

**CRITERI DI VERIFICA DEL RISPETTO DELLA SOGLIA DI USURA  
NEI RAPPORTI DI CONTO CORRENTE  
(LUCIANO M. QUATTROCCHIO – BIANCA M. OMEGNA – V. BELLANDO)**

***1. Premessa.***

Come è noto, l'art. 1 della l. 7 marzo 1996, n. 108, ha modificato l'art. 644 c.p., stabilendo – tra l'altro – che:

«Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni.

Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito».

Al fine di dare attuazione a tale norma, il successivo art. 2 ha previsto che:

«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 iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

(...)

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»<sup>1</sup>.

E', quindi, evidente che la l. 108/1996 ha attribuito al Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, una *mission* precisa e senza margini di discrezionalità: rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio, «comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse»; ciò nella prospettiva di determinare il tasso soglia (secondo i due criteri che si sono succeduti nel tempo), al fine di consentire la verifica dell'eventuale applicazione – nei casi concreti – di “*interessi o di altri vantaggi usurari*”.

Come è noto, il Ministro del tesoro, di concerto con la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, non ha dato correttamente corso alla delega conferita, escludendo – fino al 2009 – alcune componenti, fra le quali la commissione di massimo scoperto nei rapporti di conto corrente e gli oneri assicurativi nei finanziamenti contro cessione del quinto; nonché, tuttora, gli interessi moratori in tutte le operazioni finanziarie.

Ciò ha dato luogo ad un acceso dibattito e a un ampio contenzioso, giacché una parte della giurisprudenza ha ritenuto che il calcolo del tasso soglia dovesse comunque essere effettuato ricomprendendo anche le componenti escluse dalla rilevazione del Ministero del tesoro, sul riflesso che l'art. 644 c.p. – come si evince chiaramente dal tenore letterale della norma – non prevede esclusioni di sorta (fatta eccezione per le imposte e tasse).

Il presente lavoro si propone di esaminare l'elaborazione normativa, nonché quella giurisprudenziale che si è stratificata fino ad approdare alla recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>2</sup>, e le soluzioni tecniche via via fornite per consentire il superamento dell'antinomia; ciò anche con l'obiettivo di verificare se la conclusione alla quale è pervenuta la Suprema Corte dopo un lungo percorso giurisprudenziale non potesse – in alternativa – essere desunta *ab origine* da un'applicazione sistematica delle norme.

## **2. La Legge 108/96, dopo l'interpretazione autentica dell'art. 1 della Legge 24/2001.**

---

<sup>1</sup>E' bene rammentare che l'art. 8, comma 5, lett. *d*) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (cd. decreto sviluppo), convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, ha modificato il criterio di calcolo degli interessi usurari, prevedendo che «all'articolo 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n.108, le parole: “aumentato della meta” sono sostituite dalle seguenti: “aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non puo' essere superiore a otto punti percentuali”.

<sup>2</sup>Cass. 22 giugno 2016, n. 12965, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Il d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito dalla l. 28 febbraio 2001, n. 24, aveva previsto – con norma di interpretazione autentica – che «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».

Tale norma aveva negato – in conformità con le disposizioni vigenti negli altri Paesi europei – l'effetto sostanzialmente retroattivo che la legge 108/1996 aveva prodotto in conseguenza dell'interpretazione giurisprudenziale, stabilendo che il tasso di interesse originariamente legittimo non potesse divenire *medio tempore* usurario.

In particolare, l'intervento del legislatore aveva avuto l'effetto di sterilizzare una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>3</sup>, che aveva affermato l'applicazione della l. 108/1996 anche ai rapporti di mutuo stipulati anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge. In particolare, la Suprema Corte, nella citata sentenza, aveva precisato che – di fronte ad un rapporto fra cittadino e banca che non si era già concluso nel momento dell'entrata in vigore della legge antiusura – il giudice di merito non potesse escludere la rilevanza d'ufficio della nullità della clausola del contratto relativa agli interessi solo perché la pattuizione era intervenuta in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 108/1996; al contrario, avrebbe dovuto verificare se detta nullità sussistesse o meno, correlando il tasso d'interesse convenuto alla nuova normativa.

Nella citata sentenza, inoltre, venivano richiamati i principi enunciati dalla stessa Corte di Cassazione in altre due sentenze<sup>4</sup>. In particolare, nella prima si era affermato che «la pattuizione di interessi a tasso divenuto usurario a seguito della legge 108/1996 è nulla anche se compiuta in epoca antecedente all'entrata in vigore di detta legge»; questo perché, aggiungeva la Suprema Corte, «l'obbligazione degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione, concretandosi in una serie di prestazioni successive e, ai fini della qualificazione usuraria degli interessi, il momento rilevante è la dazione e non la stipula del contratto come si evince anche dall'art. 644-ter c. p. (introdotto dall'art. 11 L. 108/1996)». La seconda sentenza aveva statuito che «si può ben ritenere che la sopravvenuta legge 108/1996, di per sé evidentemente non retroattiva e dunque insuscettibile di operare rispetto agli anteriori contratti di mutuo, sia di immediata applicazione nei correlativi rapporti, limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso e, quindi, alla corresponsione degli interessi. Non si può insomma far proseguire una pattuizione di interessi che siano eventualmente usurari, di fronte ad un principio introdotto nel nostro ordinamento con valore generale ed assoluto».

---

<sup>3</sup>Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com).

<sup>4</sup>Cass. 22 aprile 2000, n. 5286 e Id. 2 febbraio 2000, n. 1126, in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com).

Ancora recentemente, la Suprema Corte<sup>5</sup> ha avuto occasione di affermare che «Le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura (introdotte con l'art. 4 della l. n. 108 del 1996), pur non essendo retroattive, comportano l'inefficacia “*ex nunc*” delle clausole dei contratti conclusi prima della loro entrata in vigore sulla base del semplice rilievo, operabile anche d'ufficio dal giudice, che il rapporto giuridico, a tale momento, non si era ancora esaurito».

