma di legge<sup>67</sup>.

---

concorrerebbero solo per l'ultimo sconfinamento senza alcuna annualizzazione. 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', priva di ogni fondamento logico-finanziario: rimuovendo nella circostanza l'annualizzazione, ha riflessi economici di dimensioni significative. La confusione e l'irragionevolezza finanziaria del criterio prospettato hanno sollevato ampie perplessità, minando la tassatività della norma se mutate nella verifica dell'usura. Con il chiarimento dettato dalla FAQ, dopo poco meno di un anno, si è mirato 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' andavano interpretate per come sono scritte, mentre con la menzionata rilevazione, vanno interpretate come riportato nella precisazione. Appare un ossimoro: come può una FAQ, per la natura stessa che la costituisce, avere una valenza modificativa della norma che intende chiarire? Con le recenti Istruzioni '16 la Banca d'Italia si è ravveduta e ha nuovamente modificato il criterio di inclusione delle CIV, rimuovendo in buona parte la 'bislacca' lettura degli 'eventi non continuativi'.

<sup>67</sup> Da un'interrogazione del 20/12/06 (5-00529 Amendola e Fluvi), presso la VI Commissione permanente, si evince che la menzionata Circolare fu disposta a seguito di una richiesta del MEF – sollecitata a questo dall'ABI – di precisare, in una Circolare della Banca d'Italia, la metodologia di calcolo utilizzata per determinare la commissione di massimo scoperto soglia. Le indicazioni riportate nella Circolare, tuttavia, non sono state riprese in alcun decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze. *'Una "nota" della Banca d'Italia (2.12.2005) – che è "sentita" dal Ministro dell'Economia per formulare i parametri delle rilevazioni dei tassi praticati sul mercato (TEGM) ai fini dell'individuazione del tasso-soglia oltre il quale si configura il reato di usura – rivolta a banche e intermediari finanziari, ribadita la correttezza dell'esclusione della commissione di massimo scoperto dal calcolo del TEGM, invita i destinatari a tenerla comunque presente nel corso delle proprie verifiche del rispetto delle soglie di usura, secondo articolate metodiche, con opzione che comunque non rende applicabile la disciplina dell'usura. Infatti, l'art. 644 c.p. prevede che sia il TEGM rilevato e periodicamente pubblicato in Gazzetta Ufficiale a costituire la sola base di configurazione della fattispecie rilevante, da cui il giudice non può scostarsi. D'altro canto, la stessa norma (comma 4°) prevede che "per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito", il che per diffusa opinione ben consente di includere nella rilevazione la commissione in discorso, in piena armonia con la lettera e con lo spirito della norma che vuole individuare non il mero tasso di interesse, ma il complessivo costo del denaro. E non solo consente, a mio parere richiede che di tali voci si tenga conto, senza selezioni più o meno orientate. Si è, infatti, condivisibilmente notato che la formula normativa in parola, "chiaramente diretta ad evitare facili pratiche elusive, importa un superamento del concetto stesso di interesse – inteso come funzione di un*

Le scelte operate dalla Banca d'Italia risultano pervase da una esuberante egemonia di settore che, travalicando dalla rilevazione statistica del TEGM alla verifica dell'usura stabilita dall'art. 644 c.p., appare rivolta, in più aspetti, a condizionare la stessa rilevazione del TEGM ad esigenze di salvaguardia dei comportamenti degli intermediari dai rischi d'usura, in una prospettiva paternalistica di gestione del credito, ad esclusiva protezione della stabilità patrimoniale degli stessi, con ripercussioni di pregnante rilievo a danno della clientela e della stessa efficienza del mercato<sup>68</sup>.

Appare assai grave che venga 'confezionato' un blasone di legittimità a scelte, decisioni e interventi dell'organo amministrativo che, pervicacemente preordinati ad esorbitare i limiti consentiti dalla legge 108/96, nel perseguire finalità diverse, più propriamente funzionali ai compiti di stabilità della funzione creditizia, assegnati alla Banca d'Italia, hanno realizzato, in buona misura, una sostanziale disapplicazione del presidio di legge.

---

*capitale e del tempo – perché non considera tanto il frutto del denaro per il mutuante, quanto il costo sopportato dal mutuatario”* (A. Antonucci, La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto, Nuova giur. Civ. comm. 2009).

<sup>68</sup> Si viene in tal modo a stravolgere il rapporto fra fonte primaria e fonte subordinata, ponendosi altresì in aperta contraddizione con quanto reiteratamente ribadito dalla Cassazione Penale: "(...) 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 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).

L'AGCM è rimasta silente, esclusa da ogni forma di concertazione su scelte tecniche che, informate a finalità non propriamente coerenti con il presidio d'usura, hanno sortito nel tempo spostamenti patrimoniali di dubbia liceità.

#### **4. LO STEREOTIPO DELL'OMOGENEITÀ: LA RILEVAZIONE DEL TEGM E LA VERIFICA DELL'ART. 644 C.P., AMBITI TECNICI PARALLELI, NON CONVERGENTI.**

Risulta tecnicamente e giuridicamente del tutto inconsistente e fuorviante che 'Istruzioni', con le peculiari e mutevoli caratteristiche proprie ad una rilevazione statistica del valore medio ordinario di mercato, possano estendere i complessi ed articolati criteri di rilevazione ai criteri di verifica dell'art. 644 c.p., che ubbidiscono, invece, esclusivamente ad un elementare principio, immutabile nel tempo, fissato dall'articolo stesso. Ogni deviazione dal principio fissato dall'art. 644 c.p. pregiudica la tassatività e determinatezza della norma; la verifica dell'art. 644 c.p. non può essere ricondotta, con una petizione di principio, informata all'omogeneità e simmetria del confronto, a modalità che variano nel tempo, concepite per una finalità diversa - la rilevazione del TEGM di mercato - accostate ma non identiche alla modalità di verifica della soglia d'usura. L'onnicomprendività del tasso stabilito dalla norma penale non è derogabile, mentre pregnanti e ricorrenti eccezioni di omogeneità si impongono nelle scelte metodologiche impiegate per rilevare il valore medio di mercato (TEGM)<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> *'Una rilevazione statistica implica di fare una cernita, darsi griglie di organizzazione dei dati. È chiaro che, a questi effetti, Banca d'Italia esercita discrezionalità tecnica e opera scelte (così anche Cass. pen. 12028/2010 e Cass. pen. 46669/11) per rappresentare con un numero (per categoria, importi ecc.) il normale andamento del mercato nel trimestre. Restano fuori operazioni anomale (crediti difficili agevolati in valuta) oppure scarsamente significativi (conti con utilizzo 0 nel trimestre). Resta fuori ciò che palesemente appartiene al momento patologico del rapporto (mora). Questo vale però, appunto, ai fini del TEGM. Nessuna norma primaria stabilisce un raccordo tra le Istruzioni (valide ai fini statistici) e il TEGM così da circoscrivere il perimetro dei costi rilevanti a quelli soli considerati ai fini TEGM. Esiste per vero una norma secondaria. È l'art. 3 d.m. che ha la pretesa di chiudere il cerchio TEGM-TEG prescrivendo alle banche di verificare la legittimità del tasso utilizzando le Istruzioni della Banca d'Italia. È sufficiente dire che questa norma, se ha per effetto di restringere il perimetro di rilevanza dei "costi inerenti" viene a trovarsi in conflitto con l'art. 644 c.p. Quindi l'art. 644 c.p. è bensì norma penale in bianco, ma soltanto nel senso che non può operare senza la pubblicazione in d.m. del TEGM da cui rilevare il tasso-soglia. Il tasso medio pubblicato vale però in quanto tale e non in funzione dell'aggregato di costi contemplato dalla Banca d'Italia e sintetizzato in quel dato.*

*Confutazione dell'argomento dell'omogeneità. "Non è possibile confrontare mele con pere: considerare ai fini del TS grandezze non contemplate nella rilevazione del TEGM". Chi afferma ciò, sottintendendo normalmente che introdurre nel TEGM una voce di costo (bensì collegata all'erogazione del credito ma) non contemplata ai fini del TEGM implicherebbe una qualche*

La legge 108/96 affida al MEF, sentita la Banca d'Italia, l'incarico di rilevare, nel senso di stimare, il tasso effettivo globale medio, riferito ad anno, per operazioni della stessa natura, nelle distinte categorie fissate dal MEF. La legge è chiara nel principio perseguito: individuato l'ordinario costo del credito, tutto quello che deborda dall'ordinario deve essere contenuto nello spread stabilito dalla legge stessa. Il legislatore ha ritenuto opportuno adottare un parametro di riferimento flessibile, sinergico ed endogeno al mercato degli stessi operatori tenuti al rispetto della soglia. Nel predisporre inizialmente nel '96 le prime Istruzioni per la rilevazione del TEGM, il modello statistico che, coerentemente con la specifica finalità prevista dalla norma, è stato adottato dalla Banca d'Italia, è ispirato a criteri volti a distinguere il fisiologico dal patologico, per cogliere quel valore (tasso) che esprima propriamente l'ordinario e fisiologico costo del credito. A tal fine vengono conseguentemente esclusi dalla rilevazione sia i crediti che assumono una natura diversa dall'ordinario, sia i costi che rivestono una veste eccezionale, fuori dall'ordinario, sia, infine, i rapporti che assumono una veste particolare, per la natura stessa della controparte.

Il valore medio è un concetto teorico che si definisce in funzione della finalità economica perseguita, che nel caso in esame è data dal tasso che ricomprende tutti i costi che normalmente, ordinariamente e fisiologicamente vengono sopportati nell'erogazione del credito. Insegna B. De Finetti: *'Il concetto informatore di tutti i ragionamenti su medie è in fondo unico e molto semplice: si può ragionare su una collettività (di individui, di oggetti, di eventi, ...) come se le grandezze che interessano, anziché variare da individuo ad individuo, avessero per tutti il medesimo valore: il*

---

*forma di attentato alla libertà della banca di fare credito. La tesi è inconsistente, da qualunque parte si consideri. Stupisce che continui a essere ripetuta senza tentennamenti.*

*1) Omogeneità delle grandezze. TEGM e TS sono grandezze per definizione eterogenee. Il TEGM corrisponde a una media dei tassi di mercato (per classe di operazione). Il TS rappresenta quindi bensì una restrizione al libero mercato, ma di tipo "relativo" perché basato su una rilevazione del mercato. (...)*

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

*2) Omogeneità del criterio. Del lavoro di elaborazione dei dati ciò che l'art. 644 c.p. recupera e recepisce è il risultato di sintesi, il numero finale che esprime il costo medio. Nel fuoco di questa sintesi si consumano e perdono di rilevanza le singole voci. Sulla base di questo costo medio, incrementato del "cuscinetto" (50% o 25% + 4 p.p.), la banca può modulare l'offerta di credito fissando liberamente interessi, commissioni e spese, purché appunto il risultato finale non superi la soglia. TEGM e TEG sono dunque omogenei, ma soltanto nel senso che unico è il criterio normativamente previsto di rilevanza, ossia l'inerenza alla concessione di credito'. (E. Astuni, Relazione al convegno della Associazione Studi Bancari, Milano 27 ottobre 2015).*

valore "medio"<sup>70</sup>. Nel caso specifico il costo medio viene individuato attraverso la media aritmetica che esprime quel tasso che uniformemente applicato a tutta la popolazione osservata conduce ad un medesimo costo complessivo. Questo principio viene correttamente rispettato dalla media aritmetica ponderata, dove per ciascuna operazione di credito, al tasso praticato viene associato un peso (importanza relativa) commisurato all'entità del credito erogato.

Nell'algoritmo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia, per l'aggregazione dei costi espressi dal tasso applicato alle distinte operazioni di credito, si è preferito impiegare la media aritmetica semplice in luogo di quella ponderata: così facendo, si dà rilievo al tasso medio praticato a ciascun richiedente credito, indipendentemente dal credito erogato<sup>71</sup>. La scelta, nella formula di calcolo, della media aritmetica semplice in luogo di quella ponderata, ha condotto ad una stima del valore medio di mercato apprezzabilmente più elevata; le classi di importo più basso, marcatamente più numerose, presentano una maggiore incidenza delle spese fisse e ordinariamente tassi più alti. Di regola, nelle statistiche attinenti fenomeni economici, si preferisce la media ponderata, che esprime puntualmente il tasso medio praticato per ciascuna unità di credito erogato. La media semplice, che considera in pari misura il credito di importo minore e quello di importo maggiore, premia la ricorrenza ed ordinarietà, nel senso di individuare il tasso usualmente praticato, a prescindere dall'importo. La media aritmetica ponderata poteva forse

---

<sup>70</sup> *La traduzione in forma matematica è immediata e facile a comprendersi e utilizzarsi: Si dice che  $X$  è la media di  $n$  numeri  $X_1, X_2, \dots, X_n$ , agli effetti di un problema in cui interessa una loro funzione  $f(X_1, X_2, \dots, X_n)$  se essa ha lo stesso valore che se tutti gli  $X_k$  avessero il medesimo valore  $X$ :  $f(X_1, X_2, \dots, X_n) = f(X, X, \dots, X)$ . Spesso la funzione che interessa è la più semplice di tutte, e cioè la somma:  $f(X_1, X_2, \dots, X_n) = X_1 + X_2 + \dots + X_n$ ; in questi casi, ma soltanto in questi casi, la media idonea è la media aritmetica:  $X = (X_1 + X_2 + \dots + X_n)/n$ . Essa dà per es. il reddito medio (che si avrebbe dividendo  $n$  parti uguali il reddito totale: somma invariata), e, nel medesimo senso, il numero medio di persone per famiglia, ecc. Spesso la media che risponde a un problema (consumo di un'unità di prodotto) è la media armonica (reciproco della media aritmetica dei reciproci) o (fattore medio di accrescimento di una popolazione, della produzione, del reddito, ecc..) la media geometrica (la radice del prodotto degli elementi); (...) in ogni caso occorre sapere qual è lo scopo che un concetto dovrebbe avere in determinate applicazioni, e se e fino a che punto e sotto quali condizioni vi risponde, e via dicendo. Sempre tenendo presente che non si deve applicarlo attribuendovi un significato metafisico aprioristico né immaginando che la sua definizione matematica costituisca di per sé una giustificazione valida per attribuirvi significatività per riguardo a qualunque problema.' (B. De Finetti, Oscar Chisini e il suo insegnamento).*

<sup>71</sup> La differenza è sostanziale e assume una dimensione non trascurabile. Si osserva che nelle rilevazioni statistiche della Banca d'Italia, effettuate nell'ambito della Centrale dei Rischi, si impiega la media ponderata, considerando in un'unica frazione (TAEG), i ricavi dell'intermediario per il credito erogato, comprensivo di tutti i costi, cioè a dire, interessi, commissioni e spese: occorre, nella circostanza, rilevare che l'aggregato delle rilevazioni che concorrono alla formazione della Centrale dei Rischi esclude le esposizioni inferiori a € 30.000, il ventre 'molle' e 'allargato' del Paese dove si concentra numericamente la parte rilevante delle esposizioni creditizie più deboli.

costituire una più corretta metodologia, che avrebbe valorizzato l'importo relativo a ciascun credito, fornendo un valore medio di mercato apprezzabilmente più basso, con un effetto di calmiera più incidente per gli importi di credito più bassi. La Banca d'Italia si è informata al criterio adottato in Francia e, nella discrezionalità consentita dalla legge, ha ritenuto corretto e congruente con lo spirito della legge, privilegiare la media aritmetica semplice.

Il concetto di usura viene parametrato dalla legge 108/96 sulla misura dello scostamento dal costo del credito ordinariamente praticato sul mercato. Nel modello impiegato per la rilevazione del tasso medio, la Banca d'Italia ha circoscritto il campo di osservazione, escludendo ogni aspetto diverso dal fisiologico, anche se ricorrente in variegata tipologie di credito.

**Alla determinazione di tale valore sintetico di riferimento (TEGM) non possono concorrere tipologie di crediti e elementi di costo che, discostandosi dall'ordinario per motivi particolari o di patologia, altererebbero il "normale prezzo" del credito applicato alla clientela.**

In presenza di un'endemica carenza di concorrenza, gli intermediari tendono ad innalzare i prezzi; la presenza di costi anomali, non fisiologici, nella determinazione del TEGM, accelererebbe, attraverso il meccanismo endogeno di auto-determinazione della soglia, un'ascesa costante in una continua rincorsa dei tassi praticati: evidenze di tale fenomeno, noto nella letteratura come effetto dell'*échelle de perroquet*, già si riscontrano nei costi ordinari delle categorie di credito meno dischiuse agli effetti di calmiera dei tassi esercitato dalla concorrenza<sup>72</sup>.

Nella misura in cui il TEGM incorporasse elementi di patologia, diversi dall'ordinario margine di rischio di credito, indurrebbe una falsa rappresentazione del mercato e un'indebita

---

<sup>72</sup> In particolari segmenti del credito al consumo e alle imprese – privi di concorrenza, caratterizzati da asimmetria informativa e vincolati da rapporti negoziali di maggiore dipendenza – l'effetto di trascinamento verso il tasso soglia del tasso medio sembra assumere una pregnante rilevanza. La più recente riforma francese delle Categorie di credito sottoposte alle soglie d'usura è quasi esclusivamente rivolta a contrastare l'effetto dell'*échelle de perroquet* e a favorire un maggiore accostamento dell'offerta del credito alle esigenze del consumatore e ai costi del servizio. *"Indépendamment des explications avancées sur le comportement des organismes prêteurs, le mécanisme même des taux d'usure comporte des effets se traduisant par une hausse des taux. L'application d'un coefficient à des observations sur les taux moyens pratiqués, a pour conséquence d'entraîner le relèvement progressif des taux plafonds, dès lors que les établissements de crédit ont tendance à tarifier des taux d'intérêt se rapprochant du niveau de l'usure (effet dit 'd'échelle de perroquet'). De la même manière, le caractère endogène du mode de fixation de l'usure pourrait se traduire par un baisse des taux plafonds en cas de diminution des taux d'intérêts moyens effectivement pratiqués. (...) Les données issues des observations de la Banque de France en octobre 2008 confirment l'accumulation des taux d'intérêt des crédits non échéancés (crédits renouvelables et découverts bancaires) au voisinage de l'usure."* (Rapport sur les modalités de fixation du taux de l'usure, J.L. Lépine, F. Laloue, février 2009).

lievitazione del tasso di riferimento: ne risulterebbe viziato il punto di riferimento (TEGM) dal quale si misura il margine (spread) entro il quale deve essere contenuto l'eccesso di costo rispetto all'ordinario. La patologia si differenzia dalla norma per il venir meno del carattere di ordinarietà. Nella fattispecie patologica entrano elementi non compresi in quella fisiologica: è proprio la misura di tali elementi che consente di apprezzare la presenza o meno dell'usura. Ponendo all'interno del tasso medio di riferimento elementi di patologia, si vanificherebbe l'obiettivo, in quanto, anziché contenere i tassi anomali, limitandoli e tenendoli accostati a quelli ordinari di mercato, si indurrebbe un accostamento del tasso fisiologico a quello patologico, vanificando in questo modo le finalità stesse della legge.

Può talvolta risultare labile la linea di confine fra il fisiologico e il patologico. Con la scelta del modello di rilevazione si adottano criteri che tendenzialmente risultano atti ad escludere le fattispecie di patologia: il criterio di ordinarietà e ricorrenza fisiologica è una scelta metodologica corretta e coerente con la funzione che la legge assegna al TEGM. Così come per rilevare il valore medio fisiologico del colesterolo di una popolazione si escludono dalla rilevazione i malati presenti negli ospedali, per la determinazione del costo medio del credito si escludono dalla rilevazione i crediti speciali, quelli in sofferenza, revocati e in mora che, altrimenti, introdurrebbero nel valore medio una distorsione che non appartiene alla fisiologia del credito<sup>73</sup>.

Nel mercato del credito i tassi praticati dagli intermediari si distribuiscono secondo il merito di credito assegnato al prenditore di fondi al momento dell'erogazione/rinnovo. Al crescere del rischio del prenditore e/o dell'iniziativa finanziata crescerà il tasso richiesto. Per le finalità di presidio dell'usura, non ha alcun senso prevedere una specifica soglia d'usura per il costo del credito in una fase di patologia: non è questo lo spirito della legge che ha voluto ancorare all'ordinario tasso di mercato il margine entro il quale ricomprendere ogni forma di patologia; il costo di quest'ultima, nella sua ricorrenza statistica, è già compreso, come rischio, nel tasso richiesto originariamente dall'intermediario sulla base del merito di credito del prenditore.

---

<sup>73</sup> *L'esclusione della mora (e direi anche dei crediti "difficili") si traduce anche in un effettivo "calmiere" del mercato creditizio, nella misura in cui evita l'inquinamento del TEGM con tassi (quasi per definizione) sopra la media che, se rilevati, porterebbero un aumento del TEGM e quindi, per il tramite dei coefficienti (1,5; 1,25 + 4 p.p.), del tasso soglia. Di passaggio noto che, anche in base alla normativa secondaria sul credito al consumo (d.m. Tesoro 8.7.1992 e d.m. Economia 6.5.2000), la mora non entra nel perimetro del TAEG. Lì tuttavia per ragioni intuitivamente diverse, visto che il TAEG (ISC) è elemento di informazione precontrattuale e quindi non può che rappresentare gli oneri da sostenere per utilizzare il credito (normalmente). Il momento della inesecuzione del contratto resta dunque fuori dall'ambito dell'informazione. Non può dirsi altrettanto con riguardo alla legge anti-usura. Se infatti il rispetto del tasso-soglia deve essere verificato avuto riguardo al contratto come eseguito, l'interesse di mora, non contemplato nella rilevazione del TEGM non è perciò solo estraneo alla verifica del TEG, in quanto si ritenga, in linea con uno stabile indirizzo di legittimità, costo collegato all'erogazione del credito'. (E. Astuni, Le Istruzioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. Riflessioni su CMS e Mora.).*

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

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<sup>74</sup>. La moderazione del costo è riposta in una corretta allocazione del credito, in grado di discriminare efficientemente le iniziative economiche e massimizzare il rapporto rendimento/rischio.

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

---

<sup>74</sup> In generale una probabilità media di inadempienza intorno al 5% era ritenuta, prima dell'attuale crisi, alta: in tale circostanza, volendo assicurare il completo recupero di capitale, interessi e margine di intermediazione, si renderebbe opportuno un premio al rischio di circa 5 - 6%. *"Ma è soprattutto nei confronti dei clienti che, per l'assenza di fonti certe di reddito o di garanzie, presentano una più alta probabilità di non essere in grado di rimborsare il credito, che il meccanismo dei tassi soglia provoca effetti perversi. Quando la probabilità media di inadempienza di un portafoglio si colloca su livelli molto alti, ad esempio, del 5 per cento (un prestito ogni 20 non viene rimborsato), si è in presenza di un mercato che può funzionare in termini economici, ma che è di fatto messo al bando dalla legge 108. Il premio per il rischio che una banca dovrebbe applicare su 20 prestiti di durata annuale e di eguali dimensioni per recuperare la perdita totale del capitale e degli interessi su uno di essi è infatti di circa 6 punti percentuali; uno scostamento di 6 punti dalla media diventa illegittimo se il tasso medio scende sotto il 12 per cento."* (G. Carosio, Vice direttore Generale della Banca d'Italia, intervento in Commissione permanente giustizia, sul tema 'Prevenzione dell'usura e evoluzione dei mercati creditizi', 27 marzo 2007).

La distribuzione dei tassi fra i vari prenditori assumerà forme diverse, in funzione della tipologia di credito, dell'eventuale presenza di garanzie, della fase ciclica del mercato, ecc. In un dato momento, per una determinata Categoria di credito, i prenditori di fondi si distribuiranno (numericamente) fra un valore minimo del tasso, collocato poco sopra l'Euribor/Eurirs (prossimo al costo della raccolta) ed un valore massimo del tasso, pari alla soglia d'usura. Il valore medio del tasso praticato suddivide i prenditori di fondi in due parti: una prima metà, alla quale viene concesso credito ad un tasso inferiore alla media ed una seconda metà alla quale viene concesso credito a tassi via via crescenti sopra il tasso medio sino al tasso soglia. Al valore medio del tasso corrisponde un merito di credito ordinario, il baricentro al quale fa riferimento la legge 108/96. Ciascuna classe di merito di credito dei prenditori di fondi viene dall'intermediario, per una medesima operazione, caricata di un tasso diverso, più alto o più basso del valore medio, in funzione del valore atteso degli insoluti della classe. Per i tassi superiori alla media, l'intermediario ha valutato una criticità del credito maggiore, per la quale è necessario che il prenditore di fondi corrisponda una maggiorazione di interesse idonea a colmare le più frequenti ricorrenze di insolvenze che statisticamente presenta la classe di merito in cui è posto.

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

Se poi il finanziamento concesso, successivamente all'erogazione, viene a deteriorarsi sino all'insolvenza, l'intermediario risulterà coperto dalla maggiorazione, distribuita fra tasso corrispettivo e tasso di mora – applicata all'intero aggregato di creditori posti nella medesima classe – stimata congruente statisticamente con il rischio di insolvenza assegnato al prenditore di fondi<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> *'A evidenza, la differenza fra tasso soglia e tasso medio rappresenta la grandezza critica per definire la portata e l'efficacia della norma. Tutti i prezzi del credito incorporano un premio per il rischio che la controparte non rispetti i termini di rimborso, anche se tale valore normalmente non è esplicitato. Quindi i tassi medi comprendono il compenso per le perdite generate dall'aggregato complessivo dei prenditori delle varie categorie censite. Con ragionevole approssimazione, possiamo affermare che incorporino il premio applicato al prenditore medio. La differenza fra il cosiddetto tasso soglia e quello medio rappresenta il limite massimo al surplus di prezzo applicabile a un prenditore con un ridotto merito creditizio, quindi il compenso addizionale per il finanziatore che si assume un extra rischio. A evidenza, l'equilibrio delle condizioni di scambio richiede che esista corrispondenza fra premi e rischi. Tanto maggiori sono le perdite previste da una certa tipologia di prenditori, tanto più elevato è il premio da applicare a tale aggregato. Ne consegue che l'entità della differenza fra tasso medio e tasso soglia definisce il massimale di premio per il rischio applicabile e per conseguenza determina l'ampiezza della platea di prenditori finanziabili. In astratto, secondo una logica cost plus, il tasso di impiego di un intermediario può essere definito come la somma di vari addendi: - il*

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

Nello spirito della legge il valore medio va rilevato nell'ambito del mercato ordinario, con esclusione di ogni genere di operazione il cui prezzo viene modificato da condizioni speciali, particolari o eccezionali, che non attengono alla Categoria di credito interessata. Altro aspetto qualificante il valore medio, coerente con il disposto di legge, è la rilevazione del costo al momento dell'erogazione, praticato esclusivamente dagli intermediari bancari e finanziari. Questo è il contesto tecnico-giuridico che delimita l'universo della rilevazione del valore medio di mercato.

Le Istruzioni, già nel '96, delimitavano l'ambito di rilevazione prevedendo tre diverse discriminanti, relative alle operazioni, alle controparti, alla natura dei costi. In particolare si prevedeva:

- a) l'esclusione dalla rilevazione delle seguenti operazioni: 1) operazioni con non residenti; 2) operazioni in valuta estera o indicizzate a valute; 3) posizioni classificate a sofferenza; 4) crediti ristrutturati o in corso di ristrutturazione; 5) operazioni a tasso agevolato; 6) operazioni a tassi promozionali e convenzionati; 7) finanziamenti revocati.
- b) l'esclusione dei rapporti di credito intrattenuti con: 1) le Amministrazioni pubbliche; 2) le Imprese di Assicurazione; 3) le Istituzioni creditizie; 4) le Società e quasi società non finanziarie; 5) le Istituzioni sociali private e unità non classificabili; 6) il Resto del mondo.

---

*costo del funding; - i costi operativi legati alla realizzazione dell'operazione; - il costo dei mezzi propri necessari per supportare il finanziamento, anche nel rispetto delle norme regolamentari; il premio per i rischi generati dal finanziamento, in particolare per quello di credito. I primi tre sono normalmente indipendenti dalle caratteristiche del prenditore, che invece si riflettono direttamente sull'entità delle perdite presunte. La norma fissa un limite allo scarto fra il tasso medio e quello applicabile ai prenditori marginali, quindi implicitamente fra il premio medio e quello massimo. (...) A prescindere dalla metodologia di calcolo, la definizione di un limite al di là del quale un tasso diviene "usuraio" comporta comunque la fissazione di un massimale di premio per il rischio che un intermediario creditizio può incorporare nel prezzo del finanziamento. Se ipotizziamo un comportamento razionale da parte del finanziatore, l'effetto di questo provvedimento sarà quello di eliminare dalla platea dei potenziali prenditori quelli il cui merito creditizio determina una perdita attesa superiore al massimo premio per il rischio incorporabile nel tasso. Pertanto, tutti coloro che sarebbero economicamente finanziabili applicando un premio più elevato non potranno essere soddisfatti nelle loro richieste.* (M. M. Gentili, La nuova metodologia di calcolo dei tassi soglia per l'usura, Bancaria n. 4 aprile 2012).

c) l'esclusione dal calcolo del TEG, oltre che della CMS, degli oneri e spese relative: 1) ad imposte e tasse; 2) al recupero spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi; 3) alle spese legali e assimilate; 4) agli interessi di mora e oneri assimilabili; 5) agli addebiti per servizi diversi e accessori; 6) alle spese di assicurazione.

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

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

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

Solo a partire dal '10 le Istruzioni – anche a seguito della più rigida prescrizione disposta dalla legge n. 2/09 - sono state corrette prevedendo l'inclusione di oneri prima esclusi, operando in tal modo un maggior accostamento della rilevazione statistica del valore medio di mercato al dettato dell'art. 644 c.p.

Altri costi, quali la mora e le penali di estinzione, in quanto eventuali, sono rimasti esclusi dalla rilevazione statistica del TEGM per la loro stessa natura che esula dall'ordinario costo del credito. Detti costi vanno comunque ricompresi nella verifica dell'art. 644 c.p. in quanto 'promessi' nel caso si presenti l'eventualità prevista dall'accordo.

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

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

La soglia d'usura, – ancor più nel valore ampliato dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella legge 106/11 – si colloca su un limite apprezzabilmente discosto dal valore medio, che rappresenta appunto l'interesse usualmente richiesto dal mercato. Si rimette all'intermediario la gestione completa dello *spread* da aggiungere al valore medio rilevato, così che possa nella sua discrezionalità stabilire – con riferimento al margine necessario a coprire il maggior rischio di credito – quanto ricomprendere nel tasso corrispettivo e quanto porre a deterrente di facili comportamenti di inadempimento. In tal modo i costi che derivano all'intermediario dagli insoluti vengono in parte distribuiti sulla totalità della clientela e in parte maggiore sulla clientela che incorre occasionalmente, frequentemente e/o definitivamente nell'insolvenza. Se sceglie di applicare un tasso corrispettivo a ridosso della soglia, già sconta la maggiore eventualità che alla scadenza il pagamento non venga onorato: il danno eventuale è già compreso statisticamente nel maggior tasso corrispettivo richiesto.

