

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

2017 | 2018

L'onniprensività dell'interesse usurario. Elementi costitutivi e sistema delle fonti all'attenzione delle SS.UU.*

SOMMARIO: 1. La scelta per la definizione di “interesse usurario”. – 2. Il superamento delle esigenze ostative: il ruolo delle banche. – 2.1. Il ruolo della normativa secondaria. – 2.2. Il ruolo della pubblicazione dei TEGM. L'autovalutazione dell'interesse usurario come obbligo di *compliance* degli intermediari vigilati – 3. L'eversione della norma primaria fondata sulla normativa secondaria, questione rimessa alle SS.UU. – 4. Costi collegati e *cross selling practices* – 4.1. Collegamento e contestualità: rilevanza presuntiva in una recente sentenza di Cassazione.

1. Nella Relazione Ministeriale al Re sul progetto definitivo del Codice penale, trattando delle opzioni di configurazione del delitto di usura, il Guardasigilli Rocco motivava l'assenza di una definizione di interesse usurario affermando che essa «non è possibile, e non è necessaria. Si è fatto ricorso alla locuzione “interessi o altri vantaggi usurari”, perché appunto *l'usura si nasconde nei più vari espedienti e non si realizza solo nell'alta misura di interessi*; e d'altra parte non si può stabilire in un Codice quando la misura degli interessi raggiunga tal grado da fornir materia di usura, essendo *la misura degli interessi dipendente dalle più diverse circostanze di tempo, di luogo, di persone, di rischio...*il magistrato nei singoli casi può determinare quando e come gli interessi cessano di essere una controprestazione e diventano una illegittima locupletazione»¹.

Nell'enfasi aggiunta al brano che ho riportato sono focalizzati i due elementi che, nella riforma del 1996, hanno avuto risposta legislativa diversa, sollecitata dalla modesta efficienza della norma originaria, tanto vaga nel definire i contorni della fattispecie da condurre ad una comprensibile cautela la magistratura, che finiva per perseguire solo i fatti “la cui usurarietà è talmente manifesta, da risultare...quasi scandalosa”².

* Relazione al Convegno *Usura bancaria: a vent'anni dall'introduzione del presidio di legge*, Roma, 7-8 novembre 2017.

¹ Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte II, Roma, 1929, p. 467.

² MANNA, *La nuova legge sull'usura. Un modello di tecniche “incrociate” di tutela*, UTET, 1997. p. 26

Com'è noto, con la l. 108/96 si raccoglie l'impostazione francese³, di tradizione laica e non "pedagogica", sia nella strutturazione che nella connessa *ratio* delle norme, integralmente sostituita da un nuovo art. 644 (art. 1 l. 108/96).

Nella strutturazione della norma: l'asse principale si sposta dal disvalore di condotta al disvalore di evento tramite l'oggettivizzazione della nozione di interesse usurario e il collegamento della sua quantificazione agli interessi mediamente praticati sul mercato legale⁴.

Nella *ratio*: l'art. 644 c.p. assume il ruolo di norma di ordine pubblico economico con funzione correttiva degli abusi di mercato⁵, espletata perseguendo una politica legislativa coerente con lo spettro di limiti all'iniziativa economica privata definito dall'art. 41, 2° co. Cost.

³ Sulla comparsa di un tasso limite già nell'Ottocento, v. ATTUEL-MENDÈS, ASHTA, *La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès au crédit des microentreprises*, al sito <https://hal.archives-ouvertes.fr>, p. 5 s.

⁴ La normativa francese è riprodotta nella versione all'epoca vigente, costituita dalla l. 66/1010, come modificata dalla l. n. 89-1010 che, eliminato il c.d. tasso *butoir*, lasciava il sistema a due tassi: medio e di usura, con *spread* di un terzo. Segnale che già all'epoca la dottrina francese lamentava limiti della norma oggi riproposti dal dibattito nazionale. In particolare: ridotta applicazione, nonostante la semplificazione del calcolo del tasso operata con la riforma del 1989 e dubbi che esista ancora l'usuraio per il legislatore. Cfr. DOUCOULUX-FAVARD, *Droit penal des affaires*, 2° ed., Masson, 1993 p. 76 ss.