Per quanto di interesse, è bene precisare che la norma di interpretazione autentica non aveva sostanzialmente prodotto effetti sui contratti di apertura di credito, in quanto i relativi tassi di interesse – come è noto – subiscono variazioni frequenti per effetto dell'esercizio dello *jus variandi*, di talché solo raramente – in caso di riduzione del tasso soglia – si produce la cd. “*usura sopravvenuta*”. Come è noto, infatti, si può parlare di usura sopravvenuta soltanto quando il superamento del tasso soglia è causato da una modificazione di quest'ultimo e non invece quando il superamento consegue ad una modifica del tasso contrattuale in forza dell'esercizio dello *jus variandi*.

La questione sembra, in ogni caso, risolta anche con riguardo alle (nuove) operazioni finanziarie complesse (per tali intendendosi i mutui, *leasing*, finanziamenti contro cessione del quinto, ecc.), giacché ancora di recente la Corte di Cassazione<sup>6</sup> ha affermato che:

- il delitto di usura è reato a condotta frazionata o a consumazione prolungata, costituito da due fattispecie (destinate strutturalmente l'una ad assorbire l'altra con l'esecuzione della pattuizione usuraria) aventi in comune l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi od altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, delle quali l'una è caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l'altra dalla sola accettazione del sinallagma ad esso preordinato;
- nella prima, il verificarsi dell'evento lesivo del patrimonio altrui si atteggia non già ad effetto del reato, più o meno esteso nel tempo in relazione all'eventuale rateizzazione del debito, bensì ad elemento costitutivo dell'illecito il quale, nel caso di integrale adempimento dell'obbligazione usuraria, si consuma con il pagamento del debito;
- nella seconda, invece, che si verifica quando la promessa del corrispettivo, in tutto o in parte, non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione dell'obbligazione rimasta inadempita;

---

<sup>5</sup>Cass. 17 agosto 2016, n. 17150, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>6</sup>Cass. 8 ottobre 2015, n. 40380, con nota di G. Denora, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

- l'induzione di un soggetto alla pattuizione di interessi o altri vantaggi usurari può seguire *iter* differenti ed avere sbocchi differenti: l'ipotesi in cui l'induzione conduca ad una pattuizione usuraria e l'ipotesi in cui detta pattuizione sia seguita dalla relativa esecuzione;
- la consumazione del reato viene "*posticipata*", se la pattuizione ha esecuzione, al momento del conseguimento e/o conferimento degli interessi o vantaggi usurari, e per la precisione viene individuata nelle circostanze fattuali dell'ultimo episodio. Così, il soggetto che si trovi ad "*incassare*" profitti illeciti, anche a distanza di tempo dalla pattuizione illecita, non potrà beneficiare del tempo decorso dalla conclusione del sinallagma illecito per rilevare l'intervenuta prescrizione del reato;
- la consumazione del reato non è limitata al momento della pattuizione originaria, ma si prolunga al momento in cui – in seguito alla pattuizione in questione – si verifichi effettiva riscossione degli interessi o il concreto conseguimento dei vantaggi usurari;
- le due fattispecie sono destinate strutturalmente l'una ad assorbire l'altra con l'esecuzione della pattuizione usuraria.

### **3. Verifica dell'usurarietà nei rapporti di conto corrente.**

#### **3.1. Premessa.**

Come è noto, la verifica dell'eventuale usurarietà degli interessi applicati nei rapporti di conto corrente bancario viene effettuata avendo riguardo ad ogni singolo trimestre, attraverso la verifica dell'eventuale superamento del limite usurario, mediante raffronto tra il tasso effettivamente applicato e le soglie rilevate trimestralmente.

Per la determinazione delle soglie, la Banca d'Italia ha diramato "*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*", che – nel corso del tempo – hanno subito significativi cambiamenti e innescato un notevole disorientamento interpretativo.

#### **3.2. Le istruzioni della Banca d'Italia.**

##### **3.2.1. La versione originaria.**

La Banca d'Italia, nella versione originaria (*rectius*, nella versione poi modificata) delle "*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*" (2006)<sup>7</sup>, aveva previsto quanto segue:

«La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del T.E.G. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali.

---

<sup>7</sup>*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*, febbraio 2006, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

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.

Il calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuato, per ogni singola posizione rientrante nelle Categorie 1, 2 e 5, rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata.

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 T.E.G.

In occasione di passaggi 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».

Come è noto, la Banca d'Italia aveva individuato nel T.E.G. (Tasso Effettivo Globale) la grandezza da porre a raffronto con i tassi soglia ed ha indicato il seguente algoritmo di calcolo:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri} \times 100}{\text{accordato}}$$

ove:

Interessi addebitati Sono gli interessi passivi addebitati dalla Banca, risultanti dai conti scalari

<u>Numeri debitori</u>	Sono i numeri debitori risultanti dai conti scalari
<u>Spese</u>	Si tratta delle spese che risultano imputabili, in base alla loro denominazione, all'erogazione di credito.
<u>Accordato</u>	si tratta del c.d. “ <i>accordato (affidamento) operativo</i> ”, desumibile dal contratto di conto corrente e da accordi successivi al termine del periodo di riferimento; in caso di mancato accordo, utilizzo effettivo del trimestre di riferimento.

### **3.2.2. La posizione della giurisprudenza e le soluzioni tecniche prospettate.**

In tale contesto, parte della giurisprudenza (anche di legittimità) riteneva che – attesa la mancanza di un potere normativo o regolamentare della Banca d'Italia in materia di tassi usurari (in quanto nessuna norma di rango primario attribuiva una tale potestà) – le Istruzioni avessero natura e funzione prettamente interpretative e non potessero, invece, avere carattere vincolante circa le modalità di determinazione del tasso d'interesse applicato; tutt'al più, valore di scriminante di un'eventuale responsabilità penale della banca o dell'intermediario.