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

Ben si comprende che taluni oneri eventuali, la cui dimensione è dipendente in qualche misura anche dall'expertise dell'intermediario nella valutazione del merito di credito, non appartengano al costo medio che fisiologicamente è posto a carico del cliente, ancorché appartengano ai proventi che rifluiscono all'intermediario dall'attività creditizia. Appare corretto e coerente con lo spirito della legge, che tali oneri siano esclusi dalla rilevazione del TEGM, ma debbano inderogabilmente essere inclusi nella verifica dell'usura: anche la promessa, seppur connessa ad una circostanza eventuale, è soggetta al presidio dell'usura.

Più in generale, **risulta evidente che tutte le discriminazioni ed esclusioni previste nel complesso modello di rilevazione, adottato dalla Banca d'Italia, per conseguire una stima corretta ed attendibile del valore medio di mercato, assumono pregnanza e significato esclusivamente nella rilevazione statistica, ma risultano del tutto estranee alla verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. che, al contrario, non ammette deroga alcuna, quale che sia l'operazione, la controparte e la natura del costo associato al**

**finanziamento, ordinario o straordinario, certo o eventuale, pagato all'intermediario o a terzi che intervengono nell'operazione. Non vi é alcun razionale e logico principio di omogeneità e/o simmetria che possa giustificare un'esclusione dalla verifica dei limiti d'usura: la legge non prevede deroga alcuna, salvo l'esclusione di imposte e tasse.**

L'apparente distonia fra quanto indicato nelle Istruzioni e quanto inequivocabilmente disposto dal 4° comma dell'art. 644 c.p. trova spiegazione nel diverso ruolo svolto dalla rilevazione statistica del tasso effettivo globale medio e dalla verifica del rispetto della soglia d'usura. La rilevazione del TEGM ha una finalità statistica sua propria, volta a cogliere, attraverso una stima il più possibile attendibile, un dato medio di mercato. Le 'Istruzioni' della Banca d'Italia parlano correttamente di *'obbligo di segnalazione per la rilevazione ai fini statistici'* e, nelle edizioni che si sono succedute nel tempo, perseguono – quando non interferiscano finalità diverse ed estranee -, gradi di maggiore attendibilità della stima. I valori del TEG segnalati dalle banche che, adeguatamente aggregati, vanno a comporre il TEGM pubblicato trimestralmente dal MEF, devono rispettare criteri e modalità di calcolo coerenti con tale finalità e soggetti, altresì, alle modifiche imposte dall'evoluzione del mercato e della sua regolamentazione.

**La rilevazione statistica ricomprende l'operatività ordinaria, la verifica dell'usura ricomprende ogni genere di costo attinente al credito, ordinario e patologico, riconosciuto agli intermediari e ad altri soggetti che intervengono nell'operazione.** 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. I criteri di rilevazione statistica rimangono fissati dalla Banca d'Italia, sono complessi, articolati in dettagli operativi; quello di verifica è unico, espresso da un principio semplice e di usuale impiego nel comparto finanziario.<sup>76</sup> La verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. concerne una diversa finalità e un distinto processo di calcolo, prossimo ma non identico, immutabile salvo cambiamenti della legge.

Vanno tenuti distinti le finalità e i criteri indicati dall'art. 644 c.p., dalle finalità e i criteri metodologici impiegati dalla Banca d'Italia per la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio praticato dal mercato, previsto nell'art. 2 della legge 108/96; il medesimo oggetto di riferimento (tasso effettivo globale, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse) esige una tendenziale omogeneità di quest'ultimi ai

---

<sup>76</sup> Nessuna edulcorazione del TEG è prevista dalla normativa francese alla quale si è ispirata la legge 108/96, risultando il calcolo effettuato con l'ordinaria formula del tasso effettivo di interesse, nel quale sono ricompresi tutti i costi relativi al credito, applicato all'importo effettivamente utilizzato e non a quello accordato inizialmente. Nella tabella dei tassi soglia, pubblicata dalla Banca di Francia si riporta espressamente: *"Pour apprécier le caractère usuraire du taux effectif global (TEG) d'un découvert en compte ou d'un prêt permanent, le montant à prendre en considération est celui du crédit effectivement utilisé."* (Cfr. Allegato 1).

primi, un accostamento che non può tecnicamente risolversi in una identità, né paradossalmente può risolversi in una sostituzione dei secondi ai primi: la verifica dell'art. 644 c.p. ha in sé il rigore, determinatezza e tassatività di un presidio penale, la rilevazione statistica della Banca d'Italia deve rispondere, invece, alla flessibilità, mutevolezza e complessità di un algoritmo che colga le diverse manifestazioni nelle quali si esprime il credito e le sue variegate dinamiche evolutive, per stimarne il valore medio ordinariamente praticato dagli intermediari. Il primo costituisce il dato rigido, il criterio oggettivo necessariamente immutabile nel tempo, il secondo, al contrario, accompagna la naturale evoluzione del mercato, distinguendo quello che, in quanto fisiologico, appartiene allo standard medio di mercato, da quello che fuoriesce dall'ordinario, per situazioni di patologia o, più semplicemente, per peculiarità che, nella liberalità delle parti, possono essere previste nello specifico contratto.

Il legislatore poteva, come in ordinamenti di altri paesi, riferire la soglia ad un parametro fisso, o all'Euribor o altro parametro del mercato finanziario: ha privilegiato un più stretto riferimento endogeno alle specifiche categorie di credito. Da qui far discendere che, così come la Banca d'Italia, nella discrezionalità tecnica che le compete, determina il parametro di riferimento (TEGM), nei medesimi termini vada curata altresì la verifica dell'usura, si vengono a trascurare le diverse specificità che distinguono la rilevazione dalla verifica dell'art. 644 c.p. Costituisce una mera stereotipia ritenere che, al di fuori dell'omogeneità, si realizzerebbe un confronto di 'mele con pere'. Un criterio di omogeneità, nella formula e nel contenuto, può essere perseguito solo tendenzialmente, mai rigorosamente, per non venir meno alla diversa funzione assoluta dai due conteggi. Un rigido criterio di omogeneità condurrebbe inevitabilmente a travisare, o i canoni statistici di rilevazione del tasso medio di mercato, o lo stringente dettato dell'art. 644 c.p. Concettualmente, prima ancora che giuridicamente, non si può avere una piena simmetria ed identità: è questo un principio che forse può essere frainteso dal giurista, ma che non può essere certo confuso dall'organo tecnico<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Non sono infrequenti le sentenze che hanno ritenuto coerente e logico il principio di omogeneità: "...Analogamente, quando, occorre confrontare il TEG applicato da una Banca ad un determinato rapporto con il tasso soglia del periodo, al fine di accertare la natura usuraria o meno del tasso applicato, ricorre la medesima esigenza, logica e metodologica, di omogeneità tra le grandezze da raffrontare. Non avrebbe, infatti, alcuna attendibilità scientifica il risultato derivante da un confronto operato tra un TEG calcolato con la modalità A ed un tasso soglia basato su un TEGM calcolato con una differente modalità B. Pertanto, dette Istruzioni in primo luogo rispondono alla elementare, ma ineludibile, esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare ed hanno altresì natura di norme tecniche previste ed autorizzate dalla disciplina regolamentare, necessarie per l'applicazione di tutta la normativa anti-usura" (dott. Stefani, Trib. Milano, sentenza n. 6160/2015).

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

Non è stabilito dalla legge alcun criterio di omogeneità, né questo può semplicisticamente essere dedotta dalla circostanza che la legge 108/96 indica, per la rilevazione del TEGM, la stessa terminologia *'commissioni, remunerazione a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse'*, utilizzata per l'accertamento del tasso usurario. **L'art. 2 della legge 108/96 distingue concettualmente, al comma 1, la rilevazione del TEGM e al comma 4 il tasso soglia ai fini dell'art. 644 c.p., 3 comma: solo per il primo la successiva legge 24/01 (Interpretazione autentica della legge 108/96)<sup>78</sup>, ha previsto il momento pattizio. La verifica dell'usura riguarda sostanzialmente, ancorché non esclusivamente, le condizioni pattuite contrattualmente. La rilevazione del TEG disposta dalle 'Istruzioni' della Banca d'Italia è rivolta sostanzialmente ad individuare il tasso medio praticato dal mercato, non necessariamente quello pattuito contrattualmente<sup>79</sup>. L'offerta, per un'apertura di credito, di un tasso debordante la soglia d'usura non rientra nella segnalazione prevista dalle 'Istruzioni', che censisce i tassi praticati, non quelli offerti; se tale offerta trovasse riscontro nelle condizioni praticate non potrebbe rientrare nella (successiva) segnalazione per la determinazione della media di mercato e il processo di 'cimatura' ridurrebbe il tasso entro la soglia; la segnalazione alla Banca d'Italia risulterebbe corretta ma permarrebbe il reato di usura in contratto. I due valori – tasso medio di mercato e tasso contrattualmente pattuito in contratto da sottoporre a verifica – ancora una volta, sono accostati, non coincidenti<sup>80</sup>.**

---

*comprendivi di commissioni, non si vede come potrebbe esserne verificato il rispetto del tasso soglia, ove quest'ultimo, quale riportato nei Decreti Ministeriali e pubblicato in Gazzetta, è stato rilevato come dato medio non conteggiando le CMS si effettuerebbe un confronto tra dati non omogenei". (L. Cosentini, Trib. Milano, sentenza n. 3268/2014).*

<sup>78</sup> L. 24/01, art. 1: *Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.*

<sup>79</sup> Nella Comunicazione della Banca d'Italia 3 luglio 2013, si precisa: *"La rilevazione svolta dalla Banca d'Italia sui tassi effettivi globali medi distingue due tipologie di crediti:*

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

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

<sup>80</sup> *"Perciò, il Ministero del Tesoro (ed ora dell'Economia e delle Finanze), incaricato dalla legge di 'rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio ....., riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche' (art. 2, comma 1 l. n. 108/96), e per esso la Banca d'Italia, che si fa*

Ancora, l'art. 644 c.p. ricomprende ogni remunerazione associata all'erogazione del credito, indipendentemente per conto di chi è stata percepita e punisce *'chiunque ... si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri ...'*, mentre l'art. 2 della legge 108/96 prevede la rilevazione del TEGM, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, circoscritto esclusivamente agli *'interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari'*. Solo dal 2009 la Banca d'Italia, nel processo di accostamento della rilevazione del TEGM al rigore dell'art. 644 c.p., ha ritenuto opportuno - nonostante il diverso riferimento dell'art. 2 della legge 108/96 - estendere l'inclusione nel TEG, anche ai costi non pertinenti all'intermediario; l'inserimento nel TEG delle spese di assicurazione e mediazione, prima escluse, hanno conseguentemente indotto un innalzamento della soglia che propriamente non trova alcuna giustificazione nella legge<sup>81</sup>.

**Le distinzioni sopra riportate evidenziano che, anche sul piano giuridico, le due distinte prospettazioni presentano ambiti di prossimità, che tuttavia non si risolvono in una piena identità: i fattori di distinzione sono molteplici, l'accostamento può risultare solo tendenziale e orientato dal modello di rilevazione al principio fissato dall'art. 644 c.p., non certo il viceversa<sup>82</sup>.**

---

*inviare i flussi elettronici dei dati delle banche operanti in Italia, avrebbe dovuto farsi inviare da queste ultime i tassi praticati in ogni trimestre soltanto per i rapporti di nuova accensione o per cui fosse intervenuta modifica contrattuale del tasso, perché - come già detto - non avrebbero dovuto rivestire importanza i tassi a loro tempo convenuti sui rapporti vecchi che, per definizione, non sono quelli 'praticati nel trimestre' di riferimento, ma quelli praticati in epoca antecedente." (V. Tavormina, Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato, I contratti n. 1, 2014).*

<sup>81</sup> L'art. 2 della legge 108/96 prescrive: *'Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari'.*

<sup>82</sup> *'anche nell'individuazione delle spese rientranti nel tasso effettivo globale il legislatore ha preferito omettere qualsivoglia elenco ed optare per una definizione in chiave funzionale di mero 'collegamento' con l'erogazione del credito. E' poi l'ultimo comma dell'art. 2 della legge n. 108/1996 ad individuare 'il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari' in un mero dato numerico quale è 'il tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso' con gli aggiustamenti ivi previsti. (...) Non vi è dunque nessuna necessità di qualificare il fatto penalmente e civilmente rilevante in termini di comparazione con gli elementi di costo posto a base del procedimento di individuazione del T.E.G.M. E' solo previsto che l'individuazione del tasso applicabile sia operata previa riconduzione dell'operazione concreta nella categoria di riferimento. In questi sensi è da condividere quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui T.E.G. e T.E.G.M. siano entità distinte e connotate da diversa funzione: il T.E.G.M. rappresenta 'un indicatore fisiologico medio del mercato' mentre il T.E.G., per come enucleato dalla definizione del costo del credito data*

Il modello, nei dettagli operativi, persegue una stima, il più possibile attendibile, di un valore medio incognito, che rispetti il principio fissato dalla norma. Non si può commettere, nella rilevazione del TEGM, il banale errore di considerare gli interessi annualmente e gli oneri trimestralmente – corretto, senza spiegazione alcuna, nel '09, dopo oltre 14 anni di applicazione – e poi pretendere che lo stesso errore venga trasfuso nella verifica dell'art. 644 c.p.; analogo errore, di portata economica non trascurabile, si riscontra per le CIV che, dal '09 sino alla correzione ultima delle Istruzioni '16, operativa solo dal prossimo 1 aprile '17, non vengono annualizzate completamente, inducendo, nei rapporti di conto, che presentano frequenti debordi dal fido, costi effettivi in esubero della soglia.<sup>83</sup> Tali correzioni, come altre apportate nelle ricorrenti

---

*dal quarto comma dell'art. 644 c.p., attiene alla sua quantificazione con riguardo alla singola operazione. Ben può accadere dunque che 'l'aggregato dei costi ricompresi nella formula del T.E.G., impiegata per la determinazione del T.E.G.M.' possa 'non esaurire tutti i possibili costi che rispondono al principio dettato dall'art. 644 c.p.'. Trattasi di due rette, che corrono su diversi piani e il cui punto di intersezione è dettato dalla verifica da parte del giudice dello sfioramento da parte del T.E.G., relativo alla singola fattispecie di erogazione a titolo oneroso del credito, del tasso soglia, alla determinazione del quale contribuisce il T.E.G.M. per come rilevato nel sistema bancario e finanziario. Proprio dalle considerazioni che precedono si trae il convincimento che, mentre le singole componenti del costo del credito, per come individuate dalla Banca d'Italia nelle sue Istruzioni ai fini della segnalazione a cui sono tenute le banche e gli intermediari finanziari per la rilevazione del TEGM, non hanno rilievo vincolante nella determinazione del TEG della singola operazione di erogazione ai sensi dell'art. '44, comma 4° c.p., non così è a dirsi con riferimento alla classificazione delle operazioni 'per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie'. Invero è proprio il quarto comma dell'art. 644 c.p. che individua la soglia oltre la quale 'gli interessi sono sempre usurari' nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso', operando un chiaro ancoraggio della qualificazione della fattispecie in relazione alle categorie di 'operazioni in cui il credito è compreso'. (V. Farina, Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica, Banca Borsa T.C. n. 4, 2016).*

<sup>83</sup> Il 'pasticcio' delle CIV verrà sanato solo dal prossimo aprile '17 con l'applicazione delle nuove Istruzioni '16. Nel documento di accompagnamento alle nuove Istruzioni poste in consultazione, si riporta: 'si è riscontrata la tendenza a considerare le commissioni applicate come "occasionalità" (ridefinite non continuative nella FAQ, cfr. nota 60 a pag. 44) e destinate a non ripetersi, con il conseguente abbattimento del relativo peso nell'ambito del TEG (per gli oneri occasionali, le Istruzioni consentono di evitare il procedimento definito di "annualizzazione" che, moltiplicando per 4 l'onere trimestrale, riporta all'anno il peso dell'onere addebitato in un periodo più breve). In particolare, tale prassi è stata riscontrata di frequente per la CIV, prevista dall'art. 117 - bis del TUB quale unico onere a carico del cliente per gli sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, anche nei casi in cui l'intermediario consente al cliente di sconfinare in modo stabile e sistematico oltre il fido o in assenza di affidamento; in tali circostanze, la CIV rappresenta una componente stabile nella remunerazione percepita dagli intermediari e non può essere ritenuta occasionale'. Risulta alquanto anacronistico che con un documento dell'aprile '15 si denunci un frequente impiego scorretto della CIV, da parte degli

riedizioni delle Istruzioni, possono costituire opportune modifiche atte a migliorare, nelle pieghe degli articolati e complessi dettagli di rilevazione, l'attendibilità della stima del TEGM ma tali incongruenze e discrasie non possono trovare spazio nella verifica dell'art. 644 c.p.<sup>84</sup>

La determinazione del valore medio fisiologico di mercato può ben comportare nel tempo successive correzioni ed adeguamenti del modello per mantenerne e migliorarne l'attendibilità, ma il metro di misura del costo del credito rimane immutabilmente fissato nel principio stabilito dall'art. 644 c.p.<sup>85</sup>

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

---

intermediari, nella rilevazione del TEGM, per disporre con le successive Istruzioni del luglio '06, la modifica nella segnalazione che trova applicazione alle soglie d'usura operative dal 1 aprile '17: per la determinazione del TEGM si riscontrerebbe pertanto, prima nel '09 l'esclusione dall'annualizzazione degli 'oneri occasionali', subito dopo nelle FAQ del 10 il passaggio agli 'oneri non continuativi', che assecondano l'impiego improprio delle CIV, per poi assistere al ravvedimento ad aprile del '15, che riscontra il massiccio impiego in via elusiva dell'art. 644 c.p., e la disposizione, nel luglio '16, della modifica con decorrenza aprile '17. Essendo la legge rimasta immutata nel tempo, se si adottasse il principio di omogeneità il presidio penale verrebbe completamente rimesso alle scelte 'estraganti' della Banca d'Italia: stravolgendo i cardini dell'Ordinamento, con un assurda sequenza di significative incongruenze, si creerebbero varchi al presidio di legge di dimensione incontrollabile.

<sup>84</sup> (Cfr. anche R. Marcelli, *'Il mercato del credito e le soglie d'usura. La riserva di legge e il paradosso della riserva della Banca d'Italia'*, 2015; *'L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità'*, 2014; *'La soglia d'usura ha raggiunto un livello pari a 100 volte l'Euribor: il presidio di legge è un argine o una copertura?'*, 2013; *'La ripetizione dell'indebito bancario: dimensione del fenomeno e problematiche applicative'*, 2013; in [asocctu.it](http://asocctu.it)).

<sup>85</sup> Dal '96 ad oggi si sono succedute 10 versioni delle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi di interesse ai fini della determinazione delle soglie d'usura", dal '98 pubblicate anche nella Gazzetta Ufficiale: 30 settembre 1996, 1 luglio 1997, 21 aprile 1998, 1 ottobre 1998 (G.U. n. 228 del 30/9/98), 2 agosto 1999 (G.U. n. 196 del 21/8/99), 30 luglio 2001 (G.U. n. 195 del 23/8/01), 23 dicembre 2002 (G.U. n. 5 dell'8/1/03), 17 marzo 2006 (G.U. n. 74 del 29/3/06), 12 agosto 2009 (G.U. n. 200 del 29/8/09). La decima, posta in consultazione nel maggio del '15, è stata diffusa sul sito internet della Banca d'Italia il 29/7/16 (G.U. n. 185 del 9/8/16) e diviene applicativa per le rilevazioni del IV trimestre '16 e per le soglie d'usura del II trimestre '17.

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

Si possono tecnicamente condividere o non condividere la formula e i criteri che, nella funzione rimessale dalla legge 108/96, attraverso il MEF, e nella ristretta discrezionalità compresa fra l'omogeneità delle categorie e il rigore scientifico-oggettivo di calcolo, devono essere 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 stabilito dall'art. 644 c.p. I criteri di verifica dell'art. 644 c.p. rimangono distinti e separati da quelli di rilevazione del TEGM.

Nell'algoritmo di rilevazione, per cogliere il valore del TEGM, valore sintetico di un ampio aggregato di crediti, si possono utilizzare anche formule che si discostano dal TAEG stabilito nell'art. 644 c.p., dovendo impiegare un complesso ed articolato modello di rilevazione, idoneo a stimare il menzionato valore sintetico, aggregando e mediando nella formula le specificità di ogni singola rilevazione<sup>86</sup>.

La formula del TEG, concepita dalla Banca d'Italia nel '96 e rivisitata nel '09, è del tutto sconosciuta alla matematica finanziaria: tecnicamente non esprime neanche un tasso, né tanto

---

<sup>86</sup> L'intervento della Banca d'Italia si è appuntato, oltre che sui criteri di inclusione degli oneri, sul metro di misura del costo, piegando la matematica finanziaria entro un algoritmo inedito (TEG) che, per superare talune difficoltà che avrebbero pregiudicato l'attendibilità della rilevazione stessa, restituisce un valore del costo che approssima per difetto l'incidenza degli oneri e spese (rapportati al credito accordato anziché utilizzato). Con tale formula, se impiegata anche per la verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., si realizzerebbe un improprio allentamento del vincolo disposto dallo stesso art. 644 c.p., che viene riferito esclusivamente al credito erogato. Introducendo una discriminazione fra interessi da un lato e commissioni, oneri e spese dall'altro, nel TEG indicato dalla Banca d'Italia, ai primi si applica il previsto disposto normativo, riferendoli al credito erogato, mentre ai secondi si applica un diverso e più edulcorato termine, riferendoli al credito accordato o, al più, al massimo credito concesso nel trimestre. Inoltre, il TEG di rilevazione per i finanziamenti in conto si compone di due frazioni: una corrispondente agli interessi, correttamente annualizzati e l'altra corrispondente agli oneri che, senza alcuna plausibile ragione logica, non venivano annualizzati (l'errore è stato corretto solo con le Istruzioni '09). Appare evidente la discrasia: gli oneri, oltre ad essere riferiti al credito massimo o fido accordato, non venivano calcolati su base annuale, per cui riflettevano sul TEG un peso ridotto ad un quarto (base trimestrale). L'asimmetria nell'inedita formula di calcolo delle 'Istruzioni' fra l'incidenza degli interessi e quella degli oneri è stata prontamente colta dagli intermediari bancari che, oltre ad ampliare ed estendere ad altre categorie di credito l'applicazione delle CMS, completamente escluse dal TEG, hanno moderato gli interessi per accrescere a dismisura gli oneri e spese, aventi un peso relativo apprezzabilmente più basso.

meno un tasso di interesse e, ancor meno, un tasso di interesse annuale, intervenendo, nel secondo elemento della formula, un'aliquota non commisurata al tempo, né al credito erogato.

La Banca d'Italia, per la precipua finalità di determinazione del TEGM, può ritenere tecnicamente congruo superare talune difficoltà di rilevazione del valore medio, ricorrendo ad una formula che si discosta dal rendimento effettivo annuo<sup>87</sup>. Per evitare i riflessi di anomalie e distorsioni che possono derivare dalla presenza di costi fissi, non parametrati al tempo, può far impiego del credito accordato in luogo di quello erogato, ma, individuata la soglia, per lo specifico finanziamento, il relativo costo rimane espresso dall'unica formula che correttamente lo misura,<sup>88</sup> tale costo è certo e univocamente determinato dal TAEG<sup>89</sup>, definito – dai Babilonesi ai giorni nostri

---

<sup>87</sup> Come menzionato, nella rilevazione del valore medio occorre individuare un algoritmo di calcolo in grado di fornire una corretta sintesi della eterogeneità di condizioni e termini che caratterizzano l'universo delle operazioni di credito poste nella medesima categoria. Ciò può anche richiedere un algoritmo più complesso della semplice formula del TAEG, per non inficiare la sintesi stessa con operazioni che condurrebbero ad una distorsione di tale obiettivo. Può ben impiegarsi, per il dato aggregato, la formula del TEG, con la doppia frazione, assimilando l'accordato all'utilizzato nel trimestre, per evitare le distorsioni che deriverebbero da un utilizzo esiguo dell'accordato. Diversa è la situazione per la specifica verifica del rispetto della soglia, per la quale il costo del credito non può che essere espresso dal TAEG e non vi è alcuna motivazione tecnica per utilizzare una formula diversa da quella scientificamente preordinata a tale finalità. Appare irragionevole, e soprattutto derogatorio dalla norma di legge, prevedere in talune operazioni - quelle nelle quali il credito utilizzato è esiguo rispetto all'accordato - un costo effettivo del credito (TAEG) superiore alla soglia, come d'altra parte appare parimenti irragionevole, in senso opposto, per le operazioni nelle quali l'utilizzato supera ampiamente l'accordato, considerarle in usura se presentano un TEG superiore alla soglia ma un costo effettivo del credito (TAEG) entro la soglia. La formula del TEG ritenuta dalla Banca d'Italia funzionale alla rilevazione del TEGM, se impiegata, *sic et simpliciter*, al costo del credito dello specifico finanziamento, conduce a fattispecie che, in termini opposti, si pongono in contrasto con il rigoroso dettato dell'art. 644 c.p.

<sup>88</sup> Le criticità nella rilevazione del TEGM insorgono in particolare per le commissioni di affidamento e per le commissioni di istruttoria veloce: le prime, per la quota riferita al servizio di messa a disposizione - agevolmente determinabile in funzione del tempo e del credito accordato ma non utilizzato - potrebbero, a rigori, essere escluse dalla verifica, rispondendo ad un diverso servizio, mentre per la quota riferita al credito utilizzato, così come per le commissioni di istruttoria veloce, l'inderogabile presidio disposto dall'art. 644 c.p. impone l'inclusione nel TAEG, senza edulcorazione alcuna. Con la soppressione della CMS, prevedendo, per la verifica dell'usura, lo scorporo, dalla commissione di affidamento, della parte maturata in funzione del servizio di messa a disposizione, che non attiene propriamente al costo del credito, non si ravviserebbero più ostacoli tecnico-statistici ad un impiego dell'ordinaria formula del TAEG anche nella rilevazione del TEGM.

<sup>89</sup> M. Rossi, in suo recente intervento (Assoctu, Convegno Roma 12 e 13 maggio '16, Anatocismo e usura: una normativa confusa e travagliata), in termini molto chiari ed elementari, facilmente accessibili ai non tecnici, riporta: *'Non v'è dubbio che, da sempre e ovunque, l'uomo dispone di una conoscenza che gli consente di calcolare il costo di un*

– in ogni manuale di matematica, né quanto previsto dall'art. 3, comma 2, dei D.M. del MEF può sovrapporsi e sostituirsi all'art. 644 c.p. Non sussiste alcuna discrezionalità tecnica autorizzata che possa estendersi oltre l'ambito del TEGM: ogni formula diversa dal TAEG, se utilizzata per la verifica dell'art. 644 c.p., è suscettibile di introdurre significativi scostamenti che, seppur funzionali alla determinazione del TEGM, possono apprezzabilmente falsare la misura del costo del credito, discostandosi dal dettato dell'art. 644 c.p., che rimane l'esclusivo riferimento della riserva di legge, della tassatività e determinatezza del reato d'usura. L'art. 644 c.p. non ammette deroghe

---

*finanziamento. Si tratta di uno strumentario di matematica finanziaria che appartiene all'esperienza di tutti fin dalla prima elementare: la divisione. Dividere (rapportare) gli interessi (I) – espressi in euro – di un finanziamento con il capitale finanziato (C) – espresso in euro – restituisce il tasso d'interesse (i):*

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

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

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

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

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

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

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

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

$$TIU = (1 + i/n)^n - 1$$

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

riconducibili a difficoltà di rilevazione statistica, né 'spezzatini' della soglia nelle diverse tipologie di onere (CMS, Mora)<sup>90</sup>: gli algoritmi di 'cimatura', previsti dai sistemi informativi, possono agevolmente evitare gli eventuali esuberi riconducibili ad oneri occasionali il cui ammontare non è prevedibili inizialmente.

La tassatività del presidio impone un limite assoluto, esteso dalla 'promessa' alla 'dazione', dal certo all'eventuale, ivi comprese le penali: ancorché legittime, quale che siano le motivazioni, penalizzazioni o altre causali di incremento del costo, il tasso onnicomprensivo (TAEG) deve risultare contenuto entro lo scostamento dal valore medio disposto dalla legge; ogni deroga offrirebbe al mercato una comoda via di elusione in grado di vanificare il rigore della legge. La funzione del presidio dell'usura é appunto quella di limitare i caricamenti anomali del costo del credito che, pur giustificati da elementi di patologia, di non ordinaria rischiosità o di peculiarità non proprie alla categoria di appartenenza, devono comunque essere mantenuti entro lo *spread* consentito dalla norma<sup>91</sup>.

**Sia per il cliente che per la banca, più che il TEG 'concepito' dalla Banca d'Italia o la CMS-soglia, o la Mora-soglia, assume un rilievo assorbente il rendimento effettivo annuo (TAEG), onnicomprensivo di ogni onere annesso, che costituisce specularmente per l'uno il costo, per l'altra il ricavo del credito erogato. Contro questo granitico quadro normativo si scontra ogni artificio dialettico volto a edulcorare il rispetto del presidio all'usura<sup>92</sup>.**

---

<sup>90</sup> Nella comunicazione del 3/7/13 la Banca d'Italia - in aperta contrapposizione ad alcune pronunce della Cassazione, intervenute nel periodo - riporta: *'In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo.'* Il principio di astensione nelle circostanze di ragionevole dubbio, ribadito dalla Cassazione ultima (Cass. Penale II sez. n. 46669/11), avrebbe dovuto, nel rispetto delle funzioni istituzionali, essere rigorosamente osservato anche dalla Banca d'Italia, continuando quanto meno a mantenere il velato silenzio sulle finalità ed impiego della rilevazione del tasso mora del 2001, come fatto del resto da oltre dieci anni, anziché prospettare, dopo la censura al trattamento delle CMS, una soglia della mora e adottare tale principio nei controlli sulle procedure degli intermediari. Appare non trascurabile la responsabilità ex art. 48 c.p. che si é assunta la Banca d'Italia, per i riflessi di emulazione indotti nei comportamenti bancari.

<sup>91</sup> Le anomalie eventuali (mora, penali, ecc..) vanno considerate e coperte inizialmente nel loro valore medio statistico atteso e ricomprese nelle condizioni pattuite, per un tasso 'offerto' che 'mai' può risultare superiore alla soglia di legge della Categoria nella quale é classificato il finanziamento erogato. Né si può concepire una modifica della soglia al verificarsi dell'insolvenza: ciò risulta palesemente in contrasto con lo spirito della legge.

<sup>92</sup> Ancor più recentemente la Corte d'Appello di Roma ha avuto modo di precisare: *'Funzione del TEGM, e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è infatti ai sensi dell'art. 2 legge n. 108/96*

La rilevazione statistica operata dalla Banca d'Italia rimane una stima di un valore incognito, il valore medio di mercato: si riscontrano, tuttavia, in detta rilevazione copiose incongruenze e indicazioni che si discostano dai principi fissati dalla legge. Nei criteri di calcolo e di inclusione, come nella classificazione stessa delle categorie, risulta evidente come l'attenzione della Banca d'Italia, più che alla stima del valore medio di mercato, sia appuntata sulla verifica dell'usura, attraverso l'interferenza dell'art. 3 dei decreti del MEF. Certamente se la Banca d'Italia si fosse informata esclusivamente a più rigorosi ed oggettivi criteri metodologici di rilevazione del valore medio di mercato, avrebbe conseguito una stima più attendibile, risparmiando alla clientela bancaria, un drenaggio economico di dimensioni ragguardevoli, lucrato dagli intermediari che hanno trovato conveniente attenersi alle indicazioni della Banca d'Italia, trascurando sin anche il palese ragionevole dubbio che 'doveva' insorgere in un operatore qualificato, nell'impiegare le 'creative' ed 'edulcorate' indicazioni riportate nelle Istruzioni, nelle FAQ, nelle Circolari e nelle comunicazioni dell'Organo di Vigilanza.