Sul primo aspetto dirò in seguito, per il secondo segnale che le specificità dell'usura criminale sono ritratte nel novero delle aggravanti (nn. 2, 3, 5 dell'art. 644, co. 5), cui fa da – forse demagogico – contraltare l'aggravante di usura bancaria (n.1 dell'art. 644, co. 5). E i due livelli – usura bancaria/usura criminale – attraversano la normativa anche nei momenti di potenziali rischi di contagio e contiguità, ad esempio all'art. 2, co. 1 e 2 l. 108/96, dove il Ministro opera "sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi", cui facevano capo le competenze anticiclaggio oggi internalizzate nella Banca d'Italia (UIF); all'art. 16, co. 9 che espressamente considera – sia pur con previsione sussidiaria - la non inusuale fattispecie di fiancheggiamento usurario ("Salvo che il fatto costituisca reato piu' grave, chi, nell'esercizio di attività bancaria, di intermediazione finanziaria o di mediazione creditizia, indirizza una persona, per operazioni bancarie o finanziarie, a un soggetto non abilitato all'esercizio dell'attività bancaria o finanziaria, è punito con la reclusione da due a quattro anni").

⁵ Sul carattere funzionale della nozione di ordine pubblico economico come limite all'autonomia privata G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Giuffrè, 1970.

Lo scopo della norma, infatti, sta nella tutela della funzionalità, integrità e correttezza del mercato del credito, realizzata ponendo una soglia d'azione che omogeneamente tocca tutti gli attori – legali e illegali – del mercato.

Per il mercato legale, la soglia d'azione incide sul 'potere normativo'⁶ esplicito con la contrattazione uniforme, in cui il contratto diviene veicolo per la libertà del contraente predisponente.

Libertà di salvaguardare "sacche di inefficienza e di allocazione delle risorse distorsive del mercato e della concorrenza"⁷.

Libertà di impiego di contratti veicolo di opacità e costi sorpresa che incidono non solo e non tanto sulla condizione di debolezza economica (peraltro distintamente considerata come aggravante dalla norma, al co. 5, n. 3), ma sulla organizzazione e pianificazione finanziaria dei fruitori di servizi di credito, famiglie e imprese, ciascuna categoria con la propria rilevanza sociale e sistemica, ma con particolare attenzione normativa alle attività produttive (e v. l'aggravante di cui al co. 5, n. 4 per il reato commesso in danno di chi svolga attività imprenditoriale, professionale o artigianale).

In ragione di un'emergenza sociale in quella fase ben presente al legislatore⁸, la norma focalizza il suo spettro repressivo sulla devia-

⁶ Adopero la basilare qualificazione di BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, rist. 1996, p. 416 e passim.

⁷ QUADRI, *Profili civilistici generali dell'usura*, in *Mercato del credito e usura*, a cura di Macario e Manna, Giuffrè, 2002, p. 107. In tale prospettiva, la normativa può anche giocare come strumento di tutela della qualità dell'operatività bancaria avverso pratiche d'assunzione di rischi anomali a fini di massimizzazione dei profitti da intermediazione. Dubiterei però che la l. 108/96 mirasse esclusivamente a costituirsi come 'braccio armato' della sana e prudente gestione bancaria (come suggestivamente proposto da LA ROCCA, *Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le S.U. impongono di rivedere la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, specie par. 4). Elaborando una nozione onnicomprensiva di interesse usurario, infatti, la legge vuol incidere più che sulla sola massimizzazione del tasso d'interesse applicato a finanziamenti d'elevata rischiosità, sul complesso di metodiche sviluppate per trarre profitto dall'ordinaria erogazione di finanziamenti, come meglio dirò nel prosieguo.

⁸ Non va dimenticato che la norma è introdotta a ridosso della fase di prima applicazione della legge sulla trasparenza bancaria che, fra divieto di rinvio agli usi e pubblicizzazione delle condizioni economiche, aveva avviato un processo di emersione dei costi e dei margini di ricavo delle attività di concessione di finanziamenti, nelle diverse forme tecniche e che le risultanze segnavano livelli di difficile tollera-

zione antigiuridica di un'attività lecita idonea ad ostacolare lo sviluppo dell'economia reale.

2. Nella prospettiva che ho rapidamente delineato, il metodo di configurazione dell'interesse usurario risponde all'esigenza di snidare l'usura che “*si nasconde nei più vari espedienti*”.

Con questo gravoso compito la legge si misura (art. 644, co. 4) elaborando un criterio di onnicomprensività degli ‘interessi’ che mira ad includere ogni contropartita economica collegata al finanziamento e riconducibile alla volontà del finanziatore, con espressa esclusione dei soli carichi economici discendenti da atti d'imperio (imposte e tasse). Corrente il rilievo che l'onnicomprendività è declinata seguendo le componenti del costo del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo, spese) che hanno un senso solo in prospettiva di mercato legale del credito⁹, con prospettazione a mio parere legata al ruolo che ai protagonisti di tale mercato la legge 108/96 assegna.