In particolare, la giurisprudenza aveva – via via – formulato i principi di seguito riportati:

- il chiaro tenore letterale del comma 4 dell'art. 644 c.p. (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 di 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, giacchè ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo per l'onere, al quale l'intermediario finanziario di sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente<sup>8</sup>;
- nella normativa anteriore alla legge 28 gennaio 2009, n. 2 la commissione di massimo scoperto rimaneva estranea alla definizione delle fattispecie usurarie: le «istruzioni della Banca d'Italia erano chiare nell'affermare che non dovevano essere conteggiate». La

---

<sup>8</sup>Cass. 26 marzo 2010, n. 12028, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

contraria soluzione adottata dalla Corte di Cassazione «non è condivisibile» perché «si basa su di un assunto indimostrato»<sup>9</sup>;

- l'ammontare della C.M.S., che – prima del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (art. 2 bis, comma 1) convertito nella legge 28.1.2009 n. 2 – non trova(va) spazio nel T.E.G.M. pubblicato nei decreti ministeriali, deve (doveva) necessariamente essere ricompreso nel margine di scostamento concesso al T.E.G. praticato dall'intermediario rispetto al T.E.G.M. calcolato dalla Banca d'Italia: rilevato il valore medio di mercato del costo del credito, ogni incremento di costo, quale che sia la natura o il titolo a cui viene imputato, deve, pena l'emergere di un profilo patologico in termini di usurarietà, essere compreso nel margine del 50% stabilito dalla legge; appare conseguente e coerente: a) che, nella rilevazione operata dalla Banca d'Italia la stessa non fosse ricompresa nel calcolo del T.E.G.M.; b) che, al contrario, la c.m.s. applicata sia ricompresa nello specifico calcolo del T.E.G. da porre a confronto con la soglia d'usura<sup>10</sup>;
- in tema di usura, ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale medio (T.E.G.) praticato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile. Il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p. (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 legato all'erogazione del credito, che 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>11</sup>;

---

<sup>9</sup>ABF Napoli 24 novembre 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>10</sup>Trib. Pordenone 7 marzo 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>11</sup>Trib. Pordenone 7 marzo 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

- la C.M.S. incide direttamente sul costo effettivo del credito erogato e deve, pertanto, rientrare nel calcolo del T.E.G., da raffrontare con il c.d. “*tasso soglia*”, oltre il quale il tasso si configura come usurario<sup>12</sup>;
- la determinazione della soglia dell’usura soggiace alle metodiche di rilevazione fissate dai decreti ministeriali recettivi delle rilevazioni trimestrali della Banca d’Italia e ciò fino a quando la rilevazione del tasso effettivo globale medio non seguirà le nuove disposizioni onnicomprensive di cui al secondo comma dell’articolo 2-*bis* della legge 28 gennaio 2009, n. 2. Da ciò consegue che il dovere di conformarsi, nel calcolo dei tassi, al criterio cd. “*all inclusive*” di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108, è operante esclusivamente per il periodo successivo alla adozione del regolamento di cui al citato articolo 2-*bis*<sup>13</sup>;
- la determinazione del tasso ai fini dell’indagine sull’usura deve essere condotta tenendo conto di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese (escluse quelle per imposte e tasse) collegate all’erogazione del credito, ai sensi dell’art. 644, comma 4, c.p. Tra tali spese rientrano anche le polizze assicurative poste a garanzia del bene al cui acquisto il credito è finalizzato, ancorché non obbligatorie, ove siano contestuali alla concessione del finanziamento<sup>14</sup>;
- le direttive e le Istruzioni della Banca d’Italia, quale organo di vigilanza e indirizzo delle banche e degli altri intermediari finanziari, non sono vincolanti per gli organi giurisdizionali neanche in materia di usura<sup>15</sup>;
- la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevante ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che il cliente sopporta in relazione all’utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle Istruzioni della Banca d’Italia nelle quali si prevede che la commissione di massimo scoperto non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma

---

12Trib. Brindisi 9 agosto 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

13Trib. Verona 19 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

14ABF Roma 26 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

15App. Milano 22 agosto 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari<sup>16</sup>;

- la portata della legge n. 2/2009 si risolve nella mera conferma della «disciplina vigente» e cioè nel richiamo dell'art. 644 c.p. e non delle circolari della Banca d'Italia, che sono pacificamente sprovviste di portata normativa. Il tenore dell'art. 2-bis di detta legge, in particolare, ha mera valenza chiarificatrice di un dato che era già contenuto nella legge sull'usura, quale quello della determinazione del costo del denaro con riferimento a tutte le remunerazioni caricate, commissione di massimo scoperto compresa<sup>17</sup>;
- l'art. 1 comma 4 legge n. 108/1996 – stabilendo che per determinare il «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» – intende chiaramente ricomprendere nel calcolo del T.E.G. qualsiasi onere effettivamente sopportato dal cliente quale costo economico<sup>18</sup>;
- in tema di usura, per il periodo precedente all'entrata in vigore della L. n. 2/09, non si condivide l'assunto teorico che ricollega il metodo di calcolo del T.E.G. alla diretta applicazione del principio di cui all'art. 644, 4 comma c.p., che ricomprende nel calcolo del T.E.G. anche la C.M.S., poiché: a) porta alla “*disapplicazione*” delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108/96, che espressamente escludono la C.M.S. dal computo del T.E.G. prevedendone la rilevazione separata, senza tuttavia considerare che la stessa legge 108/96, nel rimettere all'autorità amministrativa ministeriale il compito del rilevamento periodico dei tassi, esige la rilevazione comparata di “...operazioni della stessa natura”, cioè di elementi omogenei tra loro, quali non sono gli interessi e la C.M.S., ove concepita 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”; b) non tiene conto del fatto che, riconosciuta nell'art. 644 una norma penale in bianco suscettibile di eterointegrazione per la determinazione del “...limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”, sono gli stessi Decreti Ministeriali di rilevazione dei tassi usurari, emessi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/96 e, quindi, integrativi della stessa norma penale (cfr. art. 644, 3 comma, c.p.), ad