---

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

Risulta pretestuoso sollevare un principio di non contraddizione per pretendere la perfetta omogeneità dei criteri di verifica con i criteri di rilevazione del TEGM. Le voci di costo non incluse nella rilevazione rimangono 'spesate' entro il margine consentito dalla legge (25% + 4 punti). In tal senso, entro tale margine va ricompresa la CMS sino al provvedimento legislativo che – legittimandone l'impiego nelle modalità riformate e ridimensionate - ne ha disposto l'inclusione tra i costi oggetto della rilevazione della Banca d'Italia: in termini analoghi vanno intesi gli altri costi, come la mora e le spese di assicurazione.

L'intermediario può darsi criteri funzionali e coerenti con l'art. 644 c.p. nel rispetto delle soglie vigenti e, nella distinta e diversa segnalazione dei tassi per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM), rispettare le indicazioni delle 'Istruzioni' della Banca d'Italia. E' una falso problema, un labile pregiudizio, il declamato letto di Procuste che gli intermediari avanzano nel prospettare l'obbligo di soggiacere alle disposizioni impartite dall'Organo di Vigilanza<sup>93</sup>.

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

La stessa riserva di legge in materia penale impedisce che il principio stabilito dall'art. 644 c.p. possa essere rimesso alle modifiche e deroghe riportate nelle 'Istruzioni', date dalla Banca d'Italia agli intermediari finanziari per le segnalazioni statistiche dei TEG impiegati per la determinazione del tasso medio di mercato (TEGM). Appare singolare che la Cassazione Civile n. 12965/16 non colga l'evidenza: l'assunto dell'omogeneità e simmetria trasposto dalla verifica dell'art. 644 c.p. ai criteri di rilevazione del TEGM, quando non è un irriflesso pregiudizio, risulta un'improprio lettura che sottrae alla norma penale il presidio oggettivo sancito dall'art. 644

---

<sup>93</sup> *'Come si è rilevato, le decisioni dell'Arbitro hanno difeso l'orientamento assunto dalla Vigilanza in materia. Qualche volta anche a "oltranza", se così si può dire. E' il caso del Collegio di Napoli, n. 1364/2010 (massimata in n. 1.10.20), la quale ha tenuto ad affermare da un lato, che le imprese non possono non conformarsi alle indicazioni della Vigilanza, dall'altro, che occorre seguire le indicazioni della medesima perché, altrimenti, si finisce con il comparare dati non omogenei. Entrambe i rilievi si manifestano alquanto avventurosi. In effetti la Banca d'Italia non potrebbe vietare alle banche di tenere comportamenti più prudenti delle sue indicazioni, né risulta, del resto, che lo abbia fatto. Quanto al confronto fra dati non omogenei, la petizione di principio del ragionamento della decisione si mostra evidente: in effetti, la decisione proprio non spiega la ragione per cui il dato "zoppo" dovrebbe essere quello della legge e non già quello della Banca d'Italia.'* ((A.A. Dolmetta, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, Zanichelli, 2013).

c.p., per rimetterlo alla discrezionalità dell'organo amministrativo. Questa paradossale evenienza è stata ben circostanziata e presidiata dalla Cassazione Penale: "(...) *il procedimento per la determinazione dei tassi soglia analiticamente descritto dal legislatore della riforma, esclude, per puntualità di riferimenti, qualsiasi elusione del principio di riserva di legge in materia penale, nulla essendo lasciato a scelte di opportunità o a valutazioni non fondate su rigorosi criteri tecnici: al contrario, è proprio la linea di 'obiettivizzazione' del fatto tipico che ora caratterizza la figura descritta dall'art. 644 cod. pen. a rendere la fattispecie senz'altro esente da quelle perplessità di insufficiente determinatezza che, in passato, erano state adombrate al suo riguardo.*"<sup>94</sup>.

Il principio di simmetria/omogeneità fatto proprio dalla Cassazione Civ. ultima (n. 12965/16) si pone in palese contrasto con la precedente giurisprudenza di legittimità, finanche della Corte Costituzionale, inducendo una proliferazione di criteri e soglie, del tutto avulsi dal dettato della legge 108/96; quest'ultima fa espresso riferimento al '*tasso effettivo globale .... riferito ad anno*' e la sua dizione non è dissimile da quella prevista dall'art. 121 del TUB, che alla lettera m) prevede "*tasso annuo effettivo globale*" o "*TAEG*" *indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito*' (in quest'ultimo vengono ricomprese anche imposte e tasse, espressamente escluse dall'art. 644 c.p.)<sup>95</sup>.

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

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

Secondo la menzionata sentenza della Cassazione Civile, fuori dai criteri di inclusione del calcolo del TEGM fissati dalla Banca d'Italia non vi sarebbe soglia, la norma risulterebbe inapplicabile per indeterminatezza del confronto. Posto in questi termini, il principio di omogeneità

---

<sup>94</sup> Cass. Pen. 18 marzo 2003, n. 20148.

<sup>95</sup> Occorre distinguere il criterio di calcolo, ricondotto alla formula del TAEG, dal criterio di inclusione: la formula di calcolo è la stessa, ma nell'informazione preliminare al consumatore occorre includere i soli costi fisiologici all'operazione, mentre nella verifica dell'usura il dettato normativo impone l'inclusione di tutti i costi, salvo quelli fiscali.

condurrebbe a smantellare significativamente il presidio all'usura posto dalla legge. Per altro, una stretta applicazione del principio di omogeneità/simmetria potrebbero lasciare inapplicabili le soglie d'usura alle diverse forme di finanziamento nelle quali non interviene l'intermediario bancario, ivi comprese quelle previste dalla legge 231/02: anche le forme criminali di usura, impiegando di norma modalità discoste dalle ordinarie categorie bancarie, potrebbero risultare prive della stretta simmetria con le soglie rivenienti dalla rilevazione della Banca d'Italia<sup>96</sup>.

Il principio di omogeneità/simmetria avanzato dalla Cassazione n. 12965/16 esprime una palese stereotipia, una mera petizione di principio. Con una immotivato e compulsivo sillogismo si perviene a ritenere che, in assenza di una rigorosa omogeneità/simmetria con le Istruzioni della Banca d'Italia, il confronto si tradurrebbe in un grave errore non solo di diritto, ma anche e soprattutto di logica e di matematica. Non avvedendosi, ahimè, che, andando forse appresso alle decisioni dell'ABF, con una insolita leggerezza, è la Cassazione stessa, che stravolge, con il principio enunciato, i canoni della statistica, oltre che della matematica<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Per tali forme di finanziamento si fa, di regola, riferimento alla Categoria residuale degli 'altri finanziamenti'. In merito agli interessi di mora previsti dalla legge 231/02 per le transazioni commerciali, questi vengono parametrati al saggio di interesse del principale strumento di finanziamento della BCE, maggiorato di otto punti. La legge lascia altresì nella disponibilità delle parti di convenire un tasso di mora superiore. Per i limiti d'usura, facendo riferimento alla Categoria residuale degli 'Altri finanziamenti' alla quale tale tasso può essere raffrontato, il parametro di riferimento fissato dalla legge risulterà di regola inferiore e l'eventuale diversa pattuizione delle parti dovrà necessariamente rispettare i limiti dell'art. 644 c.p.. In presenza di un difetto di coordinamento fra le due norme, autorevole dottrina ritiene che: *'in considerazione della natura imperativa delle norme in tema di usura, qualora il tasso di interesse stabilito dalle parti, in misura pari o addirittura inferiore a quello di cui all'art. 5 del D. Lgs. 231/02 fosse contrastante con la disciplina di cui alla legge n. 108 del 1996, non potrebbe non essere considerato illecito, sia sotto il profilo penalistico che sotto quello civilistico'* (V. Pandolfini, Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D. Lgs. N. 231/2002), in GI, 2003)

<sup>97</sup> Una indicazione opposta riviene dalla Cassazione Penale II sez. 12028/10. In questa sentenza oggetto della vertenza era l'imputazione di concorso in usura in riferimento a rapporti di conto relativi al periodo 1998 - 2003. Come si rileva in sentenza, il Gup aveva ritenuto integrato l'elemento obiettivo del reato di usura accertato utilizzando, dei quattro conteggi prospettati dal CTU, quello che includeva nel TEG la CMS, riscontrando tuttavia la carenza dell'elemento soggettivo, riconoscendo che i funzionari della banca avevano agito senza la coscienza e volontà di porre in essere una condotta usuraria. Nel ricorso in cassazione si denunciava la manifesta illogicità della sentenza che *'deriverebbe dal fatto che il giudice ha messo a confronto il tasso soglia (TEGM), indicato nel D.M. sulla base delle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia, alla cui formazione non concorre la CMS, con il TEG praticato dalla Banca di Roma, per il calcolo del quale il CTU ha tenuto conto della CMS. A parere dei ricorrenti, qualora si volesse includere la CMS nel calcolo del tasso soglia, ove lo si consideri un costo che deve essere preso in considerazione per la determinazione del tasso di interesse usurario, non si potrebbe prendere in considerazione un tasso soglia che sia stato concretamente determinato*

Anche la Banca d'Italia più recentemente, nonostante la posizione contraria assunta dalla Cassazione Penale, ha abbracciato il principio di omogeneità<sup>98</sup>, non dopo che l'ABF ne aveva assecondata la validità reiteratamente sostenuta dagli intermediari<sup>99</sup>: con la sentenza in esame si prefigurano i prodromi di uno spurio diritto vivente che vorrebbe riplasmare la norma di legge estendendo, all'occorrenza e senza interferenza alcuna, l'egemonia della Banca d'Italia dal settore del credito al presidio d'usura.

**Il riferimento specifico indicato dalla legge non è alla rilevazione statistica, né alle dieci edizioni delle Istruzioni della Banca d'Italia, che si sono succedute nel tempo, né tanto meno alle FAQ e Circolari: la legge fa espresso riferimento ai TEGM pubblicati dal MEF.** Come rileva De Poli<sup>100</sup>, il TEGM indicato dal Ministero competente, una volta che sia fatto oggetto di pubblicazione nella G.U., costituisce per il giudice pienamente ed esclusivamente il necessario ed unico *tertium comparationis*, secondo il menzionato autore *'il*

---

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

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

<sup>98</sup> Salvo a contraddirsi allo stesso tempo nella mora, per la quale giustifica l'esclusione dal TEGM per evitare un anomalo innalzamento del tasso soglia, pur condividendone l'assoggettamento alla disciplina dell'usura. Si configura una palese discrasia dell'Ordinamento, rimasta impregiudicata da vent'anni, la circostanza che la Banca d'Italia, ritenendo di ravvisare una carenza della norma, con un'esuberante leggerezza, si sostituisca al legislatore, disponendo d'iniziativa una CMS soglia e una Mora soglia, sulla base di criteri discosti e difforni dai principi ispiratori della legge.

<sup>99</sup> *"Tornando alla fisiologia dei mercati concorrenziali è da osservare che il criterio della soglia individuata di tempo in tempo mediante rilevazioni di mercato esige che i metodi di calcolo degli interessi convenzionali effettivi ed i metodi di rilevazione della media di mercato siano perfettamente coincidenti. Ogni anche piccola discrasia infatti si pone in contraddizione logica con la ratio della disciplina dell'usura. Del resto, la Banca d'Italia ha da tempo colto questo aspetto e perciò rende pubblici e quindi trasparenti i metodi mediante i quali perviene a calcolare i tassi medi rispetto alle diverse tipologie di credito, consentendo quindi di svolgere confronti perfettamente simmetrici con i tassi convenzionali effettivi previsti dai singoli contratti."* (Decisione n. 77/14 del Collegio di Coordinamento).

<sup>100</sup> Costo del denaro, commissioni di massimo scoperto ed usura, in Nuova giur. Civ. comm., 2008, UU, 53.

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'<sup>101</sup>. Pubblicata la soglia: 'l'ignoranza del tasso di usura da parte delle banche è priva di effetti e non può essere invocata quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale (art. 5 c.p.).' (Cassazione, II Sez. pen. n. 46669/11) e 'non è scusabile l'errore riferibile al calcolo dell'ammontare degli interessi usurari sulla base di quanto disposto dall'art. 644 cod. pen., trattandosi di interpretazione che,

---

<sup>101</sup> "Per chiarezza, va innanzitutto evidenziato che le Istruzioni della Banca d'Italia, di cui si discute nella presente causa, non sono dettate al fine di indicare in generale come debba essere conteggiato il TEG, ossia il tasso effettivo globale applicato dalla banca sulla singola operazione con il cliente, ma sono rivolte alle banche e agli operatori finanziari per rilevare il TEGM, ossia il tasso effettivo globale medio applicato per operazioni omogenee in un determinato periodo, sulla base del quale il competente Ministero dell'Economia e delle Finanze emana trimestralmente un decreto nel quale indica appunto il TEGM e il conseguente tasso soglia ai fini dell'usura.". La Corte - che nella circostanza era stata chiamata a valutare l'inclusione della polizza assicurativa nel calcolo del TEG, ritenuta non corretta in quanto elemento di disomogeneità con la determinazione del TEGM - ha osservato: "va rilevato che la usurarietà o meno di un TEG, da effettuarsi mediante il procedimento di comparazione con il tasso soglia di cui al D.M. relativo al periodo interessato, è strettamente ancorata ad un parametro di natura oggettiva, costituito appunto da quanto pubblicato con D.M. sulla Gazzetta Ufficiale; in altre parole **la norma integratrice della fattispecie penale di cui all'art. 644 c.p., con riflessi anche civilistici, è costituita dall'art. 2 della L. 108/96 e quest'ultima fa esclusivo riferimento al dato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale per il periodo di riferimento a cura del Ministero.** (...) il procedimento per pervenire alla fissazione del tasso soglia trimestrale con D.M. del Tesoro, non prevede l'automatica assunzione dei dati rilevati dalla Banca d'Italia, la quale ha funzione semplicemente consultiva al pari dell'U.I.C., ed inoltre stabilisce anche un correttivo, riferito al tasso ufficiale di sconto, per pervenire alla indicazione del tasso soglia. Non può dunque effettuarsi una automatica equiparazione fra le risultanze delle rilevazioni della Banca d'Italia e il TEGM, sia dal punto di vista formale, atteso che quest'ultimo è stabilito con D.M. del Tesoro solo 'sentita la Banca d'Italia', sia dal punto di vista sostanziale perché la norma prevede comunque ipotesi di correttivi da apportarsi dal ministero competente. Non può quindi ritenersi corretto il rilievo dell'appellante circa il fatto che la comparazione, ai fini dell'accertamento del superamento del tasso soglia, debba essere effettuata fra il TEG e il TEGM rilevato dalla Banca d'Italia; la comparazione va invece condotta fra il TEG e il tasso soglia fissato per il periodo indicato con D.M. pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, alla cui determinazione certo concorrono le rilevazioni della Banca d'Italia ma che non costituiscono esse stesse il 'secondo termine di paragone', con conseguente irrilevanza del loro eventuale illegittimo procedimento di formazione." La sentenza conclude: "In ogni caso l'integrazione dell'art. 644 c.p. - norma penale in bianco - non viene effettuata certamente, ai sensi della L. 108/1996, dalle Istruzioni della Banca d'Italia via via emanate nel tempo ma, per il tramite dell'art. 2 della citata legge, dalla rilevazione pubblicata trimestralmente sulla Gazzetta Ufficiale con D.M. del Ministero del Tesoro.". (Corte d'Appello Torino, 20/12/2013, Rel.: F. La Marca, Pres.: L. Grimaldi; Cfr. anche Trib. Pordenone, P. Toffolo, 7 marzo 2012, in il caso.it; Trib. Ferrara, Sangiuolo, 6/8/12 n. 1040; Trib. Taranto, G. Coccioli, 25/10/12, Trib. Padova 14/3/14 E. Bellavitis; Tribunale Brindisi 9/8/12, Tribunale Roma 23/1/14, Corte Appello Cagliari 26-31 marzo 2014).

*oltre ad essere nota all'ambiente del commercio, non presenta in sé particolari difficoltà' (Cassazione Penale 5/4/03 n. 36346).*

La legge assegna al MEF la determinazione del tasso medio di mercato e niente più: non sembra si possano rilevare aspetti contrari alla legge nella scelta della procedura di rilevazione, se questa è compiuta con adeguate metodologie statistiche. Le carenze di una rigorosa aderenza al principio di inclusione stabilito dall'art. 644 c.p. non possono, da sole, configurare un vizio dell'atto amministrativo. Né la semplice presunzione che le Istruzioni presentino gravi distorsioni, tali da inficiare irreparabilmente il valore del TEGM, può giustificare comportamenti che disattendono l'art. 644 c.p.: solo l'autorità giudiziaria competente può accertare tale circostanza che, per quanto espresso ad oggi, non è stata ravvisata. L'operato della Banca d'Italia, nel compito assegnatole dalla legge, trova il suo alveo di legittimità esclusivamente nei canoni statistici che presiedono la rilevazione di un valore medio di mercato, senza alcun vincolo di omogeneità che non sia coerente e funzionale ad una stima idonea a completare la norma penale: la pregnante rilevanza pubblica dell'atto ne impone, per altro verso, una stringente oggettività e trasparenza, tali da garantire e presidiare l'accostamento dell'operato ad una mera fotografia. Il valore del TEGM, fatto propri dal MEF con la pubblicazione trimestrale dei decreti, determina il contenuto concreto del precetto penale, completando, senza riserve, né tanto meno sindacato del giudice, la norma penale. L'art. 644 c.p. è norma penale in bianco ma, come riporta Astuni (Cfr. nota 53) *'soltanto nel senso che non può operare senza la pubblicazione in d.m. del TEGM da cui rilevare il tasso soglia'*. Solo *'Se tale procedura non venisse portata a termine, con la pubblicazione trimestrale dei Decreti del Ministero del Tesoro (attualmente dell'Economia e delle Finanze) portanti la rilevazione dei tassi globali medi, il reato non sarebbe punibile per la mancanza di un elemento essenziale, integrativo della condotta'*. (Cassazione Penale II sez. n. 12028/10).

La norma non riserva affatto *"compiti 'creativi' alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinario"* <sup>102</sup>. Sia il criterio di calcolo (rendimento effettivo annuo, TAEG) che il criterio di inclusione (tutti i costi, esclusi imposte e tasse), sono univocamente indicati dall'art. 644 c.p. Il D.M. del MEF, all'art. 3 comma 2, ha sopravanzato l'attribuzione affidatagli dalla legge (*rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio*) e gli operatori bancari hanno opportunisticamente ancorato i criteri di rispetto del presidio d'usura esclusivamente ai dettami posti dalla Banca d'Italia, preordinatamente laschi: la modalità di gestione della CMS nelle Istruzioni è, tra i tanti, l'aspetto più palese e macroscopico, ma altri significativi aspetti sono rinvenibili nelle altre spese, prime escluse e poi incluse, nella omessa annualizzazione di commissioni, oneri e spese, nella

---

<sup>102</sup> Cass. Pen. Sez. II, n. 20148/03.

proliferazione di categorie<sup>103</sup>, secondo criteri di omogeneità avvolti nella più assoluta opacità, nel trattamento preferenziale previsto dalle FAQ per le commissioni di istruttoria veloce, ed altre ancora<sup>104</sup>. La strategia tariffaria e di allocazione del credito degli intermediari bancari risulta sostanzialmente condizionata dai tassi soglia riscontrabili nelle diverse categorie individuate dalla Banca d'Italia<sup>105</sup>: emblematico è l'accentuato ricorso allo scoperto senza fido, assunto dalla Banca

---

<sup>103</sup> In diciotto anni di applicazione dei limiti d'usura, in plurimi interventi, è stato ampliato il numero di categorie e classi da 15 a 25, inducendo un significativo allentamento dei limiti d'usura. *'Più si segmenta il mercato del credito in distinte categorie più omogenee, più si riduce la variabilità all'interno della categoria e meno stringente risulta, per ciascuna categoria, lo spread posto pari al 25% più 4 punti percentuali. Da un punto di vista tecnico un allargamento del numero delle categorie risulta, in qualche misura, equivalente ad un ampliamento dello spread. (...) Se per le aperture di credito si prevede la partizione nelle classi di rischio A e B, ipotizzando un tasso medio originario della categoria pari al 6% al quale corrisponde un tasso medio del 4% per la partizione A e un tasso medio dell'8% per la partizione B, la soglia d'usura passerebbe dall'11,50% (6% + 1/4 di 6% + 4 punti) al 14% (8% + 1/4 di 8% + 4 punti), potendo l'intermediario bancario, nella sua discrezionalità, spostare agevolmente il credito dalla partizione A alla B. E' quello che si è fatto con lo scorporo, dalla categoria delle aperture di credito, di quelle prive di fido e quello che si prevede di introdurre con lo scorporo del credito extra-fido dal credito affidato. Con questi interventi la Banca d'Italia esercita un ruolo attivo nel diritto, un compito 'creativo' che le risulterebbe precluso. Avrebbe più senso e ragionevole sintonia con il principio di legge separare le aperture di credito garantite da quelle non garantite, per l'elemento oggettivo della garanzia che modifica la natura e il rischio del credito, oltre che l'onere a carico del cliente.'* (R. Marcelli, La soglia d'usura ha raggiunto un livello pari a 100 volte l'Euribor: il presidio di legge è un argine o una copertura?, 2014, in [www.assoctu.it](http://www.assoctu.it)).

<sup>104</sup> Nella più assoluta indifferenza della legge si è mantenuta sino al '09, una differenziazione fra i finanziamenti bancari e quelli delle finanziarie, consentendo tassi sino ad oltre il 40%; solo nel '09, dopo aver assistito ad una proliferazione di finanziarie di estrazione bancaria, la differenziazione è stata soppressa. E' oltremodo palese che tale carattere di differenziazione non risulta contemplato nella norma di legge, né può essere compreso nei margini tecnici di rilevazione assegnati all'organo amministrativo, né si ravvisano precetti che possano legittimare un diverso trattamento fra intermediari bancari e intermediari non bancari. Soprattutto il credito al consumo ha patito dalle finanziarie, per oltre tredici anni, costi pari ad oltre il doppio di quelli mediamente praticati dalle banche.

<sup>105</sup> La patologica proliferazione di commissioni, oneri e spese, a cui si è assistito negli ultimi quindici anni, è tutta riconducibile alla discrasia insita nella norma amministrativa che ha prevalso sulla norma di legge, discriminando, nella formula del TEG, gli interessi dalle altre competenze. 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 preconstituire margini di flessibilità, dei quali ha ampiamente abusato l'operatore bancario. Nel timore di coartare eccessivamente, con vincoli amministrativi, la funzione creditizia, si sono adottati criteri 'laschi' di rilevazione del TEG, condizionando – attraverso il forzato inserimento dell'art. 3, comma 2, dei decreti ministeriali – la verifica dell'usura prevista dall'art. 644 c.p. Ora, tali criteri verrebbero

d'Italia a categoria di credito, con tassi marcatamente elevati che appaiono più legalizzare che presidiare l'usura<sup>106</sup>.

Le scelte troppo spesso 'accomodanti' della Banca d'Italia hanno ingenerato comportamenti degli intermediari che, utilizzando il fianco offerto dall'assetto dato alle Categorie di credito, nonché da FAQ, Circolari e indicazioni poco coerenti con l'art. 644 c.p., hanno modificato in modo 'acconcio' l'assetto delle condizioni praticate, per rientrare formalmente nei parametri stabiliti dalle 'Istruzioni' e dalle 'interpretazioni' offerte dalle FAQ ed eludere o stemperare significativamente i limiti d'usura dell'art. 644.<sup>107</sup>

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

---

automaticamente riesumati con la sentenza in esame, attraverso uno stereotipo di omogeneità, riconducendo agli stessi l'essenza ermeneutica della norma.

<sup>106</sup> Anche in questa circostanza le 'Istruzioni', alle quali vengono accompagnate FAQ confuse e incongruenti, offrono una equivoca e opaca copertura e gli intermediari ne vengono cogliendo il lato opportunistico. La confusione della regolamentazione della Banca d'Italia, unendosi all'asimmetria informativa e alla dominanza dei contratti di adesione, crea spazi discrezionali di ampio raggio rimessi all'intermediario. In un mercato pressoché privo di concorrenza è l'intermediario che stabilisce la natura, le condizioni e la durata del credito. Se si rimette alla discrezionalità dell'intermediario la concessione del credito nella Categoria degli affidamenti o degli scoperti, si vengono a depotenziare in larga misura i vincoli d'usura. (Cfr.: R. Marcelli, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità*, in [assocctu.it](http://assocctu.it)). Una posizione parimenti molto critica sull'introduzione della Categoria degli 'Scoperti senza affidamento' è riportata in due recenti lavori di A.A. Dolmetta: *'Scoperti senza affidamento e usura'*, in Studi in onore del prof. Abbadessa, e *'Alle soglie dell'usura: tra apertura, sconfinamento e Scoperti senza affidamento'*, [il caso.it](http://il caso.it).

<sup>107</sup> *"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 ricalitrante Banca d'Italia a pubblicare in data 12/8/09 le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, nelle quali per la prima volta, differentemente dalle precedenti Istruzioni, la commissione di massimo scoperto (CMS) viene inclusa nel calcolo del TEGM. (...) Questa condotta equivoca e ingiustificata della Banca d'Italia e del Ministero del Tesoro, poi divenuto MEF, ha rappresentato per anni una palese violazione dell'art. 644 comma 4 c.p. e dell'art. 2 comma 1 della legge 108/96, leggi di rango primario, che non potevano essere derogate da atti amministrativi contenenti normativa di rango subordinato alla legge. Ha inoltre dato la stura a interpretazioni elusive del contenuto dispositivo del comma 3 dell'art. 644 c.p., oltre a giustificare in molti casi l'insussistenza del delitto di usura bancaria per mancanza dell'elemento psicologico del reato."* (Flavio Cusano, La relazione Banca cliente, Direkta, 2011).

*di legge*. Ora ci ha pensato la Cassazione ad assegnare valore costitutivo ai pronunciamenti della Banca d'Italia che, più che fotografie, appaiono prefigurare le opere di Botero.

A rinforzo della precarietà della tesi della valenza novativa attribuita alla legge n. 2/09 per l'esclusione della CMS dalla verifica dell'art. 655 c.p., la sentenza in esame aggiunge il tema dell'omogeneità del confronto, ricercandola, non tra il tasso praticato e il dettato dell'art. 644 c.p., bensì, invertendo il rapporto di confronto, ritenendo *'ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale'*. **L'espressione 'E' ragionevole che debba attendersi ...' è un assunto apodittico; il termine 'ragionevole', più che una motivazione, cela un pregiudizio.** Senza avanzare alcuna osservazione critica alle arbitrarie scelte adottate dalla Banca d'Italia nella rilevazione del TEGM, la Cassazione in parola osserva che il giudizio di usurarietà si basa sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto) e un dato astratto (il TEGM rilevato): da qui, scavalcando il dettato normativo, ritiene il raffronto viziato se non viene effettuato adoperando il medesimo algoritmo di inclusione e di calcolo adottato dalla Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM.

Ma la sentenza va oltre, affermando che quand'anche le Istruzioni fossero inficiate da carenze, il principio di omogeneità imporrebbe una nuova rilevazione del TEGM e, nell'impossibilità, l'inapplicabilità della legge. In altri termini secondo la Cassazione, il valore del TEGM pubblicato nei decreti del MEF, all'occorrenza non potrebbe essere utilizzato dal giudice il quale, per criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, *'sarebbe tenuto a procedere ad una nuova elaborazione del TEGM'*: l'assunto appare discostarsi apprezzabilmente dallo spirito della legge. Considerando che le Istruzioni hanno ricevuto dieci aggiornamenti che hanno di fatto ampliato il raggio di inclusione del TEGM, si potrebbe, a questo punto, sostenere irrimediabilmente sottostimate e quindi 'viziate' le precedenti rilevazioni del TEGM e quindi inapplicabile la legge<sup>108</sup>. Né si potrebbero privilegiare esclusivamente il principio di omogeneità applicato alla singola spesa; se, ad esempio, fossero stata, sin dall'origine, ricompresa tra gli oneri la CMS annualizzata, determinando un TEGM più alto, anche un'usura riveniente dall'esclusiva applicazione di interessi

---

<sup>108</sup> Se da un lato l'esclusione di alcuni oneri ha indotto una sottostima del TEGM, dall'altra la scelta, nella formula di calcolo, della media aritmetica in luogo di quella ponderata, ha condotto ad una stima del valore medio di mercato apprezzabilmente più elevata. Le classi di importo più basso, marcatamente più numerose, presentano ordinariamente tassi più alti e una maggiore incidenza delle spese fisse. Sul piano strettamente economico, il valore medio di mercato del costo del credito è espresso dalla media ponderata, che però presenta una maggiore complessità nella determinazione. La media semplice, che considera in pari misura il credito di importo minore e quello di importo maggiore, premia l'ordinarietà, nel senso di individuare il tasso ordinariamente praticato, a prescindere dall'importo. La media aritmetica ponderata poteva costituire una più corretta metodologia, che avrebbe maggiormente valorizzato l'importo relativo a ciascun credito, fornendo un valore medio di mercato apprezzabilmente più basso, con un effetto di calmiera più incidente per gli importi di credito più bassi.

avrebbe potuto non debordare più il nuovo valore del TEGM: l'intermediario che avesse applicato solo interessi avrebbe potuto gestire più accortamente il rispetto delle soglie<sup>109</sup>.

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

Con ciò l'omogeneità del confronto viene sospinta sino a stravolgere completamente il dettato normativo: con una contorsione ermeneutica si attribuisce alla CMS un'autonomia ed un'esclusione dal 'coacervo' dei costi, per configurarne una distinta soglia; senza operarne una menzione specifica, il criterio descritto dalla Cassazione n. 12965/16 riprende quello 'suggerito'<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Si cade in un banale errore ritenere che se un costo è incluso/escluso dalla rilevazione e contestualmente anche dalla verifica dell'usura, il presidio rimane immutato. Solo all'apparenza può risultare ragionevole ritenere che, con un rigido criterio di simmetria sia del calcolo che dei criteri di inclusione, un'eventuale distorsione del calcolo del TEGM, si rifletta in pari misura e in pari direzione nella verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. Se è pur vero che escludendo (CMS) o riducendo il rilievo degli oneri, nella rilevazione del TEGM e nella verifica, si abbassa sia il limite che le risultanze della verifica stessa, è altrettanto vero che l'algoritmo presta il fianco ad una libera discrezionalità di ampliare a dismisura l'onere escluso (CMS) o l'onere dal rilievo ridotto. Esattamente quello che si è verificato con la moltiplicazione delle CMS e la proliferazione di commissioni, oneri e spese. In funzione del diverso peso che hanno assunto le due frazioni del TEG e dell'esclusione di talune spese, gli intermediari hanno potuto accortamente aggiustare la propria politica tariffaria, per massimizzare i benefici economici rivenienti dalle criticità presenti nella determinazione del TEG. I bilanci degli intermediari bancari evidenziano, nel corso degli anni 2000, un progressivo spostamento dei ricavi dagli interessi in senso stretto alle commissioni ed oneri che in talune circostanze si sono ragguagliati a valori prossimi agli interessi stessi. La diffusa e marcata espansione di oneri e spese sino al provvedimento di legge n. 2/09 e alle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, ha spesso comportato un effettivo costo del credito (TAEG) marcatamente più elevato del TEG di segnalazione delle Istruzioni per la rilevazione del valore medio di mercato (TEGM). Se i comportamenti opportunistici degli intermediari fossero stati inizialmente tempestivamente censurati e sanzionati, non avremmo assistito ad una tale proliferazione di spese, oneri e CMS che hanno segnatamente condizionato il corretto svolgimento del mercato del credito e assorbito buona parte delle economie refluite dalla flessione dei tassi di interesse seguita all'introduzione dell'Euro.