La nuova normativa, infatti, guarda alle banche (ed agli intermediari finanziari del titolo V tub) in duplice veste. Essi sono da un lato eventuali soggetti attivi del reato (connotato da specifica aggravante, art. 644, co. 5, n.1 c.p.), d'altro lato stabili e necessari destinatari di un ruolo di collaborazione nel percorso istituzionale che veicola le informazioni destinate alla quantificazione dei TEGM.

Percorso disegnato per rispondere alla seconda delle esigenze ostative alla definizione di interesse usurario individuate nella Relazione al codice Rocco, indicata nel fatto che “*la misura degli interessi[è] dipendente dalle più diverse circostanze di tempo, di luogo, di persone, di rischio*”.

Si rimette quindi alla flessibilità della normativa secondaria (d.m. Tesoro, ora Economia, con cadenza annuale) il compito di classificazione delle operazioni per categorie omogenee (art. 2, co.2), compito cui la stessa legge assegna la finalità di segmentare nel mercato le “operazioni della stessa natura”, rilevando rispetto a ciascuna catego-

bilità sociale, che richiedevano a gran voce - specie tramite le organizzazioni di categoria di diversi settori produttivi – una risposta politica.

⁹ Ciò si rilevò già in sede di primo commento. Cfr. SANTACROCE, *La nuova disciplina penale dell'usura: analisi della fattispecie-base e difficoltà applicative*, in *Cass. pen.*, 1997, 1541 s.

ria lo spettro di interesse onnicomprensivo indicato dall'art. 644 (art. 2, co. 1).

Interesse mediamente praticato che, ad evitare effetti di falsata rappresentatività, è corretto in ragione di eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto (ora, di rifinanziamento) intervenute nel periodo di riferimento.

La rilevazione, così corretta, fotografa trimestralmente la corrente operatività del mercato legale¹⁰.

2.1. Il compito di selezionare le voci destinate a comporre i TEGM era prontamente rimesso - con il decreto di prima classificazione delle operazioni creditizie - dal Ministro nelle mani della Banca d'Italia, cui veniva conferita anche facoltà di sub-articolazione delle categorie individuate dal medesimo decreto (art. 2 d.m. 23 settembre 1996).

È quindi in questa fonte secondaria che trovano base giuridica - e limite di legittimità - le conseguenti istruzioni della Banca d'Italia, atti amministrativi la cui natura giuridica è condivisibilmente collocata dalla migliore e dominante dottrina nel *genus* degli ordini¹¹ e qualificate dalla Corte di Giustizia¹² come atti non aventi natura normativa, ma di semplice prassi amministrativa.

¹⁰ Come ricordato (nt. 4), la rilevazione ministeriale si effettua sentita la Banca d'Italia, con interlocuzione chiaramente finalizzata ad acquisire informazioni sull'operatività degli intermediari vigilati, di cui si dà per presupposta la complessità. Da questo rilievo non mi pare condivisibile inferire la qualificazione come 'mito' della corrente espressione 'fotografia del mercato' con cui si sottolinea la funzione ricognitiva assegnata dalla legge alla rilevazione, come si è di recente sostenuto assumendo che al fotografo "si chiede solo di premere il tasto di scatto" (GIRINO, *Quot capita, tot fenora. Per una rilettura critica, non ipercritica, dell'usurato presidio usurario e per l'avvio di un razionale percorso di riforma*, in *Riv. dir. banc.*, n. 11/2017, p. 11). Non c'è bisogno di pensare a Robert Capa o ad Oliviero Toscani per percepire la inevitabile dimensione della fotografia come sguardo sull'oggetto fotografato, ancor più se lo sguardo è rivolto da soggetto tecnicamente qualificato. Il che pone la questione della discrezionalità del fotografo, di cui dirò fra un attimo.

¹¹ Per tutti CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 4*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, 3° ed., Cedam, 2012 t. I, p. 42, ove anche riferimenti.

¹² C-300/81, *Commissione v. Italia*, in *Racc.*, 1983, IV, p. 449. Ricordano il precedente, nei termini riferiti, CLARICH, CAMILLI, *Commento agli artt. 2- 4*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Giuffrè, 2010, p. 30, nt. 99.

La loro funzione non può legittimamente travalicare il ruolo discendente dai due elementi indicati (natura giuridica e base giuridica), trattandosi quindi nella specie di ordini rivolti ai soggetti vigilati ai fini dell'espletamento del già descritto compito di collaborazione nel percorso di rilevazione dei costi del credito che la legge loro assegna, consistente nella trasmissione dei TEG da ciascuno praticati, posti poi a base del calcolo della relativa media.