---

16Trib. Roma 23 gennaio 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

17App. Cagliari 31 marzo 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

18App. Cagliari 31 marzo 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

elevare a rango di legge il criterio tecnico della B.I.; c) contrasta con la ultima parte del 2 comma dell'art. 2-*bis* della legge n. 2/09, che ha previsto l'inclusione della C.M.S. nel calcolo del T.E.G. solo a partire dalla data dell'entrata in vigore della legge stessa, confermando per il periodo precedente la disciplina anteriormente in vigore<sup>19</sup>;

- in tema di rapporto di conto corrente bancario in punto di calcolo del T.E.G.M. si deve sempre computare l'incidenza delle C.M.S.<sup>20</sup>;
- in tema di rapporto di conto corrente bancario ed in punto di calcolo del T.E.G. si deve sempre computare l'incidenza delle C.M.S. ai fini della determinazione del tasso usurario<sup>21</sup>;
- ai fini della verifica dell'usurarietà del tasso applicato nei singoli trimestri, l'unico metodo di calcolo corretto è quello che fa inclusione di tutti i costi e le spese, commissione di massimo scoperto compresa, a prescindere da quello che dica la Banca d'Italia. La stessa infatti, dopo la nota sentenza della Cassazione Penale del 2009, ha prontamente incluso la commissione nel calcolo del tasso almeno fino a quando la legge 2/2009 non ha radicalmente mutato la natura e la struttura della commissione di massimo scoperto<sup>22</sup>;
- la verifica dell'usura deve essere effettuata in ottemperanza a quanto stabilito dalle Istruzioni di Banca d'Italia *pro-tempore* vigenti, in quanto essa si basa sulla normativa regolamentare emessa su espressa delega della disciplina primaria anti-usura, di cui all'art. 2 della l. 108/1996 e all'art. 2-*bis* del d.l. 185/2008. In particolare, poiché la Banca d'Italia rileva il tasso medio trimestralmente applicato agli intermediari finanziari, in relazione al quale è conteggiato il tasso soglia, occorre confrontare il T.E.G. applicato dalla singola banca e il tasso soglia periodale, ricorrendo alla metodologia di calcolo imposta alle banche dalla Banca d'Italia<sup>23</sup>;
- la rilevazione del T.E.G.M., sulla base delle Istruzioni della Banca d'Italia, e la determinazione del T.E.G. della singola operazione creditizia, ai fini della verifica di

---

19Trib. Verona 27 ottobre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

20Trib. Pescara 1° dicembre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

21Trib. Cagliari 4 gennaio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

22Trib. Padova 9 marzo 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

23Trib. di Milano 25 marzo 2016, n. 3855, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

legalità, sono due operazioni distinte, rispondenti a funzioni diverse e aventi a oggetto aggregati di costi che, seppure definiti con un criterio omogeneo (interessi commissioni spese collegate all'erogazione del credito), non sono perfettamente sovrapponibili. Funzione del T.E.G.M., e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è infatti ai sensi dell'art. 2 legge n. 108 (cfr. tra molte Cass. pen. 18.3.2003 n. 20148) 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) al fine di determinare e rendere noto alla generalità di banche e intermediari “*il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*”<sup>24</sup>.

Accedendo quindi all'orientamento più rigoroso, nella determinazione del tasso applicato all'esposizione debitoria di conto corrente, era necessario tenere conto non solo dell'“*interesse*” inteso quale remunerazione del capitale, ma anche di tutti gli altri elementi che rappresentano un costo il cui sostenimento è collegato all'erogazione di credito.

Per raggiungere tale obiettivo, erano stati prospettati tre differenti criteri:

- verifica del superamento del “*tasso soglia*”, considerando la commissione di massimo scoperto nel primo addendo della formula di calcolo, sul presupposto che la commissione di massimo scoperto avesse natura di interesse;
- verifica del superamento del “*tasso soglia*”, includendo la commissione di massimo scoperto nel secondo addendo, sul riflesso che la commissione di massimo scoperto avesse natura di onere;
- verifica del superamento del “*tasso soglia*”, considerando la commissione di massimo scoperto come elemento a sé stante, non inclusa né nel primo, né nel secondo addendo, attraverso il cd. “*regime del margine*”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup>Trib. Torino 27 aprile 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>25</sup>Il “regime del margine” è illustrato dalla Banca d'Italia nei seguenti termini (Nota del 2 dicembre 2005):

«Le “istruzioni per la rilevazione” prevedono (al punto C3) che – per le operazioni di apertura di credito in conto corrente, di finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e di *factoring* – il tasso effettivo globale (T.E.G.) si ottiene sommando gli interessi, rapportati ai saldi liquidi con gli oneri, calcolati in percentuale sull'accordato.

In base al successivo punto C5 la commissione di massimo scoperto (infra C.M.S.) non rientra nel calcolo del T.E.G. ed è rilevata separatamente; la misura media rilevata, espressa in termini percentuali, è riportata in calce nelle tabelle dei tassi.

La scelta è coerente con la circostanza che l'entità della C.M.S. dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminarne la misura percentuale. Essa, infatti, rappresenta il compenso corrisposto dal cliente in relazione all'onere che l'intermediario sostiene per far fronte all'eventualità che venga aumentato lo scoperto di conto.