<sup>110</sup> La metodologia è stata 'suggerita' dalla Banca d'Italia come valore indicativo ed orientativo, precisandosi – nella stessa nota – che rimaneva ferma la competenza esclusiva della magistratura nella valutazione dei casi concreti.

dalla Banca d'Italia nella Circolare del 2 dicembre 2005<sup>111</sup>; non si comprende se applicabile all'intero periodo (1997-2010), come risulterebbe dall'autonoma ed indipendente ricostruzione, o solo al periodo successivo alla menzionata Circolare del dicembre 2005, con completa esclusione per il periodo precedente.

**In una logica consequenziale e in analogia alla CMS soglia, anche per gli interessi di mora, dal principio di simmetria/omogeneità conseguirebbe l'esclusione dalla verifica dell'usura e/o l'applicazione della Mora soglia**, con l'adozione del criterio di confronto, suggerito a suo tempo dall'ABI e solo tardivamente fatto proprio dalla Banca d'Italia nella comunicazione del 3 luglio 2013, in palese contraddizione con il principio di unicità e onnicomprensività del tasso soglia<sup>112</sup>.

Con la 'creativa' sentenza della Cassazione si interverrebbe nel presidio all'usura riducendolo ad uno 'spezzatino' che sostanzialmente ne realizzerebbe una disapplicazione sino a tutto il 2010, riconducendolo, altresì, anche per il futuro, sotto l'egida discrezionale della Banca d'Italia.

##### **5. DOPO L'ENDORSEMENT DELLA CASSAZIONE 12965/16, CON LE NUOVE ISTRUZIONI EMANATE IL 29/7/16 LA BANCA D'ITALIA INSERISCE, ALLA 'CHETICHELLA', ULTERIORI FORME DI EGEMONIA DELLE SOGLIE D'USURA.**

Nelle nuove Istruzioni ' pubblicate il 29 luglio '16, la Banca d'Italia, nel prevedere ulteriori modifiche alla rilevazione del TEGM, ha raccolto l'*endorsement* della recente Cassazione n. 12965/16, stabilendo: *'Fino al 31 marzo '17, 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 pubblicate nella G. U. 200 del 29 agosto 2009'*.

Nelle FAQ (in vigore sino al III trimestre '16), divenute parte integrante delle Istruzioni, si continua a precisare: *'Per quanto riguarda le modalità di verifica del rispetto del limite delle soglie, gli oneri introdotti dalle nuove Istruzioni (del '09) vanno esclusi dal calcolo del TEG fino al 31 dicembre 2009.*

---

<sup>111</sup> La Circolare 2 dicembre '05 considera anche una maggiorazione del 50% della CMS, che la sentenza non risulta menzionare.

<sup>112</sup> La Banca d'Italia, nel perseverare – dopo la CMS soglia - il riferimento alla Mora soglia, ha già preannunciato l'aggiornamento della rilevazione campionaria del valore medio della mora applicato dagli intermediari creditizi.

Nel comunicato stampa del 29 luglio '16 si precisa ulteriormente: *'le disposizioni transitorie assicurano omogeneità di calcolo tra la metodologia adottata per determinare i tassi soglia e il controllo sulle condizioni applicate ai singoli casi.'*

Un palese eccesso di egemonia: **si dispone il periodo transitoria, sia per la rilevazione del TEGM, che per la verifica dell'art. 644 c.p., prevedendo, nel caso specifico, che sino al 31 marzo '17 l'usura dell'art. 644 c.p. sia accertata secondo i criteri delle Istruzioni '09, mentre successivamente occorra far riferimento alle Istruzioni '16.**

La Banca d'Italia continua pervicacemente a esondare dalla mera rilevazione statistica prevista dalla legge, dettando regole per il rispetto dell'art. 644 c.p., mutandole e prescrivendo, addirittura, il periodo transitorio di vigenza della regolamentazione precedente la modifica, trascurando il perentorio richiamo della Cassazione Penale (n. 46669/11) che ha già avuto modo di esprimere un severo apprezzamento delle Istruzioni, giudicandole, nella circostanza esaminata, un *'aggiramento della norma penale'*.<sup>113</sup>

Sconcerta come le scelte e le iniziative dell'Organo di Vigilanza trascinino la funzione consultiva assegnatagli in sede di rilevazione dalla legge 108/96. La Banca d'Italia sembra rimanere indifferente a dottrina e giurisprudenza, non ritenendo, per giunta, sussistere, né prima né dopo la legge n. 2/09, alcun dubbio ermeneutico o di altra natura nella verifica dell'art. 644

---

<sup>113</sup> 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 (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). 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 quasi vent'anni, palesano una mascherata resistenza all'applicazione di una norma non condivisa, attraverso 'Istruzioni' e chiarimenti interferenti con la norma, che vengono depotenziando il presidio di legge. 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 e corretta 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. **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.**

c.p., che possa indurre l'intermediario – come indicato dalla Cassazione Penale – a vagliare attentamente i comportamenti indicati nelle Istruzioni, nelle FAQ divenute documento organico delle Istruzioni stesse e, per le CMS e la mora, nelle Circolari e comunicazioni diffuse nel tempo<sup>114</sup>.

**Il principio di omogeneità e simmetria con i criteri dettati dalla Banca d'Italia, avanzato dall'ABF e fatto proprio dalla recente Cassazione 12965/16, è stato prontamente mutuato nelle nuove Istruzioni. Recependo tale principio, sia per il passato che per il futuro, la Banca d'Italia - dacché secondo la legge n. 108/96 è 'sentita' dal MEF per la rilevazione statistica del valore medio di mercato – viene ad assumere autonome iniziative, ergendosi a regolatore del presidio d'usura.** Il principio di omogeneità, esteso all'intero corpo delle nuove Istruzioni, si renderebbe applicabile, oltre che alla CMS, alla mora, alle altre spese, in particolare quelle di assicurazione, prima escluse e successivamente, con le 'Istruzioni' '09, incluse nel TEG, e ancora, per il criterio di calcolo che sino al '09 non prevedeva l'annualizzazione, poi prevista nelle 'Istruzioni' '09 solo per gli oneri e spese non occasionali, ma subito dopo modificata con le successive FAQ del '10 e nuovamente modificate nelle Istruzioni '16.

Se nella verifica dell'art. 644 c.p. si va appresso ai mutevoli 'umori' metodologici della Banca d'Italia, espressi, tempo per tempo, con dieci edizioni delle Istruzioni, quattro edizioni di FAQ integrative e rettificative (compresa quella che doveva entrare in vigore nel IV trimestre '16), nonché la Circolare 2/12/05 e le 'comunicazioni' del maggio e luglio '13, si introducono elementi di discrezionalità, intrisi di confusione, opacità e significative alterazioni dei dati rilevati<sup>115</sup>. Se poi, di

---

<sup>114</sup> *"Nell'interpretare le leggi le Autorità amministrative – quand'anche di prestigio grande, com'è nel caso della Banca d'Italia – hanno per definizione un ruolo subalterno nei confronti dell'Autorità giudiziaria. Secondo i principi del sistema, inoltre, la funzione nomofilattica risulta affidata alla Corte di Cassazione. Senza riserve di materie: già per questo motivo, dunque, le rilevazioni trimestrali dell'usura devono mostrarsi specchio fedele degli orientamenti consolidati di quella. D'altro canto, nell'ambito della normativa sull'usura al Ministero dell'Economia e alla Banca d'Italia non risulta affidato nessun potere secondario di specificazione dei precetti primari di legge (secondo quanto capita talvolta nell'ambito della normativa di protezione del cliente; così, ad esempio, nel caso dell'art. 117, comma 2, TUB). Come puntualmente ha osservato proprio il Supremo Collegio, **le rilevazioni trimestrali non hanno la funzione di produrre opinioni, bensì quella esclusiva di «fotografare» l'esistente.** Di rilevare il fatto storico dei tassi applicati dall'operatività, così; come pure di dare fotocopia alle consolidate letture che del dato normativo esprima la Corte di Cassazione."* (A. A. Dolmetta, A commento della Comunicazione Banca d'Italia 3/7/13: usura ed interessi moratori, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it), 8 luglio 2013).

<sup>115</sup> La formula del TEG, con il trattamento differenziato, dagli interessi, degli oneri e spese, conduce ad una palese edulcorazione della soglia, prontamente raccolta dagli intermediari nelle loro strategie tariffarie. Per la CMS – esclusa dal calcolo del TEG e, solo con la Circolare del dicembre '05, sottoposta ad una distinta e edulcorata verifica – la rilevazione trimestrale del valore medio presenta palesi incongruenze e 'manipolazioni' che rendono il dato pubblicato apprezzabilmente sopravvalutato.

concerto con il principio di omogeneità, oltre al valore del TEGM pubblicato in Gazzetta, si ergono le Istruzioni stesse con i relativi criteri di calcolo ed inclusione, ad atto integrativo di completamento del precetto penale, si apre un varco indefinito al principio di retroattività della norma più favorevole (art. 2, comma 3°, c.p.), potendosi sostenere l'estensione a ritroso del trattamento 'privilegiato' introdotto nelle nuove Istruzioni per i fidi scaduti e revocati.

Così operando, si stravolge la riserva di legge, si mina la tassatività e determinatezza della norma e si riduce, in definitiva, il presidio di legge ad una 'farsa'.

Con le nuove Istruzioni '16 la Banca d'Italia rimuove la distorsione creata con le precedenti FAQ nell'applicazione delle CIV (Cfr. nota 60 a pag. 44). Gli oneri eventuali, che siano occasionali o non continuativi, come logica finanziaria impone, vanno annualizzati: non vi sono argomentazioni tecniche o di altra natura che possano sottrarre tali oneri dalla ragione annuale del costo del credito. Il ravvedimento della Banca d'Italia, rispetto alle precedenti Istruzioni del '09 e alla rivisitazione delle FAQ del '10, non può trascinare una deroga dal principio di annualizzazione nella verifica dell'art. 644 c.p. sino al prossimo 31 marzo '17. La CIV, come ogni altro onere e come gli interessi, vanno considerati in ragione annua: lo prescrive 'la norma' richiamando l'usuale misura impiegata in finanza per misurare il costo del credito. Il metro, definito nei manuali di finanza, non è un elastico, che lo si allarga e restringe discrezionalmente in funzione della natura dell'onere.

Rimossa, a partire dal prossimo 31 marzo '17, la discrasia delle CIV, colmando la carenza metodologica di calcolo delle Istruzioni per la rilevazione del TEGM, viene introdotta nel contempo, una modifica di pregnante rilievo negli affidamenti scaduti e revocati, che apre un nuovo e significativo varco nei margini elusivi delle soglie d'usura<sup>116</sup>. Si predispone una via traversa, privilegiata e surrogatoria dell'applicazione della mora nei rapporti di conto, offrendo agli intermediari bancari una dominio contrattuale senza precedenti.

---

<sup>116</sup> Il credito in conto è una tipica fonte di finanziamento del sistema imprenditoriale italiano, tra le più onerose e le più precarie, quando assume la forma 'a revoca'<sup>116</sup>. E' un'anomalia tutta italiana la circostanza che si finanzia spesso con credito a revoca ben oltre il capitale circolante. Nel finanziamento a revoca (a tempo indeterminato) l'intermediario assume un rischio a breve che, in un costante monitoraggio, viene sistematicamente prorogato nel termine: in ogni momento può essere modificato il tasso o revocato l'affidamento. Il cliente non ha alcuna certezza contrattuale, né di tasso né di durata: pur pagando una commissione dello 0,50% trimestrale, non può pienamente confidare sulla futura disponibilità del credito. Lo squilibrio negoziale è massimo: le 'leve' del contratto sono rimesse nella completa discrezionalità dell'intermediario. In assenza di alternative, il cliente subisce il 'dettato' della banca, pur consapevole che difficilmente potrà rispettare i tempi di rientro imposti all'atto della revoca del fido ed evitare, di riflesso, la segnalazione a tutto il sistema bancario. Al cliente non viene richiesto il distinto e puntuale pagamento degli interessi, che vengono invece automaticamente capitalizzati nel conto, erodendo il margine disponibile o sospingendo l'esposizione oltre il fido.

Nelle nuove Istruzioni '16 si riporta: *'il mancato rientro di un'apertura di credito scaduta o revocata dovrà essere segnalato, dalla data di scadenza o di revoca, tra i passaggi a debito dei conti non affidati'*, che corrisponde alla Categoria 1c degli 'scoperti di conto'.

Nelle precedenti Istruzioni '09 si prevedeva: *'Sono esclusi dalla rilevazione i rapporti che risultano revocati alla fine del trimestre di riferimento'* e si precisava nelle FAQ del novembre '10: *'In caso di estinzione del rapporto di finanziamento nel trimestre di segnalazione, la segnalazione dovrà essere effettuata nella categoria relativa al rapporto estinto e con riferimento all'ultimo fido accordato per la determinazione del TEG e della classe di importo (cfr. Istruzioni B4). Parimenti, andranno trattati i fidi scaduti anche quando il cliente non risulti rientrato dall'esposizione sia alla fine del trimestre di segnalazione, sia nei trimestri successivi fino all'eventuale esclusione dell'operazione ai sensi del paragrafo B.2 delle Istruzioni.'*

A presidio di legge invariato, la Banca d'Italia interviene nei criteri di classificazione del credito, spostando gli affidamenti scaduti, divenuti insoluti, dalla Categoria delle aperture di credito a quella degli scoperti senza affidamento ed introducendo nella rilevazione della Categoria 'Scoperti privi di fido' gli affidamenti revocati, prima esclusi dalla rilevazione.

Inserendo nella rilevazione statistica i fidi revocati, sintomatici di una palese patologia, si stravolge il principio di legge, falsando la 'fotografia' dell'ordinario costo medio del credito. Nell'attuale fase in cui perdura la crisi economica, l'aggregato interessato alla modifica assume una dimensione non trascurabile: con le nuove Istruzioni della Banca d'Italia, a partire dal prossimo aprile, le banche potranno elevare del 40% i tassi praticati alla clientela che non rimborsa il credito alla scadenza o non rientra tempestivamente alla revoca del fido! Inoltre, con l'immissione nella rilevazione di crediti deteriorati nella Categoria degli Scoperti privi di affidamento, si induce un significativo innalzamento della relativa soglia.

La variazione introdotta, non era riportata nel documento posto in consultazione, non risulta motivata, né richiesta nella consultazione, né tanto meno commentata nelle modifiche apportate al documento proposto nell'aprile del '15, né tanto meno risultano essere state poste in consultazione le relative FAQ. Queste ultime, nonostante siano divenute parte integrante delle Istruzioni, al momento non si conoscono: considerata l'espressa volontà di realizzare un unico documento organico, più che un'inclusione delle stesse nelle Istruzioni, risulterebbe realizzata una loro soppressione<sup>117</sup>. Nelle Istruzioni poste in consultazione nell'aprile del '15, al paragrafo B2

---

<sup>117</sup> Le nuove Istruzioni sono prive delle relative FAQ: quelle disponibili sono riferite alle precedenti Istruzioni. Nel resoconto della Consultazione, alla richiesta di includere le FAQ nelle Istruzioni, si rappresenta: *'Al fine di realizzare un unico documento organico tale richiesta è stata accolta e, nel processo di inclusione, si è proceduto a rendere coerenti le risposte ai quesiti con le modifiche apportate al testo delle Istruzioni e con le novità normative. Non sono state incluse le risposte non più valide o comunque superate'*. L'opacità regna sovrana: più che

(Operazioni escluse), venivano ricompresi, al punto 6) i finanziamenti revocati, mentre per quelli scaduti – in assenza di diversa indicazione – rimaneva invariata l'indicazione delle FAQ, che prevedeva la segnalazione nella medesima Categoria dell'erogazione. Non si comprende quale rilevante mutamento del mercato, o quali ripensamenti, nella stesura definitiva delle Istruzioni abbiano indotto la Banca d'Italia, a ricomprendere 'alla chetichella' nella rilevazione i crediti scaduti o revocati. Nell'analisi di impatto della regolamentazione, si analizzano i riflessi derivanti dalla scelta di escludere le operazioni di microcredito previste dalle disposizioni attuative dell'art. 111 del TUB (in quanto *'strutturalmente effettuate a tassi inferiori a quelli medi'*), ma non si avverte la necessità ed esigenza di dare conto delle motivazioni e dell'impatto, non certo trascurabili, che la modifica e l'inclusione nella rilevazione di crediti deteriorati apporta al valore del TEGM e, di riflesso, alla platea della clientela bancaria.

Si esercita una discrezionalità che esonda i limiti di legge: **tali opache modalità di operare ledono esigenze di trasparenza e di oggettività tecnica che imprescindibilmente si impongono ad un atto amministrativo non ordinario, di particolare interesse pubblico, per il rilievo che la rilevazione assume, sia nella determinazione della soglia d'usura, quale completamento di una norma penale 'in bianco', sia per i riflessi indotti nella strategia tariffaria degli intermediari.** Osserva G. Arena (Trasparenza amministrativa, in Enc. Giur., vol XXXI, 1995) che si tratta di operare un'attività che: *"se svolta in condizioni che non ne garantiscono l'imparzialità può dar luogo a pericolose distorsioni nella definizione del fine pubblico e nella disposizione del relativo assetto di interessi, con effetti dannosi per tutti i soggetti coinvolti, pubblici e privati"*. In quest'ottica assume una notevole importanza il principio della trasparenza che costituisce uno dei modi più efficienti per assicurare l'imparzialità dell'Amministrazione, ovvero bisogna: *"rendere visibile a tutti gli interessati il processo decisionale mediante il quale l'amministrazione dispone l'assetto degli interessi e definisce il fine pubblico nel caso concreto, perché la consapevolezza di essere potenzialmente osservati durante tale attività costituisce il miglior modo deterrente nei confronti di comportamenti scorretti"*. La Banca d'Italia non è esclusa da tale vaglio, né è prevista una concertazione con l'AGCM che possa assicurare un adeguato presidio alle esigenze di concorrenza e di tutela dell'utenza bancaria.

Si è altresì osservato: *'... è a tutti nota la posizione da tempo assunta in materia da parte della Corte costituzionale: oltre la determinazione della pena va riservata alla legge 'la sufficiente specificazione del fatto' ovvero la determinazione del 'contenuto politico essenziale' del divieto. Il rinvio ad un atto sub-legislativo (peraltro, preesistente) risulta in tale ottica conforme ai principi di riserva di legge e di determinatezza nella misura in cui non 'perduri la facoltà dell'amministrazione di mutare, sostituire o abrogare l'atto stesso' e sempre che*

---

di inclusione, risulta configurarsi la soppressione delle FAQ; le Istruzioni non includono nessuna risposta ai quesiti, né una nuova coerente edizione delle FAQ risulta al momento disponibile.

*consista nella pura e semplice attività di specificazione di meri elementi tecnici da effettuare sulla scorta dei criteri indicati dalla legge in modo preciso, così da non creare inammissibili 'incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito penale'* (R. Rampioni, La fattispecie di usura presunta nel crogiolo della pratica applicativa. Il 'nodo' della commissione di massimo scoperto mette a nudo il *non sense* della delega politica ad organi tecnici. Cassazione penale, 2012).

Dopo che la legge n. 2/09 ha posto un argine più stringente ai criteri di inclusione del TEG, l'egemonia della Banca d'Italia in materia di usura si viene riversando sulla composizione delle Categorie la cui individuazione – diversamente dagli oneri e spese da includere nella verifica – viene dalla legge rimessa direttamente all'Organo amministrativo. La modifica appare preordinata a tutelare esclusivamente gli intermediari: il passaggio dalla categoria delle aperture di credito alla Categoria degli scoperti senza affidamento alza marcatamente la soglia (dal 18% al 24%), consentendo margini di rialzo ben oltre il valore della mora ed esasperando ulteriormente l'asimmetria contrattuale nei rapporti bancari. Se si assurge a 'Categoria' uno stato del credito nella sua evoluzione patologica si scardina il fondamento stesso della norma. Innalzando l'asticella dal credito al manifestarsi dell'evento patologico, si accosta il riferimento del valore medio alla patologia, anziché contenere quest'ultima entro lo *spread* dal valore medio fisiologico.

L'introduzione, dal gennaio '10, della Categoria degli 'Scoperti senza affidamento', non appariva giustificata dalla natura e dimensione dell'aggregato di riferimento; risultava anacronistico prevedere un'apposita Categoria ricomprendente forme di credito che dovrebbero risultare di breve momento e di importo modesto, rispondenti ad esigenze occasionali ed imprevedute: una modesta Categoria di credito, di scarsa dimensione economica che tuttavia si è venuta ampliando accogliendo forme stabili di credito prive di affidamento.

Occorre al riguardo osservare che la regolamentazione del fido è pervasa da un'apprezzabile differenziazione: nelle FAQ e nelle 'Istruzioni' della Banca d'Italia si disciplina, il fido, il fido operativo nonché il 'fido interno' accordato al cliente, ma non formalizzato né comunicato: queste distinzioni sono pervase dalla più completa opacità<sup>118</sup>. Per lo scoperto senza

---

<sup>118</sup> *'Oltre che nella forma dell'espressione normativa, anche nel merito peraltro la sussistenza di una distinta categoria «scoperti senza affidamento», così come appare strutturata, lascia alquanto perplessi. E per più motivi: in somma tra loro, come pure presi in via singolare e separata. La censura va al di là, cioè, delle incertezze di conformazione interna della categoria che vengono consegnate dalle Autorità amministrative. (...) Per chiarezza va, peraltro, subito aggiunto che rimane oggettivamente oscura ed incerta, per vero, la specifica nozione di «fido» che – tra più varianti disponibili – il pensiero delle Autorità amministrative (intese, appunto, come fonte storica di formazione) abbia ritenuto di assumere in proposito. E così, se rientri nella categoria dell'apertura solo la concessione di fido che risponda in toto ai requisiti fissati dall'art. 117, comma 1, TUB (consegna compresa, nel caso); ovvero pure quella che semplicemente si appoggi sulla previsione di cui al comma 2 del medesimo articolo; o altresì quella che rinvii a un accordo esclusivamente verbale con il cliente, ovvero che vada ricompresa, inoltre, la concessione che è stata solo comunicata al cliente (per lettera, a voce,*

affidamento ricorrono frequentemente equivoche criticità: quando si protrae nel tempo con il consenso della banca viene a costituire un affidamento di fatto<sup>119</sup>. Rimane difficile riscontrare per tali forme di affidamento implicito una diversa natura che ne giustifichi un'apposita Categoria con soglie d'usura maggiorate.

Prima del '10 gli scoperti senza affidamento erano ricompresi nelle aperture di credito con una soglia, nella fascia di importo più basso, del 17% circa: con le modifiche ai criteri di rilevazione del TEG e lo scorporo in due distinte categorie, la soglia degli 'Scoperti senza affidamento' è balzata sino al 29,9%, marcando un divario di oltre il 50% dalla soglia prevista per i conti affidati (19,28%). Nei trimestri successivi i tassi degli 'Scoperti senza affidamento' si sono solo in parte ridimensionati mantenendo, rispetto ai tassi sugli affidamenti, un marcato divario, nell'ordine del 40% ed oltre<sup>120</sup>.

---

...) o, ancora in addizione, quella proprio non esternalizzata, bensì regolarmente deliberata dai competenti organi della banca. (A.A. Dolmetta, "Scoperti senza affidamento" e usura, 2013, I Contratti).

<sup>119</sup> "Un conto è che lo sconfinamento si protragga nonostante le intervenute richieste di pagamento (che per l'appunto risulta esatto dal creditore) e i solleciti che, reiterati, la banca manda al cliente (nel prosieguo del tempo, pure attivandosi per il recupero forzoso del dovuto): in un simile contesto, la forma tecnica dell'operazione rimane inalterata, per quanto il debito non trovi estinzione. Un altro conto, e ben diverso, è che invece non si muova per nulla, che neppure vada a chiedere al cliente il saldo scoperto: così mostrando di non avere – essa, prima di ogni altro soggetto – interesse a ricevere nell'immediato la prestazione dovuta e di tollerare, e anzi di favorire, la persistenza attuale e il protrarsi futuro del debito da sconfinamento dell'obbligato. Un comportamento di questo tipo viene di fatto a produrre una situazione di stabilità del rapporto che, sotto il profilo sostanziale, risulta equiparabile – mi sembra di poter rilevare – a quella caratteristica dell'apertura di credito. In materia, insomma, si manifesta cosa determinante la ragione, come oggettivamente emergente dal comportamento tenuto dalla banca, per cui lo sconfinamento viene a prolungarsi, e a prolungarsi ancora, nel corso del tempo. In sostanza: un conto è che la situazione si imponga alla banca: un'altra è che sia proprio essa a deciderla". (A.A. Dolmetta, 'Scoperti senza affidamento e usura, op. cit.).

<sup>120</sup> Sull'introduzione nel '09 della nuova Categoria degli 'Scoperti senza affidamento' osservava A.A. Dolmetta: 'La previsione della categoria in questione, così come emerge dalle prescrizioni positivamente strutturate dall'Autorità amministrativa, risulta non conforme alla disposizione contenuta nell'art. 2 l. n. 108 del 1996. E in effetti, il criterio differenziale tra la categoria degli scoperti in quanto tale e quella dell'apertura viene a dipendere – secondo i termini di quanto si è appena riscontrato – non già da ragioni tecniche (che si fondino sul citato precetto di legge) bensì dalla scelta dell'operatività bancaria tra alternative (strutturalmente) equivalenti. E' un dato di fatto che, all'inizio del 2010, i tassi soglia degli scoperti senza affidamento – sino ad allora ancorato al riferimento dato dalle aperture – siano letteralmente esplosi: così, per i rapporti inferiori ai 5000€, il primo trimestre dell'anno segnala uno scarto di addirittura 10 punti percentuali, tra scoperto e aperture. Ed è arduo pensare che un simile effetto «esplosione» non rimonti – in termini di sua causa efficiente – all'intervento separatore a quell'epoca attivato dalle Autorità amministrative (così come preannunciato, del resto, nel corso

Con l'introduzione della nuova Categoria, ora allargata ai crediti insoluti, si viene sostanzialmente a creare una differenziazione, non in funzione del rischio associato alla natura del credito concesso, bensì in funzione del rischio di credito del cliente. Non si ravvisa alcuna distinta e significativa omogeneità che possa validare uno scorporo dalla Categoria delle Aperture di credito, sia degli scoperti privi di affidamento, sia dei crediti affidati scaduti. Un'apertura di credito scaduta o revocata, o concessa senza un formale fido, rimane un'apertura di credito anomala, che non può rientrare nella valutazione di un ordinario costo medio del credito, né tanto meno può andare a costituire un'apposita Categoria. Nella più completa discrezionalità, senza alcuna informazione né giustificazione, si modificano i principi stessi di rilevazione del TEGM: i crediti revocati, prima esclusi dalla rilevazione del costo medio fisiologico del credito, dal 31 marzo '17 saranno ricompresi nel TEGM. La distinzione per Categorie omogenee prevista dalla norma, è riferita alla natura oggettiva del rischio insito nella tipologia di credito, mai al rischio associato al cliente e/o all'iniziativa finanziata che, invece, deve essere compreso entro lo *spread* previsto dalla norma. Fra i vari criteri di omogeneità delle Categorie, la legge contempla il rischio, ma questo è da riferirsi alla tipologia di operazioni, non al merito del cliente rimesso alla libera valutazione dell'intermediario. E' questo un imprescindibile discrimine implicito nella '*classificazione delle operazioni per categorie omogenee*', disposto dalla legge 108/96.

La norma demanda al MEF il compito di rilevare il valore medio fisiologico del mercato per le ordinarie Categorie di credito, che funga da riferimento per stabilire il margine (*spread*) entro cui spesare la patologia. Né lo scoperto senza affidamento, né tanto meno i fidi scaduti o revocati, costituiscono una tipologia di credito ordinario. Se si ricomprendono nella determinazione del TEGM anche circostanze di patologia del credito, non avrebbe più senso il margine (25% + 4 punti) sul tasso medio di mercato. Questo serve a coprire i maggiori rischi prospettici rispetto al tasso medio, valutati inizialmente all'erogazione del finanziamento: non appare coerente con lo spirito della norma rincorrere il maggior rischio insorto successivamente all'erogazione, alzando l'asticella e ponendo ulteriori margini di variazione rispetto al maggior tasso necessario a coprirli. Per analogia, sarebbe come prevedere, in un contratto di assicurazione vita, un innalzamento del premio al verificarsi di una successiva grave malattia.

---

*dell'anno 2009). Sicché, in questa prospettiva potrebbe non sembrare improprio parlare, secondo un uso che parrebbe crescente, di "fissazione in via amministrativa di tassi bancari soglia". Tuttavia, in proposito neppure si può trascurare che – come si è appena visto – il detto intervento separatore si è venuto a muovere fuori dai parametri assegnati alla pubblica Amministrazione dalla legge antiusura (cfr. ancora una volta, l'art. 2). Resta ancora confermato, in definitiva, che la vigente legge anti usura non assegna alle Autorità amministrative altro compito se non quello di fotografare l'esistente; meglio, anzi, di fotografare non altro che l'esistente stabilito dal legislatore.' (A.A.Dolmetta, "Scoperti senza affidamento" e usura, 2013, I Contratti.).*

Nessuna motivazione è stata adottata dalla Banca d'Italia, che possa giustificare l'inclusione dei crediti scaduti ed insoluti negli Scoperti privi di fido e addirittura l'ingresso in rilevazione di crediti revocati prima esclusi, per i quali la patologia è conclamata<sup>121</sup>. La formazione di una Categoria informata essenzialmente al maggior rischio sopravvenuto, rimesso per di più alla discrezionalità dell'intermediario, appare oltremodo stridente con i principi stessi della legge.