La base giuridica delle istruzioni è articolata dal decreto nei due elementi della selezione delle voci di costo e della segmentazione delle categorie. Per il primo aspetto, dovendo svolgersi il percorso sulla base di una rilevazione diffusa che fotografi l'ordinaria operatività delle banche e degli intermediari finanziari, le istruzioni 'orientano' la ricognizione verso una serie predeterminata di voci di costo normalmente ricorrenti¹³.

Per il secondo aspetto, va sottolineato che, nella legge, il compito rimesso alla normativa secondaria è di rilevazione - delle operazioni della stessa "natura" (art. 2, co.1), individuata secondo i criteri identificativi del successivo co. 2 (natura, oggetto, importo, durata, rischi,

¹³ Formalmente, anche nelle vigenti Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi del luglio 2016(C.4) la ricognizione non è chiusa: l'elenco delle voci incluse s'apre con "in particolare" e segue la così formulata prescrizione: "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". La valenza delle due precisazioni evidenziate, che seguono la riproposizione del dettato dell'art. 644, co. 5, non è immediatamente rilevabile. Prescindendo da facili ironie sul vantaggio a propria insaputa, che pure è noto al panorama nazionale, l'abbozzo di configurazione restrittiva della definizione normativa mi pare collegarsi all'orientamento alla sovrapposizione fra TEG e TAEG (cfr. l'identica dizione dell'art. 121, co. 1, lett. e tub), che è addirittura prescritto dal criterio di calcolo del TEG dettato dal precedente punto C.3.b ed echeggiato dalla selezione dei costi rilevati "in particolare". Ciò senza tener conto né della differenza funzionale dei due indici (su cui v. MARCELLI, *TAEG e TEG, La contraddizione non trova soluzione*, 16/09/2009, www.altalex.com), né del fatto che composizione e calcolo del TAEG discendono da normativa - di armonizzazione massima, 'contrattata' a livello europeo - che ha contenuto (rispetto al precedente paniere di composizione del TAEG, modificato con direttiva 2008/48 e poi 2011/90) ma non eliminato i costi sorpresa. La congruenza della selezione del paniere TAEG con la propria normativa di riferimento è però questione diversa dalla congruenza con il principio di onnicomprensività dettato dalla norma primaria anti-usura, come in dettaglio dirò nel prosieguo con riferimento ai costi collegati.

garanzie) - non di guida e/o tolleranza del mercato, finalità del pari raggiungibili con la segmentazione in categorie e sottocategorie. È quanto, ad esempio, si è fatto per legge in Francia (c.d. *loi Lagarde*, n. 2010/737, sulla riforma del credito al consumo) per disincentivare il ricorso al credito *revolving*, segmentando il prestito personale di diversa forma tecnica solo per ammontare, così ‘annacquando’ il tasso *revolving*. È quanto in Italia si fa, in un’opaca interlocuzione fra gli atti di normativa secondaria, piegando a varie e non sempre trasparenti finalità gli spazi di discrezionalità tecnica consegnati dalla declinazione legale dei criteri di omogeneità delle categorie¹⁴.

2.2. Nel disegno normativo, il percorso di formazione (rilevazione e correzione) dei TEGM sfocia in un periodico d.m., pubblicato “senza ritardo” in Gazzetta Ufficiale (art. 2, co. 1, l. 108/96). I dati così pubblicati costituiscono la base di quantificazione dell’interesse usurario, la cui qualificazione discende dal superamento dello *spread* di scostamento dal TEGM della relativa categoria, come a tutte lettere affermato dal successivo co. 4, che si pone in espressa relazione con l’art. 644, co. 3 c.p. (come modificato dall’art. 1 della stessa legge)¹⁵.

¹⁴ Sul profilo interamente rinvio alla vigorosa ed esauriente trattazione di MARCELLI, *Usura bancaria a un ventennio dalla legge: un impietoso bilancio*, *BBTC*, n.4/ 2017, suppl., p. 138 ss .