In tale contesto la verifica del rispetto delle “*soglie*” di legge da parte di ciascun intermediario richiede:

- il calcolo del tasso in concreto praticato – sommando gli interessi rapportati ai numeri debitori e gli oneri in percentuale sull'accordato, secondo le metodologie indicate al punto C3 – e il raffronto di tale tasso con la relativa soglia di legge;

In base al “*regime del margine*”, che restituiva una sorta di omogeneità fra T.E.G. e T.E.G.M. (base di riferimento per la determinazione del tasso soglia), la verifica del superamento del tasso soglia avveniva attraverso un meccanismo composito che consisteva nel confrontare il T.E.G. comprensivo della commissione di massimo scoperto con il T.E.G.M. maggiorato della commissione di massimo scoperto mediamente applicata, che – a partire dal 2005 – aveva formato oggetto di spontanea rilevazione da parte della Banca d’Italia. Più in particolare, il superamento si determinava soltanto nel caso in cui l’eventuale differenza positiva della commissione di massimo scoperto non fosse compensata dalla differenza negativa degli interessi<sup>26</sup>.

### **3.2.3. La versione aggiornata.**

La Banca d’Italia, nella versione successiva delle Istruzioni (2009)<sup>27</sup>, aveva precisato – con riguardo al trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del T.E.G. – quanto segue:

«Il calcolo del tasso deve tener conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito e sostenute dal cliente, di cui il soggetto finanziatore è a conoscenza, anche tenuto conto della normativa in materia di trasparenza.

In particolare, sono inclusi: [...] 7) gli oneri per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti».

Per effetto di tali modificazioni, veniva quindi meno l’antinomia creatasi a seguito dell’inadempimento, da parte del Ministero, della delega conferita dalla l. 108/1996.

- 
- il confronto tra l’ammontare percentuale dalla C.M.S. praticata e l’entità massima della C.M.S. applicabile (cd. “*C.M.S. soglia*”), desunta aumentando del 50% l’entità della C.M.S. media pubblicata nelle tabelle.

Pertanto, l’applicazione di commissioni che superano l’entità della “*C.M.S. soglia*” non determina, di per sé, l’usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

A tal fine, per ciascun trimestre, l’importo della C.M.S. percepita in eccesso 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 (“*margine*”).

Qualora l’eccedenza della commissione rispetto alla “*C.M.S. soglia*” sia inferiore a tale “*margine*” è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge».

<sup>26</sup>Invero, sarebbe stato più corretto applicare detto criterio tenendo conto, non di valori assoluti, ma di valori relativi; e, al fine di applicare correttamente il principio della matematica finanziaria, secondo cui le percentuali non possono essere sommate o sottratte, ma devono prima essere trasformate in coefficienti, si sarebbe dovuto procedere alla verifica dell’eventuale superamento del margine in termini di coefficienti.

<sup>27</sup>Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull’usura, agosto 2009, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

#### **4. La sentenza della Corte di Cassazione n. 12965 del 22/06/2016.**

La Suprema Corte, con la già citata sentenza<sup>28</sup>, ha preso posizione sul punto affermando 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 thesi* legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il T.E.G.M. – 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 ciò è avvenuto solo dal 1 gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del T.E.G.M. 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 gli interessi sono presuntivamente sempre usurari, derivandone che – per i rapporti bancari esauriti prima del 1 gennaio 2010, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante – non debba tenersi conto delle C.M.S. 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.

La Corte di Cassazione ha inoltre aggiunto che l'art. 2-bis della legge n. 2/2009, disciplinando la materia delle commissioni di massimo scoperto, pure omettendo ogni definizione più puntuale delle stesse, ha effettuato una ricognizione dell'esistente con l'effetto sostanziale di sancire definitivamente la legittimità di siffatto onere e, per tale via, di sottrarla alle censure di legittimità sotto il profilo della mancanza di causa.

A tale orientamento si è subito allineata la giurisprudenza di merito<sup>29</sup>, affermando che solo con la promulgazione della legge di conversione n. 2 del 2009 la commissione di massimo scoperto (ma solo a far data dal 1° gennaio 2010) “entra”, quale possibile addendo, nel calcolo attraverso cui si computa il costo del credito e, quindi, si opera la rilevazione del tasso effettivo globale medio; e solo da tale momento l'onere qui oggetto di studio è suscettivo di concorrere al superamento delle soglie d'usura di cui alla legge n. 108 del 1996.

#### **5. L'esame sistematico del problema.**

##### **5.1. La natura giuridica dei decreti del Ministero del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze).**

---

<sup>28</sup>Cass. 22 giugno 2016, n. 12965, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>29</sup>Fra le altre, si veda Trib. Teramo 26 luglio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Nell'~~ordinamento giuridico italiano~~, il decreto ministeriale è un ~~atto amministrativo~~ emanato da un ~~ministro della Repubblica Italiana~~, nell'ambito delle materie di competenza del suo ~~dicastero~~. Esso non ha forza di legge e, nel sistema delle ~~fonti del diritto~~, riveste carattere di fonte normativa secondaria soltanto qualora sia qualificato come ~~regolamento~~.

È sempre prescritto dalla legge, che – dopo aver delineato i principi fondamentali di una data materia – ne affida l'esatta definizione tecnica ed attuazione al ministro competente, il quale la realizza con proprio decreto<sup>30</sup>.

Il decreto ministeriale è di solito generale e astratto, in quanto pone ~~norme~~ tecniche di dettaglio (o generiche, ma relative ad uno specifico argomento), finalizzate all'attuazione di una data norma di legge.

Viene normalmente operata una distinzione fra decreti di natura regolamentare e decreti di natura non regolamentare.

Per quanto di interesse, i decreti di natura non regolamentare – a differenza dei decreti legislativi – non si inquadrano tra le fonti tipiche del diritto, non producono l'effetto *iura novit curia*, e vincolano non tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico ma solo alcuni destinatari determinati.

Tuttavia, non è possibile ricondurre questi provvedimenti ad una unica tipologia di atti: vengono in prevalenza utilizzati quando il legislatore deve integrare la previsione normativa con elementi contingenti o tecnici che richiedono una frequente rimodulazione della disciplina e, pertanto, correttamente non rinvia ad organi latamente politici ma ad organi amministrativi.