L'intervento sulle Categorie si pone su un piano diverso dai criteri di inclusione nel TEG, in quanto rientra nelle scelte che la legge demanda esplicitamente al MEF. Mentre i criteri di inclusione trovano un formale e stringente presidio nello stesso art. 644 c.p., la determinazione delle Categorie, nei generici criteri di omogeneità dettati dalla norma, lasciano spazi di discrezionalità tecnica all'organo amministrativo, che tuttavia non possono non trovare un argine in principi di coerenza con la norma, sottoposti ad un trasparente vaglio di motivazione ed informazione. Non appare consono al rilievo sistemico che la modifica è suscettibile di apportare, sottrarla ad ogni forma di consultazione e di giustificazione, curandone un inserimento 'alla chetichella' nelle versioni definitive delle Istruzioni. Non è, infatti, ravvisabile alcuna illustrazione esplicativa da parte della Banca d'Italia: nel documento di consultazione non era previsto tale cambiamento e nel documento definitivo non si motiva alcunché. Una analoga strategia 'alla chetichella' era stata già adottata nel 2009 per gli Scoperti privi di fido, che non venivano menzionati nel documento di consultazione, né nel resoconto, né tanto meno nelle comunicazioni di commento e accompagnamento: solo con la pubblicazione delle soglie d'usura (G.U. 30 dicembre '09), in vigore per il I trimestre '10, si è avuta notizia che gli scoperti privi di fido, prima oggetto di 'separata evidenza' nelle Istruzioni, divenivano una Categoria autonoma. Successivamente, con il DM del 25/3/10, il MEF, nel richiamare il precedente DM del 23 settembre '09, integrava l'elenco delle Categorie introducendo gli 'Scoperti senza affidamento'<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> I nuovi e più rigorosi criteri di Basilea assegnano una gradazione di maggiore patologia al persistere dell'insolvenza alla scadenza e alla revoca.

<sup>122</sup> Il MEF, come previsto dalla norma, emana annualmente, ordinariamente nella seconda metà di settembre, l'elenco delle Categorie omogenee. Nel decreto 23/9/09 l'elenco delle Categorie non ricomprende lo 'Scoperto senza affidamento'. Nel decreto del 24/12/09 di pubblicazione delle soglie vigenti per il I trimestre '10, si richiama il proprio decreto del 23 settembre 2009, recante la *"classificazione delle operazioni creditizie per categorie omogenee ai fini della rilevazione dei tassi effettivi globali medi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari"*, ma si allega una Tabella dei TEGM che si discosta dalla richiamata classificazione, riportando, per la prima volta, tra le Categorie, anche lo Scoperto senza affidamento'. Nello stesso decreto si prevede altresì che *"La Banca d'Italia procede per il trimestre 1° ottobre '09 - 31 dicembre '09, alla rilevazione dei tassi effettivi globali medi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari con riferimento alle categorie di operazioni indicate nell'apposito decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze"*. La Banca d'Italia, nel predisporre la rilevazione del III trimestre '09, base della Tabella delle soglie vigenti al I trimestre '10, aveva autonomamente allargato la classificazione allo Scoperto senza affidamento, avvalendosi del dettato dell'art. 2 dei DM di

Con la menzionata modifica prevista per i fidi scaduti o revocati, gli elementi di criticità insiti nelle Istruzioni della banca d'Italia si estenderanno dai profili di omogeneità dei criteri di inclusione ai profili di scelta della Categoria di confronto. Gli intermediari troveranno conveniente avvalersi del principio di omogeneità e, classificato il credito nella diversa Categoria, applicare tassi sino al 24%, valutando di poco rilievo il contenzioso che verrà ad insorgere e confidando, per i risvolti penali, nella copertura offerta dalle Istruzioni, rafforzata ora dall'*endorsement* fornito dalla Cassazione n. 12965/16.

La confusione della regolamentazione della Banca d'Italia, unendosi all'asimmetria informativa e alla dominanza implicita nei contratti di adesione, crea spazi discrezionali di ampio raggio rimessi all'intermediario. Oltre a prevedere finanziamenti tramite scoperti privi di fido, in ogni momento la banca, con un brevissimo preavviso, può revocare il fido concesso, determinare di tal guisa una repentina criticità nella situazione di liquidità dell'operatore e, spostando il credito nella Categoria degli scoperti senza affidamento, nello stato di necessità dalla stessa creato, innalzare arbitrariamente il tasso praticato. In alternativa alla mora, attraverso l'addebito delle CIV o forzando l'utilizzo dell'art. 118 TUB, può innalzare il tasso sino a valori prossimi al 24%, ben superiori alla soglia dei crediti affidati (+40%) e allo *spread* che usualmente accompagna la mora. Il cliente, posto repentinamente nella impossibilità di ripianare il debito, segnalato alla Centrale dei Rischi e privato di soluzioni alternative, si trova a subire le condizioni imposte dalla banca.

L'apertura di credito, nelle varie forme ibride adottate dagli intermediari, è venuta assumendo una dimensione che esorbita le fisiologiche esigenze delle fluttuazioni del capitale circolante. Si viene assistendo ad uno scadimento delle forme tecniche di finanziamento e del processo di selezione del credito curato dall'intermediario: il finanziamento viene spesso rimesso più alla garanzia prestata che alla qualità dell'iniziativa finanziata. Non è infrequente la circostanza nella quale la banca si rende artefice dello stato di difficoltà finanziaria, erogando il finanziamento senza un'adeguata istruttoria del merito di credito e dell'investimento finanziato, per poi aggravare la situazione economico-finanziaria del cliente con tassi di interesse resi via via insostenibili<sup>123</sup>.

---

classificazione del credito che dispone: "La Banca d'Italia procede alla rilevazione dei dati avendo riguardo, ove necessario, per le categorie di cui all'art. 1, anche all'importo e alla durata del finanziamento, nonché alle garanzie e ai beneficiari in ragione del rischio". La discrasia è stata sanata solo successivamente con il DM del 25 marzo '10.

<sup>123</sup> L'intermediario non è un Monte dei Pegni, nel quale la garanzia esaurisce e assorbe completamente la scelta del finanziamento, senza alcuna condivisione delle sorti del prestatore. Nell'allocatione del credito l'intermediario, nei limiti propri al ruolo al quale è preposto, deve farsi carico della responsabilità e rischio dell'iniziativa imprenditoriale selezionata e finanziata: il piano industriale, il *know how* e la capacità imprenditoriale devono costituire le migliori condizioni di garanzia, di sviluppo e, conseguentemente, di ritorno economico. 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

Non risulta coerente con il principio di legge che un credito scaduto e non saldato possa essere automaticamente collocato in una Categoria con soglia d'usura più elevata, per le medesime riflessioni che si prospettano per il tasso di mora: non vi è alcuna nuova erogazione e la Categoria rimane quella iniziale della pattuizione. Al manifestarsi della patologia e soprattutto a discrezionalità dell'intermediario, si alzerebbe l'asticella effettuando un cambio di soglia: per questa via si disattende la funzione assegnata dalla legge 108/96, più propriamente si smantella il presidio all'usura, consentendo, di fatto, indebiti e più elevati livelli di tasso che 'legalizzano' l'usura.

**La soglia d'usura dello scoperto di conto senza affidamento già si colloca in Italia – pur considerando la diversa base di riferimento – ben 10 punti sopra la soglia francese: 23,84% e 22,16% contro il 13,19% in Francia.<sup>124</sup> Con tali costi del credito**

---

all'impresa e se l'imprenditore possa sostenere l'impegno assunto, sia nel costo corrente degli interessi, sia nel rimborso alla scadenza del finanziamento ricevuto. Il 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. *"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 trarre 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 da usi produttivi per far fronte al crescente debito degli interessi. Nella sua forma estrema tale pregiudizio si osserva nei finanziamenti usurari 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 il 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*).

<sup>124</sup> *... in questo settore normativo il tema dello scoperto senza affidamento viene a giocare un ruolo di primario rilievo. Perché tale figura propone una dimensione di carico economico assai elevata: che sta ai vertici della lista dei TEGM; a "combattere per il primato", meglio, con quello legato al credito revolving. E perché, inoltre, l'effettivo utilizzo della figura da parte delle banche si attesta su misure quantitative notevole e pare anche in crescita. Cosa, quest'ultima,*

**non si sostiene lo sviluppo, si conduce l'impresa al fallimento e il consumatore al sovraindebitamento.**

Occorrerà attendersi che, introducendo nella Categoria degli Scoperti privi di fido, le posizioni di maggiore criticità, prima escluse dalla rilevazione, si determinerà un innalzamento del tasso soglia su valori ancor più discosti da quelli di mercato. Inoltre la modifica introdotta offrirà agli intermediari lo spunto per prevedere, già direttamente in contratto, un tasso di mora prossimo al tasso soglia della Categoria degli Scoperti. Né è ravvisabile alcuna protezione della parte debole del contratto: il concetto di accordo pattizio nei contratti di adesione costituisce una sostanziale finzione, ancor più palese dei vestiti del re di Andersen.

E' aberrante che si consenta all'intermediario di praticare questi tassi e che, senza alcuna motivazione, prefigurando un'apposita Categoria per la patologia del credito, con un arbitrario e immotivato inserimento nella degli Scoperti privi di fido del credito risultato insoluto, si travalichi il principio di legge che fissa all'erogazione il presidio d'usura. Come per la mora, vale il principio richiamato dalla Cassazione n. 5286/00: *'il ritardo colpevole non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge'*.<sup>125</sup>

Gli interessi dovuti sul credito revocato si vengono a configurare, a tutti gli effetti, come interessi moratori e la creazione di una Categoria dove gli intermediari fanno confluire tale forma di patologia è un palese *escamotage* tecnico per introdurre una soglia più alta per gli interessi di mora nei rapporti di conto: ma non ha luogo alcuna erogazione, né il tasso di mora è una componente fisiologica del costo del credito.

Nei chiarimenti in materia di usura del 3/7/13, la Banca d'Italia precisava che gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG per evitare di considerare nella media operazioni con andamento anomalo; con la modifica introdotta, dal momento che il credito scaduto o revocato produce interessi di mora, si è creata un'apposita Categoria per l'anomalia. La legge non contempla una soglia per l'anomalia, al contrario la comprende e contiene entro la soglia stessa.

---

*che d'altra parte non sorprende: se l'allontanamento dello spettro della revocatoria fallimentare tende naturalmente a incentivare la pratica degli sconfinamenti (in genere e, comunque, a scapito dell'apertura di credito), la sussistenza di un tasso soglia di assoluta ragguardevolezza per un dato tipo di operazione è evento che di per sé stesso indirizza le banche a preferire l'uso di tale operazione rispetto alle altre (là dove possibile, s'intende)' (A.A.Dolmetta, "Scoperti senza affidamento" e usura, 2013, I Contratti.).*

<sup>125</sup> Come si è osservato, l'evento di morosità, quando non è imputabile ad occasionalità a priori imprevedibili, è riconducibile ad una valutazione fallace dei flussi di cassa da parte del cliente ma deriva altresì da una concessione di credito basata su una fallace istruttoria dell'intermediario, che ha stimato attendibile e capiente il *business plan* del cliente.

Il legislatore, come menzionato, nel ricomprendere entro la soglia d'usura gli interessi, commissioni e spese inerenti al credito, a qualunque titolo percepiti, non ha necessariamente disconosciuto la diversa funzione degli interessi di mora dagli interessi corrispettivi, né ha inteso precludere una penale nel caso di mancato pagamento: ha solo posto un limite superiore perentorio entro il quale ricomprendere ogni tipologia di provento, 'sotto qualsiasi forma', richiesto o 'promesso', certo o eventuale: anche la promessa di un compenso condizionato al verificarsi di un predeterminata eventualità, non può derogare da un divieto che il legislatore ha concepito in termini assoluti, estesi dall'azione all'intenzione<sup>126</sup>. La mora, come la penale, sono forme di proventi comunque promessi, ancorché eventuali: il rispetto del presidio di legge può essere conseguito con un'esplicita clausola di salvaguardia che riduca entro la soglia gli eventuali oneri aggiuntivi, senza per altro trascurare che una mora smisurata ed ingiustificata, ancorché prevista entro la soglia, può facilmente intervenire in circostanza nelle quali ricorrono le condizioni dell'usura concreta, sanzionata dal 3° comma dell'art. 644 c.p.

Se il tasso praticato dall'intermediario si colloca nell'intorno del valore medio di mercato, vi sono ampi margini per una maggiorazione della mora entro la soglia. Se, invece, il tasso praticato si colloca a ridosso della soglia d'usura, già sconta il rischio di insoluto alla scadenza; come già menzionato, l'intermediario non incontra ulteriori costi oltre quelli il cui rischio è già statisticamente coperto dal tasso corrispettivo più elevato. Nulla impedisce all'intermediario di limitare le iniziative finanziate entro un tasso corrispettivo che consenta altresì un'adeguata mora a presidio di comportamenti opportunistici di inadempimento alla scadenza.

---

<sup>126</sup> *'l'esclusione della mora (e direi anche dei crediti "difficili") si traduce anche in un effettivo "calmiere" del mercato creditizio, nella misura in cui evita l'inquinamento del TEGM con tassi (quasi per definizione) sopra la media che, se rilevati, porterebbero un aumento del TEGM e quindi, per il tramite dei coefficienti (1,5; 1,25 + 4 p.p.), del tasso soglia. Questa funzione di calmiera, rappresentata dall'esclusione della mora dalla rilevazione del TEGM, viene rivendicata dalla stessa Banca d'Italia che, tuttavia, si contraddice affermando subito dopo che per comparare grandezze omogenee, il TEGM deve essere incrementato di 2,1 p.p.. Al di là di ogni considerazione in merito alla patente inadeguatezza della rilevazione (fatta una tantum nel 2002, senza distinzione per classi di operazioni ecc.), è evidente anche a un profano che c'è un "calmiere" soltanto se il costo dell'inadempimento è una variabile dipendente dal costo normale del credito, ossia è contenuto nel "cuscinetto" compreso tra il TEGM e il TS. Assumendo invece che il costo dell'inadempimento sia separatamente rilevato e sommato al TEGM, senza alcun ancoraggio al "costo fisiologico del credito", è evidente che (non la singola banca, tenuta a praticare tassi non superiori del 50% o del 25% + 4 p.p. ma) il sistema bancario nel suo insieme potrebbe legittimamente elevare lo spread di mora (variabile ormai indipendente).'* (E. Astuni, *Relazione al convegno della Associazione Studi Bancari, Milano 27 ottobre 2015*).

Porre il credito insoluto in una diversa Categoria, con limite di soglia più alto, equivale ad addossare, una seconda volta, sul prenditore di fondi le conseguenze di quel rischio che l'intermediario ha già valutato statisticamente e speso nel tasso corrispettivo e di mora convenuti inizialmente entro la soglia stabilita all'erogazione: diversamente non avrebbe senso la ripartizione della clientela sulla base del merito di credito, distribuito in tassi che vanno dal minimo, prossimo al costo di raccolta, al massimo, posto sulla soglia.

Nel credito insoluto non si configura una diversa Categoria di credito ma un credito che si presenta deteriorato in un momento successivo all'erogazione. Non si ravvisa alcuna natura oggettiva della tipologia di credito diversa dallo scadimento del merito di credito: è paradossale che, lo scadimento del merito di credito rimesso alla valutazione dell'intermediario, costituisca l'occasione per alzare la soglia e legalizzare un tasso più alto. Alla mora non corrisponde alcuna erogazione, ma esclusivamente un cambiamento nel piano di rimborso, con un tasso diverso: si conviene, in altri termini, che il credito erogato possa seguire, entro i limiti e le modalità contrattualmente stabiliti, un diverso piano di ammortamento, protratto nel tempo dei pagamenti, nel quale, per una parte o tutto il capitale erogato, ai tassi corrispettivi seguono i tassi di mora. Alla banca non deriva alcun significativo documento, oltre quello già valutato e previsto statisticamente nelle condizioni contrattuali. Per i dieci clienti, ad esempio, che, risultando insolventi alla scadenza, aumenterà il rischio di recupero del dovuto, la copertura è offerta dagli altri novanta clienti che, posti nella stessa classe di merito, corrispondono la medesima maggiorazione delle condizioni contrattuali ma che al contrario risultano regolari nel pagamento alla scadenza.

Non si può confondere il deterioramento del merito di credito che accompagna il mancato pagamento con la valutazione del merito di credito, la tipologia dell'operazione e la relativa soglia, previste all'atto dell'erogazione. Allineando il tasso in essere al momento del passaggio nello scoperto, al tasso che l'intermediario valuterebbe necessario per coprire il maggior rischio di insolvenza, maturato in un momento successivo all'erogazione, si perviene a tassi inusuali, fuori dall'ordinario che appartengono alla sfera della patologia, esclusa dalla rilevazione del tasso medio di mercato. In qualunque ordinario processo di deterioramento del credito, se il tasso di interesse, atto a coprire il rischio di insolvenza, fosse modificabile in ogni momento per garantire l'equilibrio con il maggior rischio che si viene a manifestare gradualmente, assumerebbe, nelle circostanze descritte, una rapida crescita esponenziale senza limiti, sino a rivestire, esso stesso, un ruolo determinante nell'insolvenza del cliente. Questa perversa dinamica già si riscontra, con un'apprezzabile ricorrenza nell'apertura di credito, quando l'esposizione finanziaria del cliente viene sovraesposta nel breve termine, dove più agevolmente e frequentemente l'intermediario può intervenire con riposizionamenti delle condizioni contrattuali.

L'usura si radica nel momento del bisogno: nel passaggio dal fido scaduto o revocato nella Categoria dello Scoperto privo di fido – sia per le concrete modalità del fatto', sia per le condizioni

di difficoltà economica o finanziaria' – appaiono altresì ricorrere, nella circostanza di un mercato divario fra tasso corrispettivo e tasso di mora, le condizioni contemplate dall'art. 644 c.p., comma 3°, là dove stabilisce: "*Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque 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 operazioni similari richiamate dall'art. 644 c.p. non possono che essere riferite alla tipologia di credito posta in essere con l'accordo pattizio, non certo a quella 'posticcia' ideata dalla Banca d'Italia con la nuova Categoria degli Scoperti privi di fido. Per altro, al momento dell'insolvenza, di regola, il cliente non dispone di alternative che lo possano sottrarre all'eventuale decisione della banca di porlo nella diversa Categoria degli Scoperti privi di fido ed aumentare contestualmente il tasso sino al 24%. Ma con ciò, si pregiudica apprezzabilmente al cliente la possibilità stessa di trarsi fuori dallo stato di insolvenza; risultano ravvisarsi nella circostanza descritta gli elementi configuranti la fattispecie dell'art. 644 c.p., 3° comma.

La modifica introdotta nelle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, più che informarsi ad un non meglio definito e mai motivato criterio di omogeneità delle Categorie, appare segnatamente preordinata ad evitare ogni contestazione attinente la misura della mora nei rapporti di conto. Ridefinendo la Categoria degli Scoperti privi di fido, dove far confluire la patologia del credito, con una soglia marcatamente più alta, si offre all'intermediario un formale escamotage per superare ogni problematica di inclusione della mora nel rispetto delle soglie d'usura all'uopo innalzata.

L'AGCM, alla quale l'Ordinamento affida la salvaguardia del mercato, della concorrenza e della tutela del cliente, è rimasta esclusa dalle scelte operate nella definizione delle Categorie e nella rilevazione del TEGM che, tuttavia, riversano riflessi di significativo rilievo nelle strategie tariffarie e di allocazione del credito degli intermediari finanziari. Un tempestivo intervento dell'Antitrust, prima che le Istruzioni divengano operative, appare d'obbligo.

L'esperienza passata delle CMS, poste al di fuori del TEG, prontamente amplificata e diffusa a tutti i conti, mostra che ogni deviazione e 'smagliatura' offerte nelle 'Istruzioni' dalla Banca d'Italia, soprattutto nelle categorie più chiuse alla concorrenza, vengono opportunisticamente colte per ampliare il costo del credito. Se si introduce nel comparto del credito rivolto all'impresa una Categoria ancorché marginale, con tassi marcatamente elevati, è scontato il deflusso in tale Categoria dalle altre forme di credito. In un mercato pressoché privo di concorrenza è l'intermediario che stabilisce la natura, le condizioni, la durata del credito e, quindi, la Categoria.

La Banca d'Italia, di converso, protesa a salvaguardare la stabilità e patrimonializzazione dell'intermediario, sembra indifferente agli aspetti di problematicità che il fenomeno degli scoperti

solleva: attraverso la via traversa della modifica della Categoria degli Scoperti, con lo stereotipo dell'omogeneità e simmetria, si esercita un ruolo attivo nella gestione dell'usura, con un significativo intervento di ampliamento dei limiti di soglia per i fidi scaduti e revocati, rimasti insoluti, suscettibile di indurre pesanti riflessi sulla tutela del cliente, sulla concorrenza, sulla stessa efficienza allocativa del credito. La scelta espressa dalla Banca d'Italia prelude ad un ulteriore futuro passaggio regolamentare: nella Relazione sull'analisi d'impatto della Delibera CICR di attuazione dell'art. 117 bis, è stato auspicato l'allargamento della Categoria in parola alla componente extra-fido del credito affidato che ora viene ad acquisire una motivazione avvalorata dalle apprezzabili analogie di esigibilità e liquidità con il fido scaduto o revocato.

**Appare più che evidente che, se, da un lato, con scelte discrezionali, informate ad una marcata opacità e soggettività, si 'sfilaccia' in 25 tassi il rigore dell'art. 644 c.p.<sup>127</sup>, si orienta la composizione delle Categorie di credito, si indirizzano i criteri di inclusione e la stessa formula di misurazione del rendimento verso un assetto lasco ed elusivo del presidio penale e, dall'altro lato, si antepone il principio di omogeneità e simmetria delle Istruzioni ai principi di onnicomprensività, rigorosa misurazione e inderogabilità, disposti dall'art. 644 c.p., si sottrae determinatezza e tassatività alla norma penale, per condizionare i presidi d'usura a finalità discoste e diverse da quelle contemplate nella norma penale.**

Risulta improcrastinabile un ridimensionamento della presenza in tale materia della Banca d'Italia, con una riconduzione della funzione assolta nel ristretto ambito legale, circoscritto dalla legge 108/96. Appare altresì indispensabile la costante presenza ed attenzione dell'AGCM ad ogni circostanza che riverberi sul mercato del credito riflessi che pregiudicano gli equilibri dei rapporti, la concorrenza, i prezzi del credito e, in definitiva, lo stesso sviluppo economico.

Le pregnanti censure disposte dalla Suprema Corte Penale all'operato della Banca d'Italia (II Sez. Pen. n. 12028/10, II Sez. Pen. n. 28743/10, II Sez. Pen. n. 46669/11) non hanno

---

<sup>127</sup> Un tasso soglia unico per l'intero universo avrebbe richiesto uno *spread* sul tasso medio ben superiore, per non escludere forme diffuse di credito, inducendo un limite assai lasco per talune forme di credito e assai rigido per altre. La previsione di categorie (e classi di importo) omogenee, n. 25 al momento, ciascuna con un proprio tasso medio di riferimento, nel ridurre apprezzabilmente la dispersione intorno alla media, consente di comprendere entro lo *spread* disposto dalla legge 108/96 la fisiologica generalità delle operazioni della *Categoria*. Nel corso del 2010, prima dell'intervento modificativo operato dal legislatore con il D.L. n. 70/11, i Tassi Effettivi Globali Medi si distribuivano dal 2,68% per la *Categoria* dei mutui a tasso variabile, al 17,39% per le *categorie* del credito revolving, con un rapporto superiore a 1:6. Con l'allargamento dello *spread*, introdotto dal D.L. n. 70/11 – nonostante sia continuata la discesa dei tassi – questi ultimi, nei valori più bassi, sono lievitati sino ad oltre il doppio e il rapporto è sceso a 1:3.

precedenti e costituiscono un fermo richiamo al rispetto dei distinti ruoli e ambiti di competenza assegnati dalla legge. La recente sentenza della Cassazione Civ. n. 12965/16 appare, per converso, una voce dissonante, una scomposta reazione volta a suggellare l'operato della Banca d'Italia, ma che altera gli equilibri istituzionali e pregiudica lo stato di diritto.

Anziché censurare e rettificare la condotta, valutando le responsabilità e ripristinando, nei rapporti intercorsi, il corretto rispetto delle regole di legge, con la citata sentenza si tende ad obliterare il trascorso, implicitamente cancellando – alla stregua di un condono – quei comportamenti degli intermediari bancari che, ancorché in un dubbio ingiustificabile, hanno scelto di anteporre i propri profitti al rispetto delle regole.

La legge ha rimesso alla Banca d'Italia, attraverso il MEF, una mera rilevazione statistica, un compito di specifica e oggettiva professionalità tecnica, non ritenendo necessario, nella circostanza coinvolgere la concertazione con l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato; nelle pieghe della delega la Banca d'Italia, esorbitando la funzione assegnatale dalla norma, ha introdotto singolari e devianti modifiche che interferiscono apprezzabilmente con la gestione delle soglie d'usura. Senza alcuna mediazione nel trade-off fra stabilità dell'intermediario e presidio all'usura, una mera rilevazione statistica è stata indebitamente trasformata in uno strumento di indirizzamento del mercato del credito e di orientamento della politica tariffaria degli intermediari; risultano indotti pregnanti condizionamenti alla concorrenza e funzionalità del mercato, informati ad obiettivi diversi e discosti: i rapporti con la clientela, senza alcuna mediazione o temperamento, sono stati asserviti alla stabilità dell'intermediario.

Le palesi responsabilità della Banca d'Italia per le indebite ingerenze normative vengono arrecando un grave pregiudizio alla certezza dell'Ordinamento giuridico e al rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario. Risulta assente ogni temperamento e contro-bilanciamento dell'AGCM; il significativo ruolo svolto da questa Autorità negli ultimi anni dimostra lo stretto legame tra *enforcement* del diritto alla concorrenza, efficienza e competitività del mercato e tutela della clientela bancaria.

Le scelte, le indicazioni e le disposizioni della Banca d'Italia non sono immuni da responsabilità alla stregua di un qualunque organo della P.A., senza le deroghe e cautele previste per le Autorità indipendenti dalla l. 262/05 come modificata dal d.lgs. n. 303/06<sup>128</sup>. Il ruolo

---

<sup>128</sup> *Le nuove disposizioni in materia di giustizia amministrativa prevedono un particolare rito in materia di ricorsi contro gli atti delle Autorità indipendenti ( art. 4, legge 21 luglio 2000, n. 205), e la legge sul procedimento amministrativo demanda ai rispettivi ordinamenti la disciplina sul diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza ( art. 23, legge 8 agosto 1990 n. 241). In dottrina sono state operate delle distinzioni tra Autorità con poteri di garanzia di interessi afferenti all'ordinamento generale e di immediata derivazione costituzionale, che sono generalmente titolari di competenze esclusive; Autorità con prevalente regolazione di settori economici, che agiscono in concorrenza con il Governo; e autorità con*

assegnato alla Banca d'Italia, attraverso il MEF, dalla legge 108/96 non riveste alcuna connotazione di controllo ed è quindi escluso dall'ambito limitativo della responsabilità previsto dalla l. 262/05.

La limitazione della responsabilità nelle ipotesi previste dal d. lgs. 303/06 appare circoscritta alla diversa sfera della discrezionalità 'pura' attribuita alla Banca d'Italia esclusivamente nell'espletamento della funzione propriamente di controllo e vigilanza, coinvolgente 'valutazioni tecniche complesse', che si espongono a riesame solo in presenza di dolo o colpa grave.

Ben si comprende che l'attività di vigilanza propriamente istituzionale della Banca d'Italia comporti valutazioni di notevole complessità e giudizi prognostici ad alto tasso di discrezionalità tecnica, nonché in contemperamento di interessi diversi: stabilità del sistema, solidità degli intermediari, protezione dei depositanti: in questo ambito di discrezionalità 'pura' il sindacato giudiziale incontra necessariamente limiti e condizionamenti, ribaditi e precisati dalla legge 303/06: il comma 6 bis introdotto nell'art. 24 della l. n. 262/05 prevede infatti: '*nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP) e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave*'.