E' questo l'ambito di tutti i provvedimenti amministrativi generali, di contenuto non normativo, quali i provvedimenti di determinazione di aliquote, i provvedimenti di fissazione dei prezzi, i provvedimenti di contingentamento della produzione economica o agricola, i piani urbanistici.

In questa categoria rientrano senza dubbio anche i decreti del Ministero dell'economia e delle finanze, nei quali vengono indicati i tassi soglia usurari, riferiti a diverse categorie di operazioni finanziarie.

## **5.2. Le conseguenze derivanti dalla violazione dei principi della “delega”.**

### **5.2.1. I vizi degli atti amministrativi.**

L'atto amministrativo “*non regolamentare*” può essere viziato in modo più o meno grave, dando luogo a due categorie di invalidità: la nullità e l'annullabilità.

Secondo la ricostruzione comunemente operata, un atto amministrativo è nullo se:

- c'è incompetenza assoluta: colui che ha emanato l'atto non aveva potere di farlo;

---

<sup>30</sup>Sotto questo aspetto, il decreto ministeriale non va confuso con il ~~decreto legislativo~~, che è invece un atto avente forza di legge emanato dal ~~Governo~~ nel suo insieme a seguito di una ~~legge di delega parlamentare~~.

- manca uno degli elementi essenziali: inesistenza o indeterminabilità del soggetto o dell'oggetto, illegittimità del contenuto, mancanza di finalità intesa come interesse pubblico, eccetera.

Per contro, un atto amministrativo risulta annullabile quando:

- c'è incompetenza relativa: l'organo che ha emanato l'atto è competente, ma non colui che se ne è occupato ad esempio perché inferiore gerarchicamente a chi ne aveva il potere;
- c'è violazione di legge: l'atto va contro una legge dello Stato;
- c'è eccesso di potere: disparità di trattamento, illogicità della motivazione, ingiustizia manifesta, eccetera.

Secondo una parte della dottrina, esiste anche una terza categoria di invalidità degli atti amministrativi: l'inesistenza.

Nel caso che ci riguarda, vi è pacificamente stata – sino a tutto il 2009 – una violazione di legge, giacché il Ministero dell'economia e delle finanze ha ommesso di rilevare il tasso effettivo globale medio, escludendo inopinatamente alcune componenti di costo (quali, per l'appunto, la commissione di massimo scoperto); con la conseguenza che i decreti pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale sono annullabili.

Al proposito, occorre rammentare che l'atto amministrativo annullabile è:

- giuridicamente esistente;
- efficace;
- sanabile.

Inoltre, l'annullabilità non opera di diritto, ma solo nel caso sia fatta valere da chi ne abbia interesse – il privato ma anche la pubblica amministrazione stessa – ed a seguito di un altro atto della pubblica amministrazione o di una sentenza del giudice amministrativo.

Quindi, nel caso di specie, si deve fondatamente ritenere che chi ne abbia interesse possa – in *primis* – adire lo stesso Ministero dell'economia e delle finanze, affinché – in virtù del principio di autotutela – disponga la revoca della norma ovvero la sua sostituzione.

### **5.2.1. L'autotutela.**

L'autotutela amministrativa può essere definitiva come quel complesso di attività con cui ogni pubblica amministrazione risolve i conflitti potenziali ed attuali, relativi ai suoi provvedimenti o alle sue pretese. In questi casi la pubblica amministrazione interviene unilateralmente con i mezzi amministrativi a sua disposizione (salvo ovviamente ogni sindacato giurisdizionale), tutelando autonomamente la propria sfera d'azione<sup>31</sup>.

Possono distinguersi due tipologie di autotutela: quella “*decisoria*” e quella “*esecutiva*”.

<sup>31</sup>Sul punto si veda G. SGUEO, *L'autotutela amministrativa*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

Circoscrivendo l'indagine all'autotutela decisoria, occorre rammentare che essa si attua attraverso l'emanazione di una decisione amministrativa e può riguardare – in particolare – gli atti amministrativi precedentemente emanati dalla pubblica amministrazione.

In tale contesto, si parla di autotutela decisoria di tipo diretto, o non contenzioso, quando la pubblica amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente o nell'adempimento di un preciso dovere. In questa categoria rientrano gli atti di ritiro e di controllo.

In particolare gli atti di ritiro si fondano sulla potestà della pubblica amministrazione di impugnare autonomamente i propri provvedimenti, qualora questi siano illegittimi o inopportuni *ab origine*, oppure lo siano divenuti *in itinere*. Essi si definiscono come provvedimenti amministrativi a contenuto negativo che sono emanati in base ad un riesame dell'atto, compiuto nell'esercizio del medesimo potere amministrativo esercitato con l'emanazione dell'atto stesso, al fine di eliminare il vizio che lo affligge.

I principali atti di ritiro sono due:

- l'annullamento d'ufficio, disciplinato dall'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 e qualificabile come un provvedimento amministrativo di secondo grado con cui viene ritirato dall'ordinamento, con efficacia retroattiva, un atto amministrativo illegittimo, per la presenza di vizi di legittimità originari;
- la revoca, disciplinata dall'art. 21-*quinquies* della stessa l. 241/1990, che costituisce il corrispettivo dell'annullamento d'ufficio, con la differenza che opera con riferimento ad atti inopportuni.

Il ritiro è dunque un provvedimento amministrativo di secondo grado, con cui la Pubblica Amministrazione ritira con efficacia non retroattiva un atto inficiato da vizi di merito in base ad una nuova valutazione degli interessi.

L'autotutela costituisce anche il fondamento degli atti di convalida con cui la pubblica amministrazione opera una sanatoria dei vizi contenuti nell'atto.