**Ma la funzione di Vigilanza propriamente assegnata dall'Ordinamento alla Banca d'Italia è un'attribuzione distinta e separata da quella che, per altro solo in via mediata, le deriva dalla legge 108/96; quest'ultima non assume alcuna connotazione di controllo, né può essere subordinata e piegata alle funzioni istituzionali di presidio all'attività creditizia. La rilevazione statistica del tasso medio di mercato, funzione**

---

*competenze tecnico - amministrative. La prima categoria comprende la Consob, la Banca d'Italia per alcune funzioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, in quanto dotata di poteri para-giurisdizionali, rappresenterebbe il modello puro. Il Governo nei confronti di queste autorità è sprovvisto di poteri di indirizzo anche se non è sempre estraneo alla nomina del vertice. La seconda categoria comprende l'Isvap e le autorità sui servizi di pubblica utilità, elettricità gas e telecomunicazioni. Nei confronti di esse il governo esercita funzioni di indirizzo di politica generale e di settore, oltre ad avere un ruolo nella nomina del vertice (previa sottoposizione delle designazioni effettuate dal Governo al parere delle Commissioni parlamentari competenti reso con maggioranza dei due terzi). La terza categoria comprende l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione e l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente, con funzioni di coordinamento o controllo tecnico in certi settori di intervento, e riconducibili al governo che esercita su di loro funzioni di indirizzo e vigilanza. Una collocazione differente riguarda il Garante per la protezione di dati personali e la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, entrambe volte a bilanciare diversi diritti costituzionalmente garantiti. (in Diritto&Diritti, dicembre 2003).*

**svolta dalla Banca d'Italia nell'ambito della legge 108/96, non si discosta da quella svolta da un qualsiasi organo della P.A., quale, ad esempio, l'ISTAT.**

Se da un lato il principio di separazione dei poteri, impedisce al giudice di sindacare le scelte operate dalla P.A., dall'altro in dottrina si è reiteratamente distinto e separato la discrezionalità propriamente amministrativa dalla discrezionalità tecnica<sup>129</sup>. Quest'ultima si

---

<sup>129</sup> *'La dottrina tradizionale ha per lungo tempo assimilato sul piano sostanziale la discrezionalità tecnica con la discrezionalità pura, assoggettandola agli stessi limiti e quindi ammettendo un sindacato del giudice amministrativo solo rispetto al profilo dell'eccesso di potere. Tale posizione ha trovato supporto nella giurisprudenza che, incerta sulla possibilità di consentire un sindacato pieno e sostitutivo delle valutazioni tecniche, lo ha limitato ai casi di dubbia ragionevolezza delle valutazioni effettuate. "Compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. In altri termini, le valutazioni compiute dall'Amministrazione in ordine all'anomalia dell'offerta costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o errori di fatto" (Cons. Stato, sez. IV, n. 3554/2004). Il sindacato del giudice amministrativo sarebbe dunque limitato ad un controllo estrinseco sulla motivazione del provvedimento amministrativo. In verità, mentre i fatti semplici erano ritenuti pacificamente sindacabili, in quanto l'applicazione di regole tecniche avrebbe determinato in questi casi soluzioni univoche, lo stesso non poteva dirsi per i fatti complessi. Il sindacato di legittimità sul fatto poteva dunque esercitarsi solo se la norma di riferimento era assolutamente chiara e precisa, anche se, in tal caso, più che di discrezionalità tecnica si sarebbe dovuto parlare di accertamento tecnico, diretto a verificare la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma per l'emanazione del provvedimento. Viceversa, nel caso in cui l'amministrazione ritenesse necessario compiere un'ulteriore valutazione sul dato accertato, il potere esercitato avrebbe avuto natura discrezionale e come tale sarebbe stato sindacabile solo sotto il profilo dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche. Tale riserva a favore dell'amministrazione presentava tuttavia profili di incostituzionalità rispetto al principio di effettività della tutela, il cui rispetto implica che non si possano escludere dal sindacato del giudice amministrativo valutazioni diverse da quelle legate alle scelte di "opportunità" della pubblica amministrazione. Da qui la necessità di un sindacato "intrinseco" del giudice amministrativo sugli atti discrezionali, al pari di quanto previsto per il giudice penale e quello contabile che, rispetto a provvedimenti sintomatici di una discrezionalità non pura, non si limitano a svolgere un sindacato esterno. L'applicazione più stringente del principio della piena tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ha determinato, a partire dagli anni Ottanta, un controllo più ampio sui giudizi tecnico-valutativi posti in essere dai pubblici poteri. Ciò al fine di consentire al giudice, in quanto peritus peritorum, una cognizione estesa al fatto e alla correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione nell'emanazione del provvedimento. A sostegno di tale tesi l'art. 16 della l. 205/2000 ha aggiunto al comma 1 dell'art. 44 del R.D. n. 1054/1924 le parole "ovvero disporre la consulenza tecnica". Viene così introdotto uno strumento processuale fondamentale per consentire al giudice di verificare l'attendibilità e la correttezza delle valutazioni tecniche e la cui assenza, in passato, ha costituito un solido argomento a sostegno dell'inammissibilità del sindacato intrinseco. (...) Una volta accertati i fatti e verificato l'iter logico-valutativo posto in essere dalla pubblica*

caratterizza per la cognizione e l'applicazione di discipline specialistiche e per l'assenza di scelte (in senso proprio). E' presente solo il momento cognitivo-valutativo, mai quello volitivo che, invece, viene definito dalla legge. Osserva A. Cariola: *'L'"ingresso" di saperi specialistici nell'amministrazione pubblica oggettivizza e limita la potestà amministrativa di decisione. Le competenze di ordine tecnico restringono l'ambito dell'apprezzamento di carattere politico-amministrativo'* (A. Cariola, Discrezionalità tecnica ed imparzialità, in Dir. Amm., 1997, pag. 469 ss). Riporta Molica: *'Tradizionalmente la discrezionalità tecnica e la discrezionalità pura venivano fatte rientrare nel c.d. merito amministrativo alla luce della c.d. "teoria assimilativa" o della "riserva di amministrazione". Secondo tale impostazione teorica, entrambe le forme di discrezionalità, importando l'esercizio di un potere - il quale a sua volta atterrebbe al merito del potere esecutivo - sarebbero riservate alla P.A., senza che al giudice sia concesso alcun margine di sindacabilità delle scelte operate, se non al prezzo di contravvenire al principio di separazione dei poteri. Orbene, mentre tale visione avrebbe affascinato la giurisprudenza per molto tempo, con echi ancora oggi ben percepibili, ciò non è accaduto in dottrina, dove ben presto si è affermata l'idea della alterità ontologica tra le due forme di discrezionalità. Il nucleo*

---

*amministrazione, sulla base di regole tecniche e di buona azione amministrativa, il giudice, se ritiene tali valutazioni corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve esprimere propri convincimenti o compiere autonome scelte. Non è consentito infatti all'autorità giudiziaria di sostituirsi ad un potere già esercitato, potendo questa "solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato". La consulenza tecnica disposta dal giudice serve dunque a porre in essere un controllo sulla ragionevolezza e sulla coerenza tecnica delle decisioni adottate dall'amministrazione. In questo caso "il giudice penetra nel momento conoscitivo dell'autorità e ne vaglia l'esito, ma solo allo scopo di accertarne l'attendibilità scientifica, arrestandosi di fronte alla sfera di opinabilità che sostanzia il nucleo forte del concetto giuridico indeterminato". La tesi del sindacato "debole" ha trovato pieno accoglimento da parte della giurisprudenza. Il Consiglio di Stato ha affermato, al riguardo, che "(...) al giudice non è certamente concesso un potere di sostituzione del proprio giudizio a quello dell'amministrazione (...). Ne segue, altresì, che il provvedimento deve reputarsi legittimo quando il giudizio tecnico (di applicazione del concetto giuridico indeterminato), anche a prescindere dalla intrinseca e sicura esattezza, è obiettivamente attendibile: ossia quando in una ragionevole percentuale di casi conduce ad un risultato corretto". Nello stesso senso, nella sentenza n. 829 del 27 febbraio 2006, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che "(...) la c.d. discrezionalità tecnica esprime un concetto diverso dal merito amministrativo e pertanto non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato da parte del giudice amministrativo atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo. Tuttavia la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve consistere nel controllo, ab externo, dell'esattezza e correttezza dei parametri della scienza utilizzata nel giudizio'. (Barbara Fenni, La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo, in diritto.it).*

*del ragionamento, in estrema sintesi, concerne la tipologia di valutazione che la P.A. è chiamata ad effettuare: nella discrezionalità amministrativa, la P.A. esprimerebbe un giudizio di valore, attraverso una manifestazione di volontà, frutto di un bilanciamento tra interesse pubblico primario affidato alla cura della medesima P.A. e interessi secondari, e caratterizzata dall'elemento dell'opportunità; nella discrezionalità tecnica, al contrario, la legge predeterminerebbe l'interesse oggetto di tutela, demandando alla P.A. di far ricorso ai canoni scientifici o tecnici non certi – cui la legge accorda rilevanza – per pervenire ad una scelta che appartiene al mondo dell'opinabilità. In altri termini, la discrezionalità tecnica altro non sarebbe che un potere basato sull'esame dei fatti o situazioni che, mediante l'utilizzo di nozioni tecniche anche extragiuridiche, consente di pervenire ad una soluzione opinabile, nel quadro di un interesse preordinato dalla legge che, giocoforza, circoscrive l'ampiezza dell'azione amministrativa. Rebus sic stantibus, mancando nella discrezionalità tecnica un vero e proprio giudizio che implichi il contemperamento di opposti interessi, mancherebbe altresì qualsiasi forma di discrezionalità intesa quale esercizio di potere amministrativo e, pertanto, la riferita riserva d'amministrazione non avrebbe ragione d'essere.' (G. Molica, Sulla responsabilità civile delle autorità amministrative indipendenti, Giur. Comm.le, n. 2, 2016)*

Con la sentenza del Consiglio di Stato n. 601/99 per la prima volta si è ammesso la possibilità di un sindacato intrinseco sulle valutazioni tecniche della P.A.: *'il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed intrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo'.*

**Nello specifico ambito di disciplina del presidio all'usura il giudizio di responsabilità dipende esclusivamente dalle forme del suo esercizio legittimo, dalle finalità per le quali è conferito, dalla normativa di attribuzione di tale esercizio; senza trascurare le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della pubblica amministrazione deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità (Cass. 5883/91; Cass. 500/99). In tali circostanze non sembra che la Banca d'Italia possa trincerarsi dietro lo scudo della discrezionalità dei poteri istituzionali ad essa assegnati e che conseguentemente i giudici debbano escludere in modo generalizzato la tutela risarcitoria, se non addirittura la loro stessa giurisdizione.**

La Cassazione Penale n. 46669/11 ha puntualmente asseverato le difformi indicazioni della Banca d'Italia che 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'.* Nello stabilire l'illegittimità dello scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, la Cassazione ha

ribadito come, in termini generali *'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.)'*. Il principio è logicamente estensibile alla stessa Banca d'Italia, alla quale possono essere ascritti i riflessi economici che dalle difformi indicazioni possono essere derivati sia alla clientela che agli intermediari. In particolare la recente sentenza della Cassazione n. 12965/16, nel prevedere l'esclusione della CMS dal calcolo della verifica dell'art. 644 c.p. e l'applicazione del criterio indicato dalla Circolare 2/12/05 della Banca d'Italia, individua una soluzione diversa e più 'lasca' di quella che correttamente si sarebbe adottata con un atto amministrativo coerente e congruente con il disposto di legge<sup>130</sup>.

Diversa è la posizione delle Autorità indipendenti nell'esercizio proprio alla specifica funzione alle stesse assegnata dall'Ordinamento, che attribuisce una marcata autonomia ed indipendenza dal potere esecutivo, per l'elevato grado di competenza richiesto nel settore in cui operano. A presidio tuttavia di una 'deriva tecnocratica' della loro azione permane sempre un sindacato, anche penetrante, sulle loro determinazioni. E' rimasta sino ad oggi inesplorata la responsabilità del controllore autore mediato che ha indotto in errore. Si pone questa domanda V. Pacileo: *'Ma le eventuali colpe dei regolatori possono determinare un ristoro a favore dei risparmiatori che ne hanno subito le conseguenze? A certe condizioni la risposta è positiva. Infatti, il nostro ordinamento ha previsto con l'art. 6-bis della L. 262/2005, introdotto dall'art. 4 co. 3 lett. d) del D. Lgs. 303/2006, una responsabilità per dolo o colpa grave per gli atti compiuti dai componenti degli Organi di vigilanza, tra cui Banca d'Italia e Consob, e dai loro dipendenti, che*

---

<sup>130</sup> *'La valutazione della legittimità degli atti amministrativi (decreti ministeriali e circolari) posti in essere dai medesimi, non potrà essere sottratta al giudizio, sia pur incidentale ed alla conseguente possibile disapplicazione del giudice ordinario (27), sempre che gli stessi, come parrebbe, non abbiano a ritenersi espressione di mera discrezionalità tecnica. Invero in questo caso si porrebbe il problema, dell'ammissibilità a monte di un sindacato nel merito delle scelte della P.A., allorché siano operate sulla base di una discrezionalità tecnica, alla stessa dalla legge conferita, sia nel determinare il costo del credito sia, ancor prima, nel classificare le operazioni cc.dd. "omogenee". Il problema è di una complessità tale da non essere suscettibile di una compiuta trattazione in questa sede. Riteniamo però che al giudice ordinario non possano disconoscersi poteri di sindacato diversi e più ampi di quelli del giudice amministrativo, deputato istituzionalmente al controllo del potere pubblico. Conseguentemente la disapplicazione può trovare fondamento in qualsiasi vizio di legittimità, ma non può prendere spunto da valutazioni di merito istituzionalmente riservate all'amministrazione. La valutazione della legalità del provvedimento, ivi compreso il vizio dell'eccesso di potere che compete anche al giudice ordinario, ex se non comporta l'ammissibilità di un sindacato sull'opportunità del medesimo. Per l'effetto, ove si acceda alla tesi che si versi in ipotesi di discrezionalità tecnica, nessun intervento di disapplicativo in toto o parzialmente disapplicativo ed in parte correttivo potrebbe fare a nostro avviso il giudice ordinario, sostituendosi alla P.A., come suggerito invece da alcuni giudici di merito'.*(V. Farina, Clausa di salvaguardia, commissione di massimo scoperto e divieto delle usure, I contratti 11/2016).

*abbiano cagionato danni a terzi. La giurisprudenza ha riconosciuto che la domanda di risarcimento del danno proposta dai risparmiatori nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare è devoluta al giudice ordinario, anche in base al regime di riparto della giurisdizione introdotto dall'art. 7 della L. 21.7.2000 n. 205, il quale ha sostituito, fra l'altro, gli artt. 33 e 35 del D. Lgs. 31.3.98 n. 80. Invero, si è detto, i risparmiatori vantano una posizione di diritto soggettivo, che determina appunto l'accesso alla giurisdizione ordinaria, in quanto soggetti 'tutelati' dall'ordinamento; il che peraltro non escluderebbe in radice la giurisdizione amministrativa ove ricorresse un caso di giurisdizione esclusiva da tipizzare legislativamente. (Cass. SS.UU. 2.5.2003 n. 6719; Cass. SS.UU. 29.7.2005 n. 15916). (V. Pacileo, I derivati, Eutekne, 2015).*

## **6. CONCORRENZA E SOGLIE D'USURA, LA COPERTURA DELLA SENTENZA N. 12965/16.**

La sentenza in parola, che nei principi esposti sopravanza la tematica della CMS, sortirebbe un effetto in grado di stravolgere gli approdi giurisprudenziali sino ad oggi raggiunti; l'enunciato e il rilievo assegnato agli atti della Banca d'Italia la pongono in aperto contrasto con le precedenti pronunce della Cassazione.

Rimane impraticabile ogni forma di riconciliazione con quanto espresso dalla Cassazione Penale che, in termini chiari e cristallini ha precisato come: *'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 usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo'*(Cassazione Penale II sez. n. 46669/11).<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Come illustrato nelle pagine precedenti, la CMS non risultava inizialmente un costo ordinariamente ricorrente nei rapporti di conto, tale da essere ricompresa nel calcolo del TEGM. Lo è divenuta solo successivamente, a seguito della singolare scelta di rilevazione 'a latere' adottato nelle Istruzioni della Banca d'Italia. Esclusa dal calcolo del TEG, posta al di fuori di ogni sistema di contingentamento e, per di più, nella speciosa costruzione del valore segnalato, costituente una 'falsa' rappresentazione dell'incidenza media sul credito, la CMS è cresciuta a dismisura, divenendo paradossalmente un'importante, ordinario e ricorrente costo del credito erogato in c/c: la diffusione e la dimensione assunta hanno, di riflesso, reso anacronistica la sua esclusione dal TEGM. Nel febbraio del '06, con l'ottava edizione delle Istruzioni, quando ormai la CMS aveva assunto, congiuntamente agli altri oneri di conto, un rilievo economico nei bilanci bancari talvolta prossimo a quello degli interessi, la Banca d'Italia non si è preoccupata

Aggiungendo 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.'* Ritenendo, altresì, che le Circolari e le stesse 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.'*

La recente sentenza della Cassazione n. 12965/16 si pone completamente fuori dal tracciato disegnato reiteratamente dalla Cassazione. Le motivazioni adottate dalla sentenza si risolvono in una forzatura ermeneutica che fornisce un *endorsement* alle scelte della Banca d'Italia preordinato a 'graziare' i danni arrecati dal sistema bancario ad una estesa platea di clienti in quasi vent'anni di applicazione della norma; si perviene al paradosso di giustificare l'esclusione della CMS dalla verifica dell'art. 644 c.p., affidandosi all'anacronistico e posticcio criterio della Banca d'Italia (mutuato sull'analogo algoritmo concepito precedentemente dall'ABI per la mora)<sup>132</sup>, elaborato

---

di includerla nel calcolo del TEGM, ma, nell'assoluta opacità della rilevazione statistica, ha predisposto una modifica della segnalazione 'a latere' che di fatto, alterando ulteriormente il sistema di computo del valore medio, ha predisposto le condizioni per assecondare - con un contorno para-normativo, assai 'lasco' nei limiti, prestato dalla Circolare del 2 dicembre '05 - i comportamenti elusivi degli intermediari bancari.

<sup>132</sup> 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. 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'esplicito 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. Tale costrutto verrà ripreso e proposto dalla Banca d'Italia per le Commissioni di Massimo Scoperto nella nota del 2/12/05 e, più

nella Circolare 2/12/05, privo del benché minimo sostegno tecnico, normativo, giurisprudenziale e dottrinale, dopo oltre otto anni dall'applicazione della legge 108/96, con una rimodulazione 'manipolata' della segnalazione statistica della CMS nelle Istruzioni '06<sup>133</sup>.

All'inconsistenza del percorso ermeneutico tracciato dalla sentenza, si accompagna un apodittico principio di omogeneità, suscettibile di indurre, in via di analogia, un'estesa edulcorazione del presidio d'usura e di sedare, in un sol colpo, l'ampio contenzioso presente e, con il riferimento affidato in via esclusiva, attraverso le Istruzioni, all'arbitrio della Banca d'Italia, mettere in prospettiva il bavaglio al presidio penale.

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

---

recentemente, fatto proprio e suggerito per la Mora soglia nella comunicazione del 3 luglio 2013.

<sup>133</sup> *'In questo modo la Banca d'Italia tenta di dar vita ad una artificiosa costruzione priva di qualunque fondamento legislativo, arrivando ad introdurre un criterio extra legem per il calcolo della CMS. La Banca d'Italia conclude dicendosi convinta che "Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "CMS soglia" sia inferiore al tale "margine" (differenza fra il tasso praticato e il massimo praticabile) è da ritenere che non si determini un supero delle soglie d'usura" (...) si introducono due nuovi criteri: la cd. "CMS - soglia" e il cd. margine di interessi che, peraltro, non hanno precedenti in alcuna norma di legge e che appaiono, pertanto, del tutto arbitrari. Si tratta di due concetti, in qualche modo connessi, almeno nelle intenzioni, al tasso soglia previsto di cui alla normativa anti-usura, ma non per questo a loro volta vevoli come il primo, che è espressamente fissato dalla legge. Per quanto riguarda la "CMS-soglia", si tratterebbe di una sorta di CMS - media praticabile dagli istituti bancari, la quale se aumentata della metà, ad una prima lettura dovrebbe, di per sé, superare la soglia di usurarietà della prestazione, mentre invece, secondo la stessa Banca d'Italia, "... l'usurarietà del rapporto va desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate", venendo a creare, in tal modo, un criterio del tutto estraneo alla disciplina dell'usura prevista dalla legge. Quanto al "margine di interesse" poi, e cioè quel dato - anch'esso privo di alcun riferimento normativo - ottenuto confrontando la CMS percepita in eccesso con l'ammontare degli interessi ulteriori rispetto a quelli praticati in concreto - che l'istituto di credito avrebbe potuto chiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti - si tratterebbe di una sorta di "zona franca" ulteriore rispetto alla CMS già percepita in eccesso, atta quindi a legittimare prassi bancarie non propriamente lecite e trasparenti per il correntista. Sarebbe un po' come ammettere che sebbene si superi la CMS-soglia, ancora la prestazione non è usuraria e non lo è nemmeno se si presume di poter richiedere un "non meglio specificato" margine di interesse, consentito a priori, in aggiunta ai "normali" costi connessi all'erogazione del credito.'* (P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, pag. 403, CEDAM, 2008).

Prontamente la Banca d'Italia ha raccolto l'*endorsement* e nelle Istruzioni emanate nel luglio '16 ha apportato modifiche di sostanziale rilievo, esplicitamente estese, dalla rilevazione del TEGM, alla verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. Il processo di edulcorazione del presidio di legge subisce un ulteriore marcato avanzamento: con i costi di raccolta nell'intorno dello zero, soglie d'usura poste sino al 24% costituiscono, in presenza di un'endemica assenza di concorrenza, più un tasso di riferimento e copertura legale dell'operato dell'intermediario che un presidio all'usura.

Se la pronuncia in parola avesse un seguito, lo strappo nell'ordinamento risulterebbe insanabile, costituendo, per la certezza del diritto, un precedente dai risvolti imprevedibili negli stessi equilibri istituzionali e di gerarchia dei rapporti. Appare palese che estendendo, anche alla verifica dell'art. 644 c.p., i criteri di calcolo ed inclusione delle 'Istruzioni', nelle mutevoli e speciose letture fornite nelle FAQ, Circolari e comunicazioni della Banca d'Italia, si viene a rimettere l'applicazione della legge *alla storica variabilità delle determinazioni degli atti dell'amministrazione (...) Il totale rinvio al regolamento od all'atto amministrativo subordinato, da parte della legge penale (...) nella persistenza del potere dell'amministrazione di modificare l'atto stesso, equivale a rinvio, da parte della legge, al potere subordinato ed è, pertanto, chiaramente violativo della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost.*<sup>134</sup>.

La sentenza esaminata, realizzando un sostanziale, e quasi esclusivo, rinvio all'atto amministrativo, sia per l'individuazione degli elementi essenziali del fatto tipico, sia per la valutazione delle condotte degli intermediari creditizi, risulta discostarsi dal principio costituzionale della riserva di legge in materia penale. La Cassazione (n. 20148/2003) aveva già avuto modo in passato di precisare che *'è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 644, co. 3 c.p. e 2 della Legge 108/96 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 soggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, determinerebbero una violazione del principio della riserva di legge in materia penale, in quanto ha ritenuto che la legge 108/96 fissa "limiti e criteri analitici e circoscritti al punto da rappresentare vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito di una 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. n. 333/91).

Non si sono ravvisati elementi di incostituzionalità nella norma, bensì si sono rilevate esuberanze egemoniche dell'organo amministrativo, che hanno, in più aspetti, marcatamente travalicato i compiti istituzionali allo stesso assegnati dalla legge. Forse un nuovo passaggio della Corte Costituzionale potrebbe riportare a ragione l'orientamento espresso fuori dal coro, oltre che dall'ordinamento, ripristinando il corretto ordine di subordinazione nel rapporto fra norma primaria

---

<sup>134</sup> Corte cost. n. 282/90.

e fonte amministrativa, fra i principi dell'ordinamento, la funzione di Vigilanza e il rigore dei presidi all'usura.

Le criticità dell'operato dell'organo amministrativo si pongono non solo nelle indebite esondazioni in tema di rispetto dell'art. 644 c.p., ma anche nell'estrema discrezionalità e opacità con le quali vengono pervicacemente gestiti i criteri di individuazione delle categorie omogenee e i criteri di costruzione del valore medio di mercato, che risultano preordinati ad eludere i rigori del presidio posto dalla legge. Soprattutto **nella circostanza di una 'norma tecnica autorizzata', che concorre indirettamente a completare la norma penale in bianco, la discrezionalità non può lasciare spazio ad un'indifferenziata creatività. La Cassazione, se da un lato ha avuto modo di riconoscere che l'intervento di 'fotografare' i tassi di mercato comunque 'postula delle scelte interpretative', dall'altra ha qualificato tali scelte entro 'rigorosi criteri tecnici' che, per il particolare rilievo pubblico ricoperto, devono altresì essere informati alla massima trasparenza.** D'altra parte il concetto di fotografia richiama direttamente l'automatismo implicito in una metodologia oggettiva, asseverata da ortodossi canoni statistici. I principi di tassatività e determinatezza rimangono esaustivamente attestati nella legge: nessuna interferenza, discrezionalità o creatività può essere rimessa alle scelte dell'Organo amministrativo, al di fuori di oggettivi criteri tecnici, offerti dalla scienza e usualmente praticati sul mercato. Il ricorso alle regole tecniche trova motivo nell'oggettività che ne costituisce in sé la spiegazione causale, dalla quale non è possibile discostarsi senza cadere nell'arbitrio<sup>135</sup>.

La determinazione del costo del credito è una e non presenta, in sé, alcun margine di incertezza, di interpretazione o di scelta: nella matematica non alberga l'opinione, la scienza è esatta. Diversamente la rilevazione del TEGM è una stima, soggetta ad un margine di attendibilità, che ne fornisce la misura dell'incertezza. Tra i modelli statistici di stima forniti dalla letteratura, si impone una scelta informata ad uno stringente rigore scientifico rivolto a cogliere – nel preciso senso di 'stimare' – il tasso che ordinariamente e fisiologicamente viene praticato per una determinata tipologia di credito. La scelta dei criteri investe sia le modalità di rilevazione, sia l'aggregato dei costi da considerare, sia i criteri matematici di sintesi dei dati raccolti, che devono essere oggettivamente funzionali all'obiettivo al quale è rivolta la rilevazione stessa. **La discrezionalità dell'organo amministrativo è compressa entro canoni oggettivi di**

---

<sup>135</sup> "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).

**scientificità, sino a divenire pressoché inesistente; in questo senso deve essere intesa la Cassazione del '03 quando precisa: *'nulla essendo lasciato a scelte di opportunità e a valutazioni non fondate su rigorosi criteri tecnici'*.**

La norma che regola l'usura è chiara, semplice, di immediata comprensione ed applicazione. La norma amministrativa, rivolta alla rilevazione di un dato statistico, risulta al contrario articolata in dettagli e specificazioni, volti a stimare compiutamente il dato fisiologico medio di mercato e che necessariamente mutano nel tempo per coglierne la dinamica evolutiva. **Le perplessità e le contraddizioni con il dettato normativo insorgono quando i criteri di calcolo ed inclusione della stima del TEGM – che la Banca d'Italia ha improntato ad un'opaca soggettività dalla quale traspare un manifesto impiego ad *usum Delphini* - vengono trasposti alla verifica dell'usura, ponendo una variegata casistica di fattispecie concrete nelle quali il TEG della Banca d'Italia risulta entro la soglia, mentre l'effettivo costo del credito, fornito dal tasso annuo effettivo (TAEG) indicato dalla legge, onnicomprensivo di ogni costo, si colloca, anche apprezzabilmente, al di sopra della soglia.** Il TAEG è l'unico, corretto metro, tradizionalmente impiegato dal mercato finanziario per misurare il costo del credito: ogni altro metro modifica discrezionalmente la valutazione del costo e nella distorsione introdotta si creano spazi dove si annida e, con immediata prontezza, si accumula l'elusione.

L'intermediario creditizio ha sempre subito, con malcelata ritrosia e opposizione, gli interventi normativi di regolamentazione dei rapporti, volti a tutelare il contraente debole. Come per l'anatocismo - altra criticità, considerata dalla Cassazione *"una forma, subdola, ma non socialmente meno dannosa delle altre, di usura"* (Cfr. Cass. 3479/71 e n. 1724/77) - gli interventi legislativi hanno incontrato, da parte dell'Organo di Vigilanza preposto a presidio della stabilità degli intermediari, nella disciplina subordinata di applicazione, pregnanti aspetti di esautorazione volti a mediare e temperare le ricadute economiche sui bilanci degli intermediari creditizi. Si è assistito ad atteggiamenti paternalistici della Banca d'Italia che, non dovendosi mediare con l'AGCM, appaiono unilateralmente asserviti a tutelare la funzione creditizia, e con essa l'intermediario bancario, dagli stringenti vincoli della normativa sull'usura.

In una giurisprudenza di legittimità, reiteratamente attestata su rigorosi principi di rispetto del presidio d'usura, la confusione e disordine, create e alimentate dalle ricorrenti posizioni 'di traverso' assunte dalla Banca d'Italia, ora avvalorate dai principi introdotti dalla recente sentenza della Cassazione civile n. 12965/16, lasciano trasparire una mal celata strategia volta ad esautorare e depotenziare e rimuovere il presidio penale posto dalla legge alla soglia dei tassi di interesse.

Appaiono evidenti le discrasie intrinse nelle argomentazioni della sentenza, secondo la quale, in definitiva, o si 'acconcia' l'art. 644 c.p. alle Istruzioni della Banca d'Italia o si rinuncia ad

applicare la legge. Si trae l'impressione che si persegua, per vie ermeneutiche traverse, non solo la legittimazione delle scelte poco commendevoli dell'organo amministrativo ma altresì la protezione di una paternalistica monarchia del credito da ogni ingerenza dell'Ordinamento della Repubblica.

All'indomani della legge 108/96, sopravanzando il disposto dell'art. 2 della legge, il MEF, in via autonoma, con il disposto dell'art. 3 dei D.M. di pubblicazione delle soglie, ha posto un riparo a protezione dell'egemonia delle Istruzioni della Banca d'Italia. Ma l'Ordinamento della Repubblica non contempla al proprio interno alcuna monarchia: come afferma E. Astuni, **'il giurista positivo non può che risolvere il dilemma prendendo atto che il nodo esiste e non può essere sciolto; deve essere invece tagliato d'autorità disapplicando, perché in violazione di legge, l'art. 3 d.m. nella parte in cui prescrive alle banche di verificare il TEG utilizzando le Istruzioni della Banca d'Italia'**.

Si è sostenuto che le Istruzioni – non certo la Circolare 2 dicembre '05 – lungi dal costituire meri atti interni, vengono recepite nei decreti ministeriali che integrano la portata precettiva della fattispecie incriminatrice, con la conseguenza che la loro disapplicazione rende inoperante il presidio di legge. Ma la disapplicazione della fonte secondaria, circoscritta al menzionato art. 3 del D.M., non previsto dalla legge e, per giunta, in contraddizione con la stessa, lascia del tutto impregiudicata la portata precettiva della norma.

**Con l'omogeneità dei diversi principi di calcolo e di inclusione, prospettata dall'anodina sentenza della Cassazione n. 12965/16, si verrebbe definitivamente a traslare riserva e tassatività dell'art. 644 c.p. nella riserva e tassatività delle 'Istruzioni', il cui ambito è invece ristretto dalla legge alla rilevazione del tasso medio di mercato.**

Come sostiene A. A. Dolmetta, **'il testo di legge andrebbe pure preso sul serio. Sul punto dei compensi, il comma 4 dell'art. 1 parla chiaro: si contano le "remunerazioni a qualsiasi titolo". Nonostante l'univocità di questo disposto, per anni e anni le rilevazioni hanno escluso la commissione di massimo scoperto (adesso defunta ex art. 117 bis TUB) dal conto. Ora, questa lettura "riduttiva" di un testo normativo non incerto ha finito, tra le altre cose, anche per incoraggiare una gestione non prudente da parte delle stesse imprese bancarie. Secondo quanto poi è stato sanzionato dai giudici della Corte di Cassazione (anche per il rilievo che in materia il compito dell'Autorità è solo di "fotografare" l'esistente, si veda, in specie, l'importante pronuncia di Cass. n. 262/10). Bisogna dire che, per la verità, per far cambiare idea alle rilevazioni trimestrali è occorso un apposito intervento di legge (art. 2 bis legge n. 2(2009).'**' (A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, 2013).

La delega affidata dalla legge 108/96 non consente alcuna discrezionalità creativa. Le Istruzioni, e tanto più le FAQ divenute parte integrante, sono pervase da una serie innumerevole di indicazioni di dettaglio che esprimono una discrezionalità tecnica, pervasa da una sospinta

soggettività, oltre che da palesi discrasie ed incongruenze. Se poi l'organo amministrativo viene ad esercitare, nella rilevazione del TEGM, commiste con valutazioni tecniche, anche scelte di mero indirizzo politico del credito, risulta stravolto il fondamento stesso della riserva di legge.