I principali atti di convalida sono tre:

- la convalida: si tratta di un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, che elimina i vizi di legittimità di un atto invalido, precedentemente emanato dalla stessa autorità (ad esempio, integrazione della motivazione insufficiente, eliminazione delle clausole invalidanti);
- la ratifica: anch'esso è un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, con cui viene eliminato il vizio di incompetenza relativa da parte dell'autorità astrattamente competente, la quale si appropria di un atto adottato da autorità incompetente dello stesso ramo;

- la sanatoria: opera quando un atto o un presupposto di legittimità del procedimento, mancante al momento dell’emanazione dell’atto amministrativo, viene emesso successivamente in modo da perfezionare *ex post* l’atto illegittimo.

Infine, l’autotutela costituisce il fondamento degli atti di conservazione con cui si cerca di perseguire il raggiungimento dello scopo di un atto ove l’atto, pur viziato, sia egualmente in grado di soddisfare l’interesse pubblico.

I principali atti di conservazione sono:

- la consolidazione-inoppugnabilità: è una causa di conservazione oggettiva dell’atto amministrativo, che dipende dal decorso del termine perentorio entro il quale l’interessato avrebbe dovuto proporre ricorso contro l’atto invalido. Si tratta in sostanza di una figura processualistica assimilabile al passaggio in giudicato della sentenza;
- l’acquiescenza: è una causa di conservazione soggettiva dell’atto amministrativo, che dipende da un comportamento con cui il soggetto privato dimostra espressamente o per fatti concludenti di essere d’accordo con l’operato della pubblica amministrazione, precludendosi la possibilità di impugnare nuovamente l’atto;
- la conversione: con essa si considera un atto invalido – sia annullabile che nullo – come appartenente ad un altro tipo, di cui presenta gli stessi requisiti di forma e sostanza;
- la conferma: con la conferma si intende la manifestazione di volontà non innovativa con cui l’autorità ribadisce una sua precedente determinazione, eventualmente ripetendone il contenuto.

Nel caso in esame, si potrebbe ricorrere – se non all’annullamento d’ufficio – alternativamente alla convalida, attraverso l’eliminazione del vizio di legittimità (consistente nell’estromissione, *ab origine*, della commissione di massimo scoperto) ovvero alla conversione, attribuendo rilevanza distinta al T.E.G. e alla commissione di massimo scoperto media.

### **5.2.3. Il ricorso al giudice amministrativo.**

Nel caso in cui si ritenga di non ricorrere all’autotutela o nell’ipotesi che quest’ultima non produca i propri effetti, qualunque interessato potrebbe ricorrere al giudice amministrativo allo scopo di accertare l’illegittimità dell’atto amministrativo.

### **5.2.4. L’istituto della disapplicazione.**

Ma vi è una possibilità alternativa: la disapplicazione, da parte del giudice civile, dell’atto amministrativo illegittimo.

Al proposito, si deve fare riferimento alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 (“*Legge per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia*”), il cui art. 2 (all. E) individua i diritti soggettivi come criterio attributivo di giurisdizione al giudice ordinario (cd. “*limiti esterni*”), ed i cui successivi artt. 4 e 5

indicano i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione (cd. “*limiti interni alla giurisdizione*”)<sup>32</sup>.

Ai sensi dell’art. 4, quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativa, i tribunali si limitano a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio. L’atto amministrativo non può essere revocato o modificato se non a seguito di ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

Più in particolare, la norma da ultimo citata stabilisce che:

- il giudice ordinario può limitarsi a dichiarare illegittimo l’atto amministrativo, senza poterlo annullare, revocare o modificare;
- il sindacato del giudice è limitato al caso deciso e non ha efficacia *erga omnes*, in quanto oggetto del sindacato è la lesione di un diritto, non la legittimità dell’atto amministrativo;
- essendo oggetto del giudizio la lesione di un diritto, il giudice ordinario non può annullare l’atto amministrativo;
- per la stessa ragione il giudice ordinario non può sindacare il merito dell’atto amministrativo e, dunque, non può revocarlo o modificarlo;
- dal giudicato discende un vincolo conformativo per la pubblica amministrazione, che è tenuta a annullare, revocare, modificare l’atto amministrativo, se necessario per soddisfare la pretesa dedotta in giudizio;
- in caso di inottemperanza, soccorre il rimedio del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo, per ottenere l’esecuzione della sentenza del giudice ordinario.

La fattispecie ricorre in tutti i casi in cui la questione sulla legittimità dell’atto amministrativo risulta pregiudiziale alla decisione della controversia principale, in quanto costituisce l’antecedente logico-giuridico della suddetta decisione. Ove, peraltro, la questione non rientri nell’oggetto del giudizio, poiché l’atto amministrativo non lede alcun diritto del cittadino, bensì – più tipicamente – interessi legittimi, la relativa questione esula dalla competenza principale del giudice civile e non può, quindi, essere decisa con efficacia di giudicato, bensì semplicemente – in via occasionale –, cioè *incidenter tantum*.

La disapplicazione in via incidentale ha – quindi – spazio applicativo nelle liti su diritti soggettivi, insorte tra privato e pubblica amministrazione, o tra privati, e in relazione alle quali l’atto amministrativo non è l’oggetto principale del giudizio, ma un antecedente.

---

<sup>32</sup>Sul punto si vedano: A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it); R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha affermato che il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo quando la valutazione della legittimità del medesimo debba avvenire in via incidentale, ossia quando l'atto non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale<sup>33</sup>.

Quanto ai vizi dell'atto rilevabili in sede di disapplicazione, la tesi preferibile e consolidata è nel senso che il giudice ordinario può sindacare in via incidentale qualsiasi vizio di legittimità, dunque anche l'eccesso di potere, oltre all'incompetenza e alla violazione di legge, fermo restando il divieto di sindacato del merito amministrativo<sup>34</sup>. E' bene ancora rammentare che il potere di disapplicazione incidentale è esercitabile d'ufficio.

Un tema dibattuto è quello della disapplicazione da parte del giudice penale<sup>35</sup>.