Se l'organo amministrativo ricopre funzioni diverse, con aspetti a volte complementari e a volte confliggenti e altresì, come in più sedi sostenuto, esprime una ferma contrarietà ad ogni forma amministrativa di controllo dei tassi del credito, si determinano significativi presupposti che possono orientare, condizionare e forzare i pur tenui margini di discrezionalità concessi dalla legge verso scelte operative di allentamento e esautorazione del disposto di legge, orientate a rafforzare la stabilità dell'intermediario, a scapito dell'equilibrio dei rapporti di credito, della funzionalità del mercato e della protezione del prenditore di credito. In tali circostanze, ancor prima di interventi volti a correggere e aggiustare la parte in bianco della norma, appare più funzionale e radicale pensare ad un organo amministrativo più indipendente, avulso da tali perniciose criticità: **l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, potrebbe sostituire, o quanto meno affiancare, la Banca d'Italia in tale delicata funzione.** Se, come espresso dalla Cassazione<sup>136</sup>, *'vengono in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto*

---

<sup>136</sup> La Suprema Corte di Cassazione così si è espressa nella sentenza n. 20148 del 18 marzo 2003: "(...) *E' noto come, a seguito della riforma del 1996, la fattispecie incriminatrice delineata dall'art. 644 c.p., sia stata caratterizzata dalla determinazione legale dell'interesse usurario e dal correlativo abbandono di quell'etereo parametro rappresentato dall'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, iscritto nella originaria struttura del reato quasi come un elemento indicatore di una condizione di "minorata difesa" sul piano economico atta a perturbare una effettiva libertà di autodeterminazione del soggetto; al tempo stesso, ne è risultata espunta, dalla ipotesi di base, l'altrettanto vaga nozione di condizione di "difficoltà economica o finanziaria" tipizzante la fattispecie di usura impropria di cui all'art. 644 bis c.p., aggiunto all'art. 11 quinquies, comma 2, del d.l. n. 306 del 1992 e poi abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Nella attuale formulazione, dunque, la eliminazione dell'estremo dell'abuso e della correlativa condizione dello stato di bisogno rappresenta indubbiamente l'aspetto di maggior risalto scaturito dalla riforma, posto che, agli effetti della rilevanza penale, ciò che conta è l'oggettivo superamento della soglia oltre la quale l'interesse o il vantaggio promesso o dato viene ad assumere – secondo una valutazione legale tipica – il carattere usurario. Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare l'evidente intento di delineare la disciplina della 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 della 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,*

*funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare dei mercati finanziari*, appare consono e funzionale estendere l'intervento dell'Autorità del Garante della Concorrenza e del Mercato, anche alla progettazione e realizzazione della procedura di rilevazione del TEGM che appare costituire, con i criteri di determinazione delle categorie e con i dettagli operativi, l'altra faccia della medaglia, che presiede le corretta applicazione delle soglie d'usura e presidia il corretto funzionamento di un mercato, affetto da un'endemica carenza di concorrenza. Non si può trascurare che le offerte di credito, nella natura, modalità, termini e condizioni, sono frequentemente determinate – come dimostrano le evidenze operative - sulla base dei margini operativi di remunerazione consentiti dalle Istruzioni, più che sulle esigenze e necessità del prenditore di fondi.

La tutela dell'utente bancario è risultata per lungo tempo trascurata. La Banca d'Italia 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 equilibrio dei rapporti fra intermediario e cliente. Nel corso degli anni 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: il mercato del credito è rimasto un asfittico simulacro, dominato dagli intermediari e privato di ogni forma di concorrenza e protezione<sup>137</sup>.

La legge del risparmio (n. 262/05) ha ridefinito e meglio qualificato gli ambiti di competenza delle Autorità di Vigilanza. La ripartizione per finalità delle competenze è coerente con la necessaria specializzazione propria a ciascuna Autorità. Il presidio all'usura posto dalla legge 108/06 sconta la commistione fra stabilità, trasparenza e concorrenza. Si tratta di ambiti di intervento diversi che richiedono *expertise* differenziate. **Il presidio all'usura è posto a protezione del corretto funzionamento del mercato; l'esclusione da tale ambito dell'AGCM ha significativamente squilibrato i rapporti bancari che, fortemente condizionati dai criteri disposti dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni, ispirati esclusivamente a privilegiare la stabilità dell'intermediario, patiscono una crescente asimmetria contrattuale che pregiudica sostanzialmente la funzionalità e**

---

*vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare gestione dei mercati finanziari”.*

<sup>137</sup> *“I valori della concorrenza sono stati offuscati lungamente dalla pervasività del valore della stabilità, legato intimamente con quello costituzionale della difesa del risparmio; solo con la legge n. 287 del '90 vi è stata l'emersione e la penetrazione dei primi. Dopo decenni di ingessamento, l'affermazione del carattere imprenditoriale dell'attività bancaria e la rimozione degli ostacoli alla concorrenza consentivano di porre le basi per lo sviluppo di competitività del sistema bancario.”.*(Frisullo, L'antitrust bancario fra stabilità e concorrenza, in Diritto delle banche e degli intermediari finanziari, a cura di Galanti, Padova, 2008).

**concorrenzialità del mercato.** Le rilevanti discrasie e incongruenze che caratterizzano l'assetto metodologico della rilevazione del TEGM rendono improcrastinabile una rivisitazione delle Istruzioni in un ambito di concertazione con l'AGCM. I pregnanti poteri che l'Ordinamento assegna all'AGCM lo pongono in condizione di acquisire la documentazione statistica delle rilevazioni e di intervenire, con particolare incidenza e professionalità, sia nella metodologia di rilevazione del TEGM, sia nell'affidabilità delle segnalazioni raccolte, preservando e tutelando la funzionalità del mercato e la posizione del cliente, nei delicati aspetti di conflitto e *trade-off* con la stabilità dell'intermediario.

Le Norme Bancarie Uniformi, a suo tempo adottate pressoché dalla totalità degli operatori bancari associati all'ABI, più che recepire prassi ed esigenze di mercato, hanno imposto vincoli e condizioni che, sedimentandosi nel tempo, hanno finito per determinare apparenti usi e consuetudini, ad esclusivo favore dell'operatore bancario, risultando di fatto impedita ogni forma alternativa di contratto<sup>138</sup>. Nonostante taluni interventi di censura curati negli anni passati dalla Banca d'Italia, le indicazioni uniformi suggerite nel tempo dall'ABI inducono ancora pregnanti elementi di uniformità nell'offerta del servizio e apprezzabili limitazioni alla concorrenza, risultando sostanzialmente coartata ogni forma di libertà negoziale dell'utente bancario.

Nei comportamenti in materia d'usura, sul piano civile assume rilievo discriminante il rapporto costi/benefici dove, per il primo termine del rapporto, il rilievo economico è assai modesto (spese di causa, sanzioni dell'Organo di Vigilanza, 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 e direttamente applicata in chiave opportunistica, ponendo mano nei conti della clientela; l'addebito di interessi, commissioni, 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<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> In un mercato pervaso da forti connotazioni oligopolistiche risulta frustrata la funzione di calmiera dei prezzi indotta dal mercato, i comportamenti rimangono informati ad una stringente logica di profitto e le sanzioni civili si rivelano inadeguate. Senza un fermo e rigoroso presidio penale ancor più aggressive risulterebbero le strategie di prezzi e tariffe imposte dagli intermediari.

<sup>139</sup> *Il fenomeno di norme di legge che, nell'indifferenza dell'Organo di controllo, vengono diffusamente disattese, si estende ben oltre il rispetto delle soglie d'usura. Nel repertorio del foro italiano, negli ultimi venti anni, risultano pubblicate non meno di 180 sentenze che, a vario titolo, hanno sancito la nullità di singole clausole contrattuali. Da rimarcare che nello stesso periodo considerato tutte le sentenze pubblicate in tema di nullità contrattuali sono circa 1300. E' del tutto evidente che un fenomeno così imponente giustifichi una riflessione unitaria tenendo presente che la nullità, proprio per il suo carattere estremo, volto a denegare gli effetti giuridici di un atto o di una pattuizione, dovrebbe avere un carattere residuale. Così non è stato*

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

Il legislatore del '96 ha posto limiti operativi e presidi penali ai tassi bancari di remunerazione del credito, ma grazie a provvedimenti amministrativi ad *usum Delphini*, si è potuto liberamente operare con forme surrogatorie di remunerazione, per lo più riconducibili alle Commissioni di Massimo Scoperto, oltre che ad una proliferazione, senza limiti di fantasia, di spese di dubbio contenuto funzionale: attraverso una mirata dispersione dei costi del credito, strumentalmente alleggeriti nel calcolo del TEG, sono stati ampiamente edulcorati i limiti d'usura.

Senza la concertazione e mediazione dell'AGCM, le indicazioni, spesso parziali e di favore, prospettate dalla Banca d'Italia, sono state rivolte a preservare la stabilità dell'intermediario da una rigorosa applicazione dei limiti d'usura, più che a curare una corretta rilevazione statistica del tasso medio di mercato. La parzialità è stata sospinta sino a determinare un paradossale divario fra l'effettivo costo del credito previsto dall'art. 644 c.p. (TAEG) e quello risultante dalla verifica di rispetto della soglia d'usura condotta secondo i criteri riportati nelle Istruzioni della Banca d'Italia (TEG).

La Banca d'Italia con le sue indicazioni, che esondano l'ambito proprio della funzione che solo indirettamente le viene assegnata, e che vengono supinamente recepite nei decreti del MEF, ha prestato agli intermediari forme di soccorso che si pongono in contraddizione con la legge 108/96 e le pronunce della Suprema Corte, contribuendo a creare quelle zone grigie che, prima delle sentenze della Cassazione Pen. II sez. n. 12028/10, n. 28743/10 e n. 46669/11, hanno seriamente pregiudicato la determinatezza e tassatività della norma: sino a tali pronunce, di fatto, buona fede e *favor rei* hanno arenato i procedimenti di accertamento d'usura. Gli stessi controlli di

---

*nel settore dei contratti bancari e dunque è forte il sospetto che la nullità abbia costituito un importante strumento "pedagogico", utilizzato volta a volta dal legislatore e dalla giurisprudenza, talvolta quest'ultima in concorrenza, in contrapposizione o al fine di stimolare lo stesso legislatore, per profondamente modificare il modus operandi delle banche, al fine di meglio tutelare i clienti ma certamente anche a fini di politica economica e di contenimento dei costi bancari. (...) Secondo A Gentili (I contratti in generale pag.1426 ) "...la comminatoria di nullità appresta un'eccezione forte contro il patto,... è un buon mezzo di governo dei flussi di mercato, perché i contratti in contrasto con la norma non diventano mai sicuri per il professionista, così dissuasivo.". Certamente non esiste in Italia settore economico come quello bancario che abbia subito interventi normativi e giurisprudenziali così copiosi e così incisivi, tali da mettere a repentaglio i conti economici, scatenando filoni di contenziosi sistemici'. (Pl. Oliva, Le commissioni di massimo scoperto, '09, in filodiritto.co)*

vigilanza, curati dagli ispettori della Banca d'Italia presso le banche, risultano di fatto edulcorati, risultando informati alle indicazioni dell'Istituto in luogo di quelle rivenienti dalla legge e precisati dalla Suprema Corte<sup>140</sup>.

Le scelte e le posizioni assunte dalla Banca d'Italia hanno esercitato un preordinato ruolo attivo nel diritto, un compito 'creativo' alla stessa precluso, dispiegando per quasi vent'anni un velo di opacità sui contenuti della norma penale e ponendo, in tal modo, una 'zeppa' all'ineludibile presupposto della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla chiarezza, riconoscibilità e tassatività del precetto penale<sup>141</sup>. In presenza di chiare e rigorose delimitazioni al costo del credito, le circostanze e i fatti che hanno caratterizzato l'impiego opportunistico della 'copertura' offerta dalla Istruzioni della Banca d'Italia, rendono paradossale il percorso di scusabilità prospettato dalla Cassazione n. 12965/16 che, esteso dal piano soggettivo del reato al piano oggettivo, lasci del tutto impregiudicati comportamenti in palese contrasto con il disposto di legge.

La concorrenza, con le riflesse sinergie di calmiera, è pressoché assente in buona parte delle categorie di credito. La marcata tensione a cogliere le opportunità di un mercato del credito affetto da un'endemica carenza di concorrenza, sospinge gli intermediari ad utilizzare, nelle pieghe normative, l'asimmetria contrattuale per massimizzare i profitti, valutando di esiguo rilievo, nel calcolo dei costi/benefici, i riflessi reputazionali e giudiziari dei comportamenti adottati<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Nella comunicazione del 3/7/13 la Banca d'Italia riporta: *'In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo.'*

<sup>141</sup> *"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).

<sup>142</sup> Il Governatore Draghi, in un articolo pubblicato sull'Osservatore Romano, a commento dell'Enciclica *Caritas in veritate*, così si esprimeva: *"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"*.

La domanda e l'offerta di risorse economiche sono governate da un lato dall'utilità marginale del prenditore e dall'altro dal costo della raccolta e gestione dell'offerente. **In un mercato concorrenziale, in assenza di vincoli e razionamenti, come per ogni prodotto, il tasso di equilibrio tende a 'schiacciarsi' sul costo del servizio mentre in un mercato imperfetto il tasso di equilibrio tende a 'schiacciarsi' sull'utilità marginale del prenditore<sup>143</sup>.**

Le gravi carenze di concorrenza nel settore del credito hanno consentito l'impiego indiscriminato di contratti di adesione nei quali l'intermediario stabilisce – in piena discrezionalità – tassi, modalità e termini di erogazione del credito. Attraverso un impiego diffuso dello *jus variandi*, 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. Nelle diverse finalità alle quali sono preposti Banca d'Italia e AGCM, ha prevalso la stabilità dell'intermediario, con palesi riflessi sulla funzionalità del mercato e soprattutto sul costo del credito.

La remunerazione del risparmio si è nel frattempo ridotta a valori esigui con scarsi benefici per le imprese alle quali, attraverso l'intermediazione bancaria, tale risparmio affluisce a costi marcatamente elevati. Sia il risparmiatore che il prenditore di fondi rimangono 'strozzati' da una forbice dei tassi segnatamente allargata da risvolti patologici. **Il costo del credito si colloca su livelli tra i più alti in Europa e viene a costituire per l'impresa nazionale un ulteriore sovraccarico economico, alla stregua di quello energetico e fiscale. I benefici dell'introduzione dell'Euro e la discesa dell'Euribor sono lunghi dall'essere rifluiti a**

---

<sup>143</sup> Sul piano tecnico-pratico l'intermediario, facendo riferimento al costo della provvista, stabilisce le condizioni di credito applicate in funzione dell'affidamento del cliente e del merito di credito dell'iniziativa che deve essere finanziata: i tassi praticati vengono così distribuiti in un arco di valori compresi fra un minimo prossimo all'Euribor ed un massimo pari alla soglia d'usura. Taluni intermediari hanno iniziato a prevedere, per il credito in conto corrente, sia esso apertura di credito, anticipazione o altro, un tasso variabile che, anziché essere collegato all'ordinario parametro di finanziamento praticato dal mercato, quale l'Euribor, viene riferito direttamente al tasso soglia, sottraendo a questo uno *spread* fisso in funzione del merito di credito del cliente. Il menzionato sistema di tariffazione lascia trasparire la scarsa concorrenza del mercato del credito e la significativa dominanza dell'operatore bancario nei finanziamenti in conto: anziché partire dal costo della raccolta e dagli oneri di copertura dei costi, per stabilire il proprio margine di intermediazione, si parte dal margine massimo praticabile per sottrarre la minore copertura del rischio che il cliente presenta rispetto allo standard. Da un punto di vista sistemico si può ravvisare in tali comportamenti quella che A.A. Dolmetta configura come *'una rendita da posizione (quale species facente parte del genus espressivo dell'approfittamento da posizione), le cui implicazioni reali vanno colte – pure questo è evidente – con riferimento non al singolo rapporto, bensì alla misura di serialità immessa col prodotto sul mercato'*.

**vantaggio delle piccole e medie imprese che costituiscono la parte prevalente del tessuto nazionale.<sup>144</sup>**

I dati armonizzati raccolti dalla BCE evidenziano solo parzialmente il divario dei tassi italiani rispetto agli altri paesi comunitari. Occorre altresì aggiungere che i dati armonizzati non esprimono l'esatta misura del carico di costi che subisce l'utilizzatore *retail* del credito, sia esso consumatore che piccolo imprenditore. Come riferisce il Governatore: *'il contenuto informativo riguardo alle condizioni praticate ai singoli debitori è parziale, poiché i tassi armonizzati sono calcolati come medie ponderate per gli importi, riguardano i soli prestiti non deteriorati e, per quasi tutte le tipologie di finanziamenti, sono calcolati al netto di commissioni ed oneri'*. Ben diverso è il costo del credito per la generalità degli operatori medio-piccoli, che trovano un più attendibile indicatore dalle statistiche rilevate dalla Banca d'Italia ai fini del contrasto all'usura. *'Vengono calcolate in questo caso medie semplici dei tassi di interesse, includendo anche i prestiti deteriorati, purché non in sofferenza, e le commissioni; possono pertanto risultare superiori, in alcuni casi in misura rilevante, rispetto ai tassi armonizzati'* (I. Visco, Giornata Mondiale del Risparmio, 2015)<sup>145</sup>.

**Con un'inflazione prossima allo zero ed un costo della raccolta sceso al di sotto dello zero il costo del credito è rimasto ai livelli precedenti l'introduzione dell'Euro: il TEGM delle aperture di credito in c/c (< € 5.000), che era attestato sul 12,05% nel '99, si posiziona oggi all'11,35% e per gli scoperti senza affidamento al 15,87%<sup>146</sup>.**

Per lungo tempo 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 di Vigilanza 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 in un mercato più libero si andrebbe a comprimere a tutto vantaggio degli utilizzatori: le banche beneficiano ancora di una

---

<sup>144</sup> Cfr. R. Marcelli. L'anatocismo, espunto dal Parlamento, riemerge nella Delibera CICR. Gli 'accorgimenti' della Banca d'Italia. Convegno ASSOCTU, Roma 12 ottobre '15, in [www.assoctu.it](http://www.assoctu.it)

<sup>145</sup> I dati del TEGM rilevati dalla Banca d'Italia risultano marcatamente superiori a quelli di una diversa rilevazione, riportata nel Bollettino statistico, riferita al TAEG, calcolato su un aggregato che esclude le esposizioni inferiori a € 30.000, il ventre 'molle' e 'allargato' del Paese dove si concentra numericamente la parte rilevante delle esposizioni creditizie più deboli. Anche da tale confronto appare emergere che la flessione dei tassi, conseguente all'ingresso dell'Euro, abbia riguardato, quasi esclusivamente, i crediti di più elevato importo.

<sup>146</sup> Le variazioni intervenute nella formula di calcolo e nell'enucleazione dalle aperture di credito degli scoperti, con effetti opposti, non appaiono suscettibili di modificare apprezzabilmente il confronto.

sorta di rendita di posizione attraverso un'articolata rete di impedimenti che, di fatto, ingessa il mercato, impedendo che si esplicino concorrenza e selezione.

**Di fronte a pervasive forme di oligopolio del credito, che minano significativamente ogni forma di concorrenza, la trasparenza, impiegata nei contratti di adesione, assume l'aspetto di un simulacro dietro il quale si celano diffuse forme di prevaricazione, estese dalla raccolta del risparmio all'impiego del credito.** Tale aspetto viene acutamente colto da Dolmetta: *"Per quanto l'opinione sia diffusa in letteratura, la trasparenza non si esaurisce nell'informazione. Intere tematiche della vigente normativa di trasparenza bancaria non risultano oggettivamente raccordabili con l'idea di un semplice flusso di notizie, pur orientato, che dal produttore va verso il cliente. Né le vanno dati – o riconosciuti – compiti sostitutivi: per dirla in breve, sapere che le uova sono marce non le fa diventare fresche. Pensare che una riduzione delle asimmetrie informative conduca a riequilibri, o a parità di forza delle posizioni è una mistificazione. L'informazione non rende in specie un'operazione equilibrata, posto se non altro che l'equilibrio è misura di rapporto oggettiva."* (A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*. Regole, Zanichelli, 2013).

Gli interventi della Banca d'Italia, in assenza di una significativa concertazione con l'AGCM, ispirati esclusivamente alla trasparenza e al principio di autoregolamentazione endogena del mercato, hanno impedito al mercato del credito di acquisire quei livelli di efficienza e concorrenza che possano esplicare effetti virtuosi di calmiera del costo del credito. La peculiare funzione di collegamento fra risparmio e sviluppo giustifica la speciale disciplina posta a protezione e tutela dell'attività bancaria, ma, al contempo, rende aberranti quei comportamenti che ostacolano e travisano la stessa funzione a cui è preposto l'intermediario bancario.

**Una funzione di primario interesse pubblico, come l'intermediazione del credito, non può essere rimessa al libero arbitrio di un mercato imperfetto, dove i criteri di *compliance*, nelle opacità del quadro giuridico, soggiacciono, fortemente condizionati, a valutazioni economiche di convenienza.** Si ritengono funzionali limitazioni amministrative al costo del credito nella misura in cui risulta carente un'efficiente concorrenza del mercato che possa temperare il prezzo di equilibrio dettato dall'offerta alla domanda. In attesa che il mercato si sviluppi esprimendo forme più mature ed efficienti di funzionamento, si è imposto, attraverso le soglie d'usura, un provvedimento legislativo di più rigida tutela e protezione del cliente, volto ad attenuare i risvolti di penalizzazione in una fase di criticità e debolezza del cliente<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> *'In un mercato che avesse le caratteristiche appena elencate, la letteratura economica dimostra invero che la funzione disciplinare che la pressione concorrenziale esercita sulle imprese spingerebbe queste ultime - pena l'esclusione dal mercato - a offrire alle loro controparti il miglior servizio che esse possano prestare, compatibilmente con la loro struttura*

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

Si possono condividere le perplessità sollevate sulle possibili distorsioni che una stringente limitazione ai tassi può indurre nell'allocazione del credito, ma, sino a quando il mercato non esprima un efficiente e maturo livello di concorrenza, consono a fungere da calmiera al costo del credito, **il presidio penale all'usura costituisce l'unico, valido argine alle prevaricazioni opportunistiche e all'egemonia della finanza sull'economia, in grado di stemperare gli elementi vessatori, più o meno velatamente impliciti nei contratti di adesione,** usualmente adottati nel mercato del credito, rivolto alla platea dei consumatori e dei piccoli imprenditori, per lo più ignari e, comunque, privi di vie alternative di finanziamento<sup>148</sup>.

---

*di costi. Un mercato in concorrenza perfetta è tuttavia solo una mera ipotesi, un paradigma astratto. Esso costituisce infatti un modello mediante il quale è possibile analizzare la realtà del mercato, scomponendolo nei suoi ingranaggi, e accertare la presenza di eventuali "fallimenti del mercato". Con questa locuzione gli economisti definiscono quelle situazioni in cui il funzionamento del mercato - vale a dire del coordinamento spontaneo delle decisioni individuali di produzione e consumo tramite il sistema dei prezzi - non conduce ad un'utilizzazione efficiente delle risorse e alla conseguente offerta del "miglior prodotto possibile". È appunto a fronte di fattori che determinano un "fallimento del mercato" che trova giustificazione, sul piano dell'efficienza, l'intervento correttivo del legislatore sulla forma o sul contenuto del contratto (i.e. dello scambio). Siffatto intervento può essere orientato, a seconda dei casi, al conseguimento di due distinti obiettivi.*

*a) Può essere diretto a favorire il libero e corretto operare della concorrenza, rimuovendo gli ostacoli che possono impedire il funzionamento del mercato in modo efficiente. È questo ad esempio il caso di quelle norme che mirano a colmare strutturale carenze informative di una delle parti del contratto imponendo sull'altra parte specifici obblighi di comunicazione.*

*b) Può, sul presupposto che non sussistano le condizioni strutturali per l'affermazione di un mercato concorrenziale ed efficiente, spingersi oltre e giungere a conformare il contenuto stesso dei contratti secondo quelle che si presume siano le condizioni alle quali lo scambio sarebbe avvenuto in un regime di concorrenza. In altri termini, il regolatore tenta di mimare la concorrenza lì dove essa non può operare, ad esempio determinando autoritativamente il prezzo massimo della fornitura del servizio.' (P. Ferro-Luzzi, Lezioni di Diritto Bancario, Vol. II, G. Giappichelli Editore, 2004).*

<sup>148</sup> Non si può, non di meno, rilevare la ritrosia ed imbarazzo che si incontra a calare nell'ambito bancario 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 scerverare una più corretta distinzione delle diverse fattispecie, senza rinunciare all'indispensabile presidio penale. Considerare separatamente i vincoli posti agli intermediari autorizzati come 'soglie al credito', distinte dalle soglie d'usura, che più

In presenza di vischiosità di mercato, forme di cartello e situazioni di oligopolio, che ostacolano la concorrenza, i tassi praticati dagli intermediari tendono a cogliere rendite di posizione, elevandosi oltre la copertura del rischio, sino ad erodere significativamente l'utilità marginale del prenditore di fondi. In tali circostanze la presenza di soglie d'usura limita l'aggressività opportunistica dell'intermediario che frequentemente è posto, nei confronti del prenditore dei fondi, in una posizione di dominanza. La soglia d'usura, quando applicata correttamente, costituisce un valido presidio a tutela del consumatore e della miriade di micro-imprese per le quali il credito bancario costituisce l'unica alternativa di finanziamento.

L'articolazione dei parametri previsti a presidio dei tassi praticati nelle specifiche categorie di credito, attentamente calibrati entro ampi limiti che consentono un corretto dispiegamento del mercato del credito, assume una significativa funzione surrogatoria di un'efficiente concorrenza, contrastando un drenaggio abusivo di risorse, non commisurate al costo del credito, con riflessi di immediata incidenza nello sviluppo produttivo e nell'equilibrio dei rapporti fra credito e consumo<sup>149</sup>.

**La presenza di limitazioni ai tassi di interesse è una pratica assai diffusa, realizzata attraverso modalità ed intensità alquanto diversificate che rispecchiano dappresso la sensibilità e cultura, l'organizzazione e lo sviluppo del mercato del credito nei vari paesi<sup>150</sup>.**

---

propriamente caratterizzano l'attività criminale, condotta in ambiti, modalità e circostanze del tutto dissimili. L'accostamento dei due fenomeni induce pensieri e pregiudizi che non possono essere avallati nell'ordinamento giuridico, da un'assimilazione terminologica. Una commistione dei due fenomeni si ritiene non giovi ad individuare gli accorti strumenti di prevenzione del primo, che non coincidono con gli strumenti di lotta del secondo.

<sup>149</sup> Il credito al consumo è divenuto uno strumento ampiamente utilizzato per fronteggiare i disallineamenti temporali fra le risorse disponibili e le esigenze che si presentano in maniera talvolta impreveduta. L'accesso ai servizi bancari è ormai divenuto una necessità sociale, risultando il conto bancario il crocevia dei rapporti intrattenuti fra i componenti l'aggregato sociale.

<sup>150</sup> *'it would be wrong to assume that in the market economies of the EU such price regulations are completely out of date. Indeed, a number of member states have introduced rate ceilings which cap the interest allowed in certain consumer credit contracts with regard to average market rates. Those are sometimes called usury ceiling with direct reference to the old principles of usury. Other rules reminiscent of old interest rate regulations can be found in the European legal orders like for example the interdiction of anatocism.'* (Udo Reifner, Michael Schroder, *Usury Laws*, BoD, 2012).

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

E' compito dell'AGCM, di concerto con la Banca d'Italia, stemperare le iniquità del mercato, abbattere le rendite di posizione e i costi parassitari, reprimere gli abusi di 'posizione dominante', presidiare la corretta ed efficiente concessione del credito, favorire un contorno regolamentare che penalizzi le inefficienze e accosti il prezzo del servizio al costo.

La patrimonializzazione dell'intermediario, da sola, non esaurisce la funzionalità del sistema: la stabilità e fiducia nell'intermediario si fondano nella trasparenza, imprescindibilmente congiunta all'equilibrio dei rapporti bancari, in un mercato posto in grado di liberare una funzionale azione di calmiera dei prezzi<sup>151</sup>. Questo é il compito congiuntamente assegnato all'AGCM, alla Consob e alla Banca centrale, ma l'interferenza esercitata autonomamente da quest'ultima con le Istruzioni nella verifica dell'usura esplica effetti di pregnante squilibrio e distorsione sul mercato del credito, pregiudicando sostanzialmente il corretto svolgimento del mercato stesso.

Appare *naïf* non scorgere nell'atto ultimo della Cassazione n.12965/16, presumibilmente non conclusivo, un processo di asservimento dei rapporti bancari alla stabilità del sistema bancario: i temi sviluppati nella sentenza coinvolgono risvolti economici di rilevanza sistemica.

**La persistente e diffusa disapplicazione del presidio d'usura solleva un ampio spettro di responsabilità che non possono essere trascurate, né lasciate mascherate nell'oblio che promana, con il decorso del tempo, da una giurisprudenza confusa e 'addomesticata': gli errori dell'organo amministrativo, i comportamenti opportunistici**

- 
- *From the perspective of the contractual interest rate itself there are three countries with an absolute ceiling in the tradition of usury, and this does not seem to have impact on the economy (Greece, Ireland and Malta).*
  - *Countries which use relative interest rate ceilings based on an average market rate, multiplied by a quota such as that applied in France of one-third, or based on a money market rate multiplied by four, as in Poland, have developed fairly new systems with a high degree of effectiveness (Belgium, Estonia, France, Germany, Italy, the Netherlands, Poland, Portugal, Slovakia, Spain Slovenia)."* (iff/ZEW (2010): Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project N. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim; submitted by Prof. Dr. Udo Refner, Sebastien Clerc-Renaud, RA Michael Knobloch).

<sup>151</sup> *"Per quanto l'opinione sia diffusa in letteratura, la trasparenza non si esaurisce nell'informazione. Intere tematiche della vigente normativa di trasparenza bancaria non risultano oggettivamente raccordabili con l'idea di un semplice flusso di notizie, pur orientato, che dal produttore va verso il cliente. Né le vanno dati – o riconosciuti – compiti sostitutivi: per dirla in breve, sapere che le uova sono marce non le fa diventare fresche. Pensare che una riduzione delle asimmetrie informative conduca a riequilibri, o a parità di forza delle posizioni è una mistificazione. L'informazione non rende in specie un'operazione equilibrata, posto se non altro che l'equilibrio è misura di rapporto oggettiva. Tanto meno l'informazione potrebbe surrogare l'adeguatezza: in un'ora non si diventa professionisti. E meno ancora l'informazione del cliente viene da sé a rendere diligente l'agire dell'impresa."* (A.A. Dolmetta, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, Zanichelli, 2013).

**degli operatori del credito, non possono essere riversati sulla generalità della platea bancaria.**

Si continua a perpetrare un reiterato e 'strategico' processo nel quale smagliature regolamentari e interpretazioni opportunistiche creano ampi varchi di elusione che, solo a distanza di anni, trovano correzione per il futuro, trascurando e dispensando il passato, mentre nuove smagliature e interpretazioni 'creative' aprono nuovi varchi di elusione. In un processo iterativo, senza soluzione di continuità, vengono perpetrati comportamenti elusivi e/o contrari alla norma, confidando negli impliciti 'condoni' che la giurisprudenza – in un'opera di contemperamento degli equilibri di sistema – tende ad elargire.

Se da un errore dell'organo amministrativo viene dagli intermediari colto lo spunto per ignorare opportunisticamente anche il semplice dubbio di disattendere il presidio di legge e drenare, in tal modo, cospicui oneri aggiuntivi dall'erogazione del credito, **risulta assurda una soluzione rimediabile che erga a legittimità l'atto amministrativo 'difforme' e lasci definitivamente compromesso il danno subito dall'ampia platea della clientela bancaria.**

L'intervento della Cassazione n. 12965/16 appare sinergicamente collocarsi nell'alveo di una rinnovata e pressante spinta conservativa, insorta dai precari equilibri di bilancio degli intermediari bancari, palesatisi più recentemente, e che induce nell'immediato ad arginare i deflussi rivenienti dall'abnorme mole di contenzioso ed – in uno con la recente ulteriore modifica dell'art. 120 TUB – a difendere, in assenza di concorrenza, la marcata asimmetria contrattuale che ancora perdura nei rapporti bancari<sup>152</sup>.

In forza della peculiare posizione di privilegio, offerta dalla dominanza contrattuale, l'operatore bancario è venuto occupando gli ampi spazi lasciati all'autonomia negoziale dal codice civile per imporre, nei contratti di adesione sottoposti alla clientela – tra le innumerevoli condizioni e vincoli - una commissione di massimo scoperto, senza alcuna indicazione causale né criterio di calcolo: un onere decorrelato dal tempo e calcolato esclusivamente sul massimo utilizzo del periodo di riferimento. **Sospinta sino a valori superiori all'1% trimestrale, per scoperti anche di un solo giorno valuta, l'iniquo balzello della CMS ha consentito di drenare, in quindici anni, in deroga al presidio d'usura, oltre 40 mil.di di euro. L'intervento dell'AGCM è risultato incisivo ma tardivo, pressoché contestuale alla legge n. 2/09.**

Come in precedenti fenomeni di *mala gestio* bancaria, la valutazione di convenienza costi-benefici chiude i conti della CMS a tutto vantaggio dell'intermediario bancario. La limitata porzione della clientela, che ha fatto ricorso alle vie giudiziarie per la restituzione di quanto indebitamente

---

<sup>152</sup> Cfr. 'Anatocismo e capitalizzazione. I promessi sposi sono convolti a nozze: con il nuovo art. 120 TUB si 'scardina' il presidio dell'art. 1283 c.c.', 2016, in assoctu.it.

prelevato, ha ottenuto generalmente il dovuto ristoro di quanto illecitamente addebitato, ma la parte prevalente dei rapporti è rimasta passivamente colpita dall'indebito prelievo di risorse economiche.

Dalla irrisolta funzionalità del mercato del credito e dalla pervicace resistenza a forme di concorrenza che possano, ancor più efficientemente dei presidi d'usura, calmierare il costo dei finanziamenti, affluisce annualmente ai bilanci bancari, in aggiunta alla media del costo del credito in Europa, l'equivalente di una manovra finanziaria, pari ad oltre l'1 % del PIL: una significativa mole di risorse che annualmente viene sistematicamente sottratta alle imprese e ai consumatori, penalizzati da tassi che, nell'ambito della copertura della soglia d'usura, ascendono sino al 24%; al confronto i costi della schiera indefinita di vertenze che, in termini seriali, vengono intasando i tribunali, costituisce pur sempre una componente assai modesta.

Dopo anni di fermo sostegno alla trasparenza, la Banca d'Italia ha da ultimo realizzato che questa non è un sufficiente ed esaustivo presidio alla correttezza dei comportamenti degli intermediari e all'efficienza del mercato, ma non si intravedono significative azioni e rimedi integrativi. La patologia dei comportamenti nei rapporti bancari di conto corrente, con la sua ampia diffusione e dimensione, palesa ambiti di illiceità nei quali l'Organo di Vigilanza è apparso restio ad intervenire nel prevenire, correggere e rimuovere tempestivamente comportamenti che dispiegano un ampio pregiudizio alla clientela bancaria, consumatori ed imprese. Nonostante il TUB (art. 5) assegni alla Banca d'Italia il compito di vigilare sulla *'sana e prudente gestione'* degli intermediari creditizi oltre che sull'*'osservanza delle disposizioni in materia creditizia'*<sup>153</sup>, la stessa

---

<sup>153</sup> In presenza di commissioni di scoperto di ammontare talvolta 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 concreti 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 del 3/7/13 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."* Il Direttore Generale della Banca d'Italia ha avuto modo di precisare: *"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*

sembra astenersi dall'intervenire e addirittura talora pare assecondare i menzionati comportamenti degli operatori bancari; si scorgono atteggiamenti di tutela, in odore di connivenza, che non paiono propri all'Organo di Vigilanza. Si è venuto creando un solco fra Istituto Centrale e società civile: il rapido deterioramento dell'immagine reputazionale dell'intermediario si è esteso all'Istituto Centrale i cui interventi non appaiono talvolta separati e distinti dall'Associazione di categoria<sup>154</sup>.

L'AGCM, rimasta esclusa da ogni forma di concertazione, non ha colto i riflessi di mercato che è venuta assumendo la regolamentazione di una semplice rilevazione statistica dei TEG, rivolta alla specifica finalità di individuazione del valore medio di mercato.

E' sintomatico di una corruzione di pensiero l'acceso dibattito - affetto da pregiudizi, da interessi di parte e da pretestuosa polemica - che si è formato, alimentato e trascinato per così lungo tempo, sull'art. 644 c.p., una norma dalla chiarezza cristallina. **Suscita indignazione la violenza all'ordinamento arrecata da comportamenti che, diffusi all'intero sistema bancario, hanno cinicamente, per così lungo tempo, disatteso una norma, per di più presidiata penalmente, nell'indifferenza dell'Organo di controllo e, di fronte ad una evidenza divenuta ormai plateale e non più eludibile, anziché individuare e sanzionare le responsabilità ristorando i danni, si addivene a sanare – prima penalmente, ora anche civilmente - i comportamenti illeciti pregressi, legittimando quegli stessi criteri di travisamento, posti in opera dalla Banca d'Italia, che hanno consentito di drenare indebitamente ai bilanci bancari una cospicua mole di risorse economiche, altrimenti rivolte a favorire consumi e sviluppo.**

---

*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 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 sembrano evidenziare che, al di là di interventi volti alla trasparenza dei rapporti, l'operato della Banca d'Italia continui ad essere sostanzialmente accentrato sulla stabilità dell'intermediario.*

<sup>154</sup> Viene riversato nelle aule dei Tribunali un marcato quantitativo di vertenze, per ricorrenti ed uniformi irregolarità, la cui patologica dimensione denuncia la confusione e opacità della regolamentazione, nonché la lacunosità e scarsa incidenza dei controlli dell'Organo di Vigilanza; secondo un sondaggio realizzato per Plus 24 da Ipr Marketing, il 68% degli italiani ritiene squilibrato il rapporto dei clienti con la banca e 'quasi la metà degli italiani, ovvero il 45%, ritiene che non ci sia nessuno a sorvegliare le banche. Solo il 22% ritiene che questo sia un compito della Banca d'Italia'. (A. Criscione, Sole 24 Ore, Plus 24, 5 luglio '14).

Gli intermediari più attenti incontrano apprezzabili disagi nell'individuare, nelle difformi indicazioni della Banca d'Italia, un comportamento univocamente determinato, che li ponga al riparo dai rischi d'usura, senza costringerli tuttavia a subire la concorrenza abusiva praticata dagli intermediari più aggressivi. Anche nel mercato del credito il profitto ha la meglio sulla virtù: in un regime di concorrenza, il mercato sortirebbe un calmiera ai prezzi, premiando l'intermediario più virtuoso, ma in un regime di oligopolio, senza regole ferme e presidi stringenti, pratiche commerciali scorrette, comportamenti opportunistici e aggressivi obiettivi di profitto relegano ai margini del mercato ogni forma di impresa virtuosa, prudentemente attenta al 'ragionevole dubbio'.

Appare maturo, indispensabile e urgente che le Supreme Corti, nella più autorevole espressione, vengano tempestivamente ad occuparsi della materia, fugando gli equivoci, dubbi e perplessità, offrendo in tal modo un quadro chiaro, trasparente e definito, che consolidi la tassatività e riserva di legge, senza margini di zone grigie che possano alimentare comportamenti devianti, controlli difformi ed incertezze di giudizio sul piano civile e penale<sup>155</sup>.

Gli interessi in gioco assumono una dimensione economica di macroscopico rilievo. Il presidio civile risulta – da solo - inadeguato, mentre quello penale è rimasto, per lungo tempo, disattivato dalle indebite ingerenze dell'organo amministrativo. Più che depenalizzare il reato d'usura<sup>156</sup>, occorre accompagnare al presidio penale un riferimento amministrativo di integrazione e completamento che auto-disciplini i propri margini di discrezionalità tecnica entro ambiti oggettivi, determinati e trasparenti, condizionando, al contempo, ogni forma di interferenza al chiaro, semplice ed ineludibile dettato dell'art. 644 c.p. Conseguito uno stringente livello di tassatività e determinazione della norma penale, un naturale rafforzamento sinergico può essere individuato nella proposta di legge, più volte avanzata ma mai portata a conclusione, che prevede l'inserimento dell'usura tra i reati presupposto per l'accertamento della responsabilità

---

<sup>155</sup> La pratica dell'usura nei rapporti di conto viene spesso assumendo, attraverso interpretazioni esasperate e comportamenti opportunistici, una configurazione polverizzata in piccoli importi ad applicazione diffusa. Con una platea estesa a milioni di correntisti, anche un modesto sforamento, se diffuso all'intera compagine, apporta al bilancio dell'intermediario importi significativi: in tali circostanze, l'elemento soggettivo, la volontà di praticare usura trascende lo specifico rapporto di conto e va individuata nella politica tariffaria adottata, valutando la ricorrenza ed estensione del fenomeno e la sua incidenza e rilevanza nel bilancio dell'intermediario. Tali comportamenti richiedono, sul piano civile, un più pervasivo intervento nei rapporti cliente/banca: l'introduzione dell'azione collettiva, *class action*, presenta una farraginosa formulazione che abbisogna di una sostanziale rivisitazione per ottenere un pieno dispiegamento degli effetti correttivi sull'intero sistema bancario.

<sup>156</sup> Una depenalizzazione dell'usura bancaria, così come insistentemente sostenuto dalla compagine bancaria, renderebbe oltremodo più aggressive le politiche di prezzo praticate dagli intermediari creditizi, informandole esclusivamente al *trade-off* costi benefici, senza alcuna remora di sostanziale rilievo.

amministrativa delle persone giuridiche ex D. Lgs. 231/01: i risvolti di deterrenza di una tale inclusione sarebbero presumibilmente in grado di meglio arginare i frequenti comportamenti 'deviati' che hanno per lungo tempo interessato il mercato del credito<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> *'Rispetto alla attribuibilità del fatto alla impresa bancaria, pur nella impossibilità di riconoscere la responsabilità in capo a determinate persone fisiche investite di compiti di amministrazione e rappresentanza, la Cassazione, nella sentenza commentata nr.46669 del 2011, ha fatto salvi i profili risarcitori evocando istituti e figure giurisprudenziali del codice civile. In tal caso appare evidente ed apprezzabile l'intento di rimediare ad una incredibile lacuna del sistema che, inspiegabilmente, si protrae da almeno 11 anni. Ci si riferisce alla mancata previsione del delitto di usura nell'elenco dei reati idonei a consentire la contestazione dell'illecito amministrativo alla persona giuridica ai sensi del D.lvo 231/01- nel tempo estesosi sempre più fino a ricomprendere un reato odioso, ma certamente di non frequente commissione quale la pratica della mutilazione degli organi genitali femminili (articolo 25 quater1). La lacuna nel sistema è vistosa e- a distanza di anni- sempre più inaccettabile. Non v'è dubbio, infatti, che la persona fisica agisca- nell'ambito della impresa bancaria nell'interesse esclusivo di quest'ultima, così come richiesta dall'articolo 5 del Dlvo 231/01. Anzi tale argomento- l'aver agito senza perseguire un vantaggio patrimoniale diretto e personale- ha costituito nell'ambito della esperienza professionale maturata- l'argomento difensivo più abusato dalle difese di amministratori di banche tratti a giudizio. Va ricordato, al fine di comprendere a pieno, la gravità del vuoto normativo che, ai sensi dell'articolo 8 del Dlvo 231/01 la responsabilità dell'ente sussiste anche quando:*

*a) L'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;*

*b) Il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia.*

*Ad avvalorare la portata della lettera b), va senz'altro richiamato l'articolo 22 comma IV secondo*

*cui: "se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio", il quale, evidentemente- richiamando un principio civilistico- pone al riparo l'illecito amministrativo da ogni rischio di estinzione (sempre incombente, pur con l'innalzamento del limite edittale introdotto nel 2005, particolarmente nei gradi del processo successivi al primo). L'eventuale ed auspicabile inclusione del delitto di usura fra i reati che possono sorreggere l'illecito amministrativo della persona giuridica consentirebbe di applicare alla usura bancaria:*

*1) strumenti di cautela molto efficaci (si pensi alla nomina di un commissario giudiziale);*

*2) il regime del sequestro del profitto finalizzato alla confisca su altri beni nella disponibilità dell'azienda per importo equivalente (in tal modo ampliando la cautela prevista nell'articolo 644 comma VI cp);*

*3) il particolare e speciale regime sanzionatorio premiale previsto dagli articoli 12, 17 e, in sede cautelare dall'articolo 49 e dall'articolo 50, che prevede, in generale, una rilevante attenuazione delle conseguenze restrittive, collegate a provvedimenti di condanna o di sequestro, in presenza:*

*a) dell'integrale risarcimento del danno da parte dell'ente e della eliminazione delle conseguenze*

*dannose o pericolose del reato;*

Senza un efficiente presidio penale, si continuerà ad assistere a comportamenti opportunistici e pratiche commerciali scorrette, posti nelle pieghe di opacità dell'atto amministrativo integrante la norma di legge: **in assenza di un rigoroso riferimento all'effettivo costo del credito, di un esclusivo riferimento al disposto di legge e di una rilevazione statistica scevra da intenti diversi da quelli di un'oggettiva 'fotografia' del mercato, la riserva di legge, nonché la determinatezza e tassatività della norma troveranno ampi margini di pregiudizio in zone d'ombra dove si possono annidare comportamenti degenerativi dell'attività creditizia.**

Un serio ed efficace presidio all'usura, suscettibile di accompagnarsi ad un deflazionamento dell'ampia schiera di procedimenti di accertamento del rispetto dei limiti di usura, in sede civile e penale, passa attraverso una riformulazione della normativa secondaria di accompagnamento alla legge 108/96. Le modifiche dovrebbero riguardare tre distinti fronti di criticità della normativa secondaria:

i) Esclusività del riferimento normativo.

**La soppressione dell'art. 3 dei Decreti Ministeriali che rinvia per la verifica ai criteri delle Istruzioni della Banca d'Italia**, lasciando distinti e separati le modalità di rilevazione della TEGM dai criteri di verifica fissati dall'art. 644 c.p., la cui formula di riferimento, esprimente l'effettivo costo del credito, è solo ed esclusivamente il TAEG.

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

ii) Maggior accostamento della formula di rilevazione statistica al principio di verifica dell'art. 644 c.p.

---

*b) della eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi;*

*c) la messa disposizione da parte dell'ente del profitto conseguito ai fini della confisca.'*

(V. Senatore, 'La sentenza n. 46669/11, V Sezione Corte di Cassazione, Convegno 'Anatocismo ius variandi e usura nei rapporti bancari', Roma 24/2/12, in asso.ctu.it.).

Si potrebbe enucleare, dalla rilevazione del TEGM e dalla verifica dell'usura, la commissione di affidamento per la quota parte temporalmente ragguagliata alla parte non utilizzata del fido<sup>158</sup>. Risultando tale componente attinente un servizio diverso, che precede l'erogazione del credito, non vi sarebbero preclusioni ad una esclusione dalla verifica dell'usura. Tale modifica agevolerebbe **la riconduzione del TEG di rilevazione statistica, per tutte le Categorie di credito contemplate dalla Istruzioni della Banca d'Italia, all'esclusiva formula del TAEG**<sup>159</sup>. Si era osservato, in sede di osservazioni al documento di consultazione relativo alle Istruzioni '09 che: *"nei conti di 'liquidità' con utilizzo medio molto ridotto rispetto all'affidamento, il tasso calcolato includendo la CMS negli interessi risulterebbe molto elevato con l'applicazione della formula proposta (TAEG), elevando in modo consistente le soglie anti-usura"*. Risultando ormai soppressa la CMS – ed enucleando dalla verifica la commissione relative al credito non utilizzato, in quanto riferita ad un servizio distinto dall'erogazione e specificatamente regolamentato - non vi sarebbe più ragione di impiegare per la rilevazione una formula diversa dalla corretta misura del costo del credito (TAEG), prevista dalla normativa CEE e già introdotta dal '09 anche per gli

---

<sup>158</sup> Nel rispetto della normativa che regola la commissione di affidamento, non risulta complesso – *ex ante* ed *ex post* - tenere distinta, nella relativa applicazione, la quota rivolta a remunerare il credito disponibile dalla quota riversata sul costo del credito utilizzato.

<sup>159</sup> A tale formula fa riferimento la direttiva 2008/48/CE che all'art. 19, 2° e 3° paragrafo stabilisce: *'2. Al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito e delle spese, diverse dal prezzo d'acquisto, che competono al consumatore all'atto dell'acquisto, in contanti o a credito, di merci o di servizi.'* 3. *Il calcolo del tasso annuo effettivo globale è fondato sull'ipotesi che il contratto di credito rimarrà valido per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore adempiranno ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti nel contratto di credito'.*

La Direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori riferisce il TAEG agli aspetti informativi che devono essere riportati in contratto e correttamente indica il costo del credito (TAEG) – comprensivo per altro delle imposte - che ordinariamente verrà posto a carico del consumatore e, solo distintamente, il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento e le eventuali penali. La Direttiva regola circostanze e finalità rivolte a fornire *ex ante* una corretta rappresentazione dei costi fisiologici e, distintamente, di patologia. Appare coerente e sintonico impiegare un'analoga formula, che colga, con modalità finanziariamente analoghe, l'intero aggregato dei costi convenuti sia nella fase fisiologica che di patologia, sottoponendoli ai limiti fissati dall'art. 644 c.p. Appare evidente che le voci da includere sono diverse, risultando diverse le finalità perseguite: *'la normativa comunitaria ha come finalità la garanzia della trasparenza delle condizioni contrattuali e la comparabilità delle offerte necessarie per garantire il regime concorrenziale nel mercato dell'intermediazione creditizia, sicuramente estranea a quella perseguita dagli artt. 644 c.p.c e 1815, comma 2, cod. civ. diretti a reprimere il fenomeno usurario, riconoscendo rilevanza per la determinazione del tasso soglia alla sommatoria degli interessi corrispettivi, anche capitalizzati, e gli interessi moratori'*. (Trib. Napoli Nord, 19 settembre 2016, ilcaso.it).

obblighi di trasparenza. Né risultano ravvisabili distorsioni del valore medio riconducibili ad un improprio innalzamento delle soglie in quanto, con un accorto periodo di transizione, i tassi comunicati in sede di rilevazione, con il *décalage* di due trimestri, saranno comunque compresi entro le soglie precedentemente fissate: nei casi sporadici nei quali le CIV (Commissioni di istruttoria veloce) dovessero assumere una proporzione eccessiva, rispetto al credito, nel pieno rispetto delle soglie d'usura, i sistemi di cimatura dovrebbero efficacemente correggere eventuali esuberanti;

iii) Diretto intervento dell'AGCM a garanzia di una migliore equilibrio, trasparenza ed oggettività dei criteri di rilevazione statistica del TAEG.

**Risulta auspicabile una sostituzione o, quanto meno, un diretto e formale affiancamento dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato alla Banca d'Italia nell'opera di assistenza al MEF nella definizione della regolamentazione e rilevazione statistica del TAEG.** I compiti istituzionali della menzionata autorità, più che quelli della Banca d'Italia, presentano una pregnante attinenza con le finalità di presidio dell'usura ed i riflessi che ne derivano nella funzionalità e concorrenza del mercato. Il coinvolgimento dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato dovrebbe accompagnarsi ad una revisione della categorie di credito, oltre che dei criteri di rilevazione dei valori medi di mercato, determinati con circostanziata scientificità, oggettività e trasparenza. A tal fine il documento posto in consultazione (ex lege 262/05), ricomprendente sia i criteri di scelta delle categorie, sia i criteri di rilevazione, dovrebbe essere accompagnato da **una completa disclosure delle rilevazioni statistiche raccolte** che, in uno con un'attenta analisi del mercato del credito, consenta di valutare comportamenti elusivi, rendite di posizione, inefficienze allocative, da correggere sia ai fini del presidio dell'usura, sia in un quadro di mercato orientato ad una più incisiva concorrenza<sup>160</sup>. Trascurare nella fase di

---

<sup>160</sup> 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 formulazione di legge lascia ampi margini 'in bianco': rimane ineludibile una stringente delimitazione della discrezionalità amministrativa entro criteri informati alla massima scientificità, oggettività e trasparenza. La suddivisione in categorie, frequentemente rivista ed ampliata, è intervenuta nella più completa opacità, senza alcuna motivazione od analisi di supporto. Le scelte effettuate, più che a criteri di omogeneità, sembrano rivolte a creare forme indirette di allentamento dei vincoli: in particolare, la categoria degli scoperti e l'ampia categoria residuale si prestano ad 'aconce' modifiche contrattuali per farvi rifluire ogni forma di finanziamento. Ancorché il numero delle categorie sia passato dalle 15 iniziali alle attuali 25, inducendo sul piano tecnico un significativo allentamento dei limiti d'usura, l'attuale assetto delle categorie, ispirato ad aspetti formali, risulta condizionare apprezzabilmente le forme di credito offerte dagli intermediari, con indirizzamento della clientela verso le categorie che presentano soglie più alte. Un'analisi dei dati rivenienti dalle serie storiche delle rilevazioni trimestrali potrebbe apportare elementi informativi per una più oggettiva individuazione e delimitazione dei criteri di omogeneità. Gli aspetti di conflitto d'interesse, rivenienti dalla circostanza che i dati sono forniti dagli stessi soggetti al cui controllo la norma è rivolta, dovrebbero altresì suggerire un fermo

consultazione elementi rilevanti la definizione dei presidi di usura viene a ledere i principi di proporzionalità e di legalità sostanziale dell'attività amministrativa.<sup>161</sup> La trasparenza dovrebbe essere altresì accompagnata ed estendersi ad uno **specifico, efficace monitoraggio e presidio sanzionatorio che assicuri la correttezza delle segnalazioni trasmesse**<sup>162</sup>.

Le modifiche suggerite appaiono funzionali a rimuovere le opacità, i dubbi e le incertezze, che hanno pregiudicato il rigoroso rispetto del presidio d'usura; la delicata funzione dell'organo

---

presidio sanzionatorio alla precisione e correttezza delle informazioni trasmesse e un utilizzo più incisivo dei poteri di Vigilanza rivenienti dall'art. 5 del TUB per assicurare, anche sul fronte dell'applicazione dei tassi alla clientela, una corretta rispondenza dei comportamenti ai principi stabiliti dalla legge sull'usura.

<sup>161</sup> Cfr. in tal senso, sebbene non con riferimento ad un'autorità di vigilanza sul mercato finanziario, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 377, con nota di Screpanti e in *Resp. civ.*, 2007, 1139, con nota di Poto, secondo cui *"l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori). Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati"*.

<sup>162</sup> *"La procedura stessa di raccolta dei dati necessari per la rilevazione non è assistita da garanzie di effettività: la concreta rilevazione dei dati rischia, perciò, di essere affidata al caso, non essendo prevista sanzione alcuna per l'omessa o alterata comunicazione dei dati necessari alle rilevazioni periodiche da parte dei soggetti obbligati. La mancanza risulta particolarmente delicata soprattutto con riferimento ai soggetti autorizzati ma non istituzionali – ossia gli intermediari abilitati – considerato che tali soggetti, assai numerosi, sono scarsamente sottoposti a controllo amministrativo, sicché eventuali irregolarità od omissioni nell'invio dei dati sono quasi naturalmente destinate a rimanere sommerse, nonostante esse possiedano l'idoneità ad influire pesantemente sull'esito finale della rilevazione."* (A. Boido, *Usura e diritto penale*, CEDAM 2010).

amministrativo risulterebbe propriamente subordinata alla norma penale nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 25 della Carta Costituzionale; risulterebbero apprezzabilmente ridimensionate le contraddizioni che alimentano il diffuso ricorso alla Magistratura.

Rimane tuttavia irrisolto il dispiego di concreti ed incisivi interventi che, in uno con la stabilità dell'intermediario, siano rivolti a perseguire un assetto del mercato del credito aperto ad una maggiore concorrenza, in grado di presidiare più efficacemente l'usura, oltre che ridimensionare il divario di costo che ci separa dagli altri paesi, liberando economie a favore dello sviluppo economico e del consumo.

dott. Roberto Marcelli



### Seuils de l'usure applicables au 1er octobre 2016

Chaque trimestre, la Banque de France collecte auprès d'un large échantillon d'établissements de crédit et de sociétés de financement les taux effectifs moyens pratiqués des différentes catégories de prêts pour lesquelles sont calculés les seuils de l'usure. Ces taux, augmentés d'un tiers, établissent les seuils de l'usure correspondants. Les seuils de l'usure sont publiés sous la forme d'un avis au JORF à la fin de chaque trimestre pour le trimestre suivant.

Les taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit au cours du **troisième trimestre de l'année 2016** pour les diverses catégories de crédits et seuils de l'usure correspondants applicables à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, sont publiés par avis au Journal officiel au plus tard le dernier jour du trimestre. (Il est à rappeler que seule la publication au JO fait foi).

Catégories	Taux effectif pratiqué <b>au troisième trimestre 2016</b> par les établissements de crédit et les sociétés de financement	Seuil de l'usure applicable à compter du <b>1er octobre 2016</b>
<b>CONTRAT DE CRÉDIT CONSENTIS À DES CONSOMMATEURS N'ENTRANT PAS DANS LE CHAMP D'APPLICATION DU 1<sup>o</sup> DE L'ARTICLE L. 313-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION OU NE CONSTITUANT PAS UNE OPÉRATION DE CRÉDIT D'UN MONTANT SUPÉRIEUR À 75 000 EUROS DESTINÉE À FINANCER, POUR LES IMMEUBLES À USAGE D'HABITATION OU À USAGE PROFESSIONNEL ET D'HABITATION, LES DÉPENSES RELATIVES À LEUR RÉPARATION, LEUR AMÉLIORATION OU LEUR ENTRETIEN. (A)</b>		
- prêts d'un montant inférieur ou égal à 3000 euros :	15,01%	20,01%
- prêts d'un montant supérieur à 3000 euros et inférieur ou égal à 6000 euros :	9,74%	12,99%
- prêts d'un montant supérieur à 6000 euros :	5,21%	6,95%
<b>CONTRATS DE CRÉDIT CONSENTIS À DES CONSOMMATEURS DESTINÉS À FINANCER LES OPÉRATIONS ENTRANT DANS LE CHAMP D'APPLICATION DU 1<sup>o</sup> DE L'ARTICLE L. 313-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION, RELATIF AU CRÉDIT IMMOBILIER (2) OU D'UN MONTANT SUPÉRIEUR À 75 000 EUROS DESTINÉS À FINANCER, POUR LES IMMEUBLES À USAGE D'HABITATION OU À USAGE PROFESSIONNEL ET D'HABITATION, LES DÉPENSES RELATIVES À LEUR RÉPARATION, LEUR AMÉLIORATION OU LEUR ENTRETIEN.</b>		

- prêts à taux fixe :	2,71%	3,61%
- prêts à taux variable :	2,34%	3,12%
- prêts-relais :	2,78%	3,71%
Catégories	Taux effectif pratiqué <b>au troisième trimestre 2016</b> par les établissements de crédit et les sociétés de financement	Seuil de l'usure applicable à compter du <b>1er octobre 2016</b>
<b>PRÊTS ACCORDÉS AUX PERSONNES PHYSIQUES AGISSANT POUR LEURS BESOINS PROFESSIONNELS ET AUX PERSONNES MORALES AYANT UNE ACTIVITÉ INDUSTRIELLE, COMMERCIALE, ARTISANALE, AGRICOLE OU PROFESSIONNELLE NON COMMERCIALE</b>		
- découverts en compte :	9,89%	13,19%
<b>PRÊTS AUX PERSONNES MORALES N'AYANT PAS D'ACTIVITÉ INDUSTRIELLE, COMMERCIALE, ARTISANALE, AGRICOLE OU PROFESSIONNELLE NON COMMERCIALE</b>		
- prêts consentis en vue d'achats ou de ventes à tempérament :	4,95%	6,6%
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable :	1,98%	2,64%
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux fixe :	2,2%	2,93%
- découverts en compte :	9,89%	13,19%
-autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans:	1,92%	2,56%

1. *pour apprécier le caractère usuraire du taux effectif global d'un découvert en compte ou d'un prêt permanent, le montant à prendre en considération est celui du crédit effectivement utilisé.*
2. *incluant les opérations de crédit destinées à regrouper des crédits antérieurs comprenant un ou des crédits mentionnés au 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation dont la part relative dépasse 60% du montant total de l'opération de regroupement de crédit*

**Prêts aux consommateurs - Prêts aux personnes morales n'ayant pas d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale - Découverts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale.**

**L'article L. 314-6** du code de la consommation dispose que "constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues".

**L'article L. 314-6** du code de la consommation a été modifié par l'article 32 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, puis par l'article 7 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Cet article ne s'applique plus qu'aux prêts accordés aux consommateurs (deux premiers tableaux) et aux prêts accordés aux personnes morales n'ayant pas d'activité professionnelle (quatrième tableau).

La loi du 2 août 2005 a en effet supprimé la référence à un taux de l'usure - excepté pour les découverts - pour les prêts aux commerçants, artisans, entrepreneurs individuels et aux personnes morales ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale.

Les découverts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales sont régis par l'article L 313-5-1 du code monétaire et financier, issu de l'article 32 de la loi du 1er août 2003 et modifié par la loi du 2 août 2005 (troisième tableau).

L'arrêté du 16 juin 2016 portant modification de l'arrêté du 24 août 2006 a apporté les adaptations aux intitulés des catégories de l'usure rendues nécessaires à la suite de la transposition de la directive n° 2014/17/UE relative au crédit immobilier (dite « MCD »). En effet, cette directive modifie le périmètre des opérations de crédit immobilier et à la consommation tel qu'il préexistait en droit français, l'ensemble des crédits garantis par une hypothèque ou une sûreté équivalente relevant à compter du 1er octobre 2016 du régime du crédit immobilier, quel que soit leur montant ou l'objet de l'opération financée. Cette directive ne traitant pas de l'usure en tant que telle, elle est toutefois sans effet sur la réglementation de l'usure inscrite dans le code de la consommation. La formulation des intitulés des deux catégories de l'usure applicables aux consommateurs doit par conséquent être adaptée afin de préserver le droit existant. Sont ainsi distingués :

i) les contrats de crédits consentis à des consommateurs, destinés à financer les opérations entrant dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation, relatif au crédit immobilier, ou d'un montant supérieur à 75 000 euros, destinés à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien (deuxième tableau) ; et

ii) les contrats de crédits consentis à des consommateurs, n'entrant pas dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation, ou ne constituant pas une opération de crédit d'un montant supérieur à 75 000 euros destinée à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien (premier tableau).

Sont incluses dans la catégorie visée au i) ci-dessus les opérations de crédit destinées à regrouper des crédits antérieurs comprenant un ou des crédits mentionnés au 1° de l'article L. 313-1 du

code de la consommation dont la part relative dépasse 60 % du montant total de l'opération de regroupement de crédit. En deçà de ce seuil, ces opérations relèvent du ii).

**Prêts aux consommateurs n'entrant pas dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du code de la consommation ou ne constituant pas une opération de crédit d'un montant supérieur à 75 000 euros destinée à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien.**

La loi du 1er octobre 2010 portant réforme du crédit à la consommation a réformé les modalités de fixation du seuil de l'usure pour ce type de prêts. Les catégories qui servent de base au calcul des seuils de l'usure sont fixées en onction du montant des prêts (cf. arrêté du 24 août 2006 modifié par l'arrêté du 22 mars 2011).

Les dispositions du présent avis font référence aux articles L. 313-1 et L. 314-6 du code de la consommation, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n°2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation.

Publié le 23/09/2016