Vengono, anzitutto, in considerazione ipotesi in cui l'atto amministrativo legittimo costituisce elemento costitutivo dell'illecito penale, che consiste nell'inosservanza dell'atto. In tale ipotesi, il giudice penale, per accertare se sussiste o meno l'illecito penale di inosservanza di un provvedimento "legalmente dato", verifica anche la legittimità dell'atto amministrativo e – se accerta che il provvedimento non è legalmente dato – esclude l'illecito penale.

A stretto rigore, in tale caso non si tratta di disapplicazione dell'atto amministrativo, ma di esercizio dei poteri del giudice penale di accertare la sussistenza o l'insussistenza dell'illecito.

Per quanto di interesse, alla luce delle considerazioni sopra esposte, pare quindi ragionevole ritenere che qualsiasi parte del giudizio possa invocare la disapplicazione incidentale dei decreti pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale (sino a tutto il 2009) e che addirittura lo stesso giudice – in sede sia civile sia penale – possa d'ufficio disapplicarli.

### ***5.3. I criteri alternativi: la revivescenza del regime del margine.***

Nel caso in cui si pervenga – attraverso l'autotutela, una sentenza del giudice amministrativo ovvero mediante l'accertamento incidentale del giudice civile – alla disapplicazione dell'atto amministrativo, il controllo di liceità del costo del finanziamento (comprensivo di tutte le «commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito») previsto nel contratto o concretamente applicato potrà essere esercitato solo accertando l'usura in concreto ai sensi dell'art. 644, comma 4, c.p., a norma del quale «Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o

<sup>33</sup>Cass. 22 febbraio 2002, n. 2588.

<sup>34</sup>Cass. 22 febbraio 2010, n. 4242; Id. 26 giugno 2006, n. 14728; Id. 23 luglio 2004, n. 13848.

<sup>35</sup>Su cui si veda R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

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».

Al di là della seconda parte della norma, ove si fa riferimento alle condizioni soggettive dell'utilizzatore, rileva la prima parte della stessa, in cui si richiama il tasso medio praticato per operazioni similari. E a tale fine potrebbe tornare di attualità il regime del margine sopra descritto, che – grazie alla rilevazione operata dalla Banca d'Italia (solo a partire dal 2005) – offre un'indicazione dell'ammontare della commissione di massimo scoperto mediamente praticata.

Tuttavia, il metodo del margine non potrebbe essere assunto a riferimento ai fini dell'usura oggettiva, in quanto i criteri di rilevazione della commissione di massimo scoperto sono disomogenei rispetto a quelli del tasso effettivo globale medio: infatti, nella formula utilizzata per la rilevazione di quest'ultimo, gli oneri del secondo addendo sono rapportati all'“accordato” (cioè all'affidamento concesso) e non all'“utilizzato” (cioè al massimo scoperto), laddove le “*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*” prevedono che «La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali (...) Il calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuato, per ogni singola posizione rientrante nelle Categorie 1, 2 e 5, rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata». Con la conseguenza che la commissione di massimo scoperto media non può essere *sic et simpliciter* aggiunta al tasso effettivo globale medio, per “ricomporre” una grandezza onnicomprensiva rilevante ai fini dell'usura oggettiva.

In definitiva, il metodo del margine – che conduce ad una misura spuria dell'onerosità complessiva – può tutt'al più essere utilizzata come grandezza di riferimento ai fini dell'usura soggettiva.

## **6. Conclusioni.**

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, possono essere tratte le seguenti conclusioni:

- il T.E.G.M. oggetto di rilevazione da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con la Banca d'Italia, non può essere assunto a riferimento, in quanto non coerente con le indicazioni della l. 108/1996;
- i decreti emanati dal Ministero dell'economia e delle finanze sino a tutto il 2009 presentano, dunque, un vizio di annullabilità;
- qualunque interessato può chiedere al Ministero dell'economia e delle finanze di revocare o sanare, in autotutela, tali decreti;

- in alternativa, qualunque interessato può adire il giudice amministrativo per ottenere la dichiarazione di illegittimità;
- infine, qualunque interessato chiederne al giudice la disapplicazione, nell'ambito di un giudizio civile o penale;
- in ogni caso, il giudice – civile e penale – può disapplicarli d'ufficio.

Rimane da chiedersi, ed è ciò che viene fatto nella citata sentenza della Suprema Corte<sup>36</sup>, se – per il periodo antecedente al 2010 – la commissione di massimo scoperto possa formare, alternativamente, oggetto di verifica dell'eventuale usurarietà e soprattutto se un'eventuale sproporzione nella sua dimensione applicativa possa rilevare sul piano sia civilistico sia penale.

Tuttavia, anche se la commissione di massimo scoperto mediamente applicata ha formato oggetto, a partire dal 2005, di rilevazione e di pubblicazione, non pare che la stessa possa essere assunta a riferimento ai fini dell'art. 644, comma 1, c.p., giacché – a norma dell'art. 2, comma 3, della l. 108/1996 – «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»; laddove il comma 1 dello stesso articolo stabilisce che «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 iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale».

Quindi, è vero che la commissione di massimo scoperto media è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, ma tale misura non può essere utilizzata ai fini dell'art. 644, comma 3, c.p. (usura oggettiva), in quanto rilevata autonomamente secondo criteri disomogenei (v. *supra*) rispetto al tasso effettivo globale medio e non riconducibile – in alcun modo – a quest'ultimo, proprio in ragione della citata disomogeneità. Si tratta, quindi, di una rilevazione “atipica” e a sé stante e – per tale motivo – non significativa ai fini dell'usura oggettiva.

Pertanto, essa potrebbe – tutt'al più – rilevare ai sensi dell'art. 644, comma 4, c.p., ai sensi del quale «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,

---

<sup>36</sup>Cass. 22 giugno 2016, n. 12965, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione».

Non sarebbe, tuttavia, sufficiente l'eventuale sproporzione, dovendo essere fornita anche la prova che l'utilizzatore «si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».