¹⁵ Riporto, per comodità del lettore, le norme d’interesse: “La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art. 644, co. 3 c.p.); “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, *augmentato* di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali” (art. 2, co. 4, l. 108/96). È noto che la maggiorazione dello *spread*, attualmente vigente, è frutto di una modifica apporta da uno dei ‘decreti sviluppo’ (d.l. 70/2011, conv. in l. 106/2011). Segnalo – sempre in collegamento a considerazioni di metodo legislativo – che la situazione di criticità legata alla congiuntura fu affrontata da pressoché coeva modifica alle norme antiusura francesi, consentendo possibilità di deroga transitoria al tetto usurario che “peuvent être mises en œuvre par le ministre chargé de l’économie, sur proposition motivée du gouverneur de la Banque de France, pour une période ne pouvant excéder huit trimestres consécutifs, en cas de ^[SEP]variation d’une ampleur exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit” (art. L 313-5 Code monétaire et financier, come modificato dalla l. 2010/737).

Nella chiara *ratio* normativa – che sul punto replica la linearità logica della normativa di ispirazione – compito del decreto è solo quello di pubblicizzare i valori medi di periodo. E “il valore medio è un concetto che teoricamente si definisce in funzione della finalità economica perseguita, che nel caso in esame è data dal tasso che ricomprende tutti i costi che *normalmente, ordinariamente e fisiologicamente* vengono sopportati nell’erogazione del credito, previsti nell’ambito di predefinite Categorie omogenee”¹⁶.

Rispetto a tali valori medi, rilevati e pubblicati, la funzione dello *spread* è di determinare la fascia in cui possono collocarsi gli scostamenti di ciascuna relazione contrattuale dall’operatività corrente fotografata dalle rilevazioni.

E la funzione della pubblicazione delle rilevazioni è proprio quella di *consentire a ciascun operatore di misurare la liceità del proprio agire*.

Per gli intermediari vigilati, questa valutazione implica un classico controllo di *compliance*, integrato nel sistema di controlli interni¹⁷. Ha, quindi, base giuridica distinta e lontana dalle norme anti-usura ed ormai sicuramente estranea alle competenze del Ministro

¹⁶ MARCELLI, *Usura bancaria*, cit., p. 82.

¹⁷ La necessità di dotarsi di presidi organizzativi di controllo interno era già prevista per le banche all’epoca dell’emanazione della legge 108/96, in forza dell’art. 53, co. lett. *d* tub. La materia era organicamente regolata dalla delibera CICR 12 agosto 1996. Lo specifico rischio di non conformità alle norme – con connessi rischi legali e reputazionali - viene distintamente considerato, sulla scia di una turbolenta stagione di ‘risparmio tradito’, dal provvedimento Banca d’Italia 9 luglio 2007, che dispose per la costituzione di una apposita funzione di *compliance*, poi integrata nel sistema di controlli interni prescritto in applicazione delle misure di ‘secondo pilastro’ previste da Basilea 2. Per gli intermediari finanziari del titolo V tub, sulla base dell’art. 108 tub come modificato con la riforma portata dal d. lgs. n. 141/2010, analoga funzione di controllo è richiesta per gli intermediari iscritti all’albo di cui all’art. 106 (cfr. Circolare Banca d’Italia n. 288 del 3 aprile 2015, 2° agg. 27 settembre 2016).

dell'economia¹⁸, foss'anche per la via dei poteri sostitutivi del CICR di cui all'art. 3 tub¹⁹.

3. I decreti emanati ai sensi delle norme riferite hanno al contempo assunto, fin dalla prima applicazione della legge (d.m. 23 marzo 1997), un ruolo applicativo ed un ruolo potenzialmente eversivo delle norme che erano chiamati a dettagliare nei risvolti tecnici.

Ruolo applicativo, nella parte in cui pubblicizzano i TEGM di categoria. Al medesimo ruolo può ascrivere il completamento dei dati pubblicati con l'indicazione dei tassi soglia su base annua, che sicuramente agevola il monitoraggio e l'autovalutazione da parte del mercato cui è funzionale la pubblicazione, ma al contempo addossa all'autorità predisponente la responsabilità di eventuali errate indicazioni. Mi par fuori di dubbio, infatti, che è la legge a determinare i tassi usurari, tramite un'operazione aritmetica un cui addendo è costituito dagli esiti delle rilevazioni ministeriali.

Il ruolo potenzialmente eversivo del decreto discende dall'emergere di un'interpretazione dell'art. 3, co. 2 – tralaticciamente ripetuto nei decreti che si sono succeduti negli anni – il quale recita: “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, come modificato dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, si attengono ai criteri di calcolo delle «Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura» emanate dalla Banca d'Italia”.

La norma è stata interpretata nel senso che non solo i criteri di calcolo, ma anche la selezione delle voci di costo del TEG indicati dalle

¹⁸ Competenze che costituiscono autonomo limite per il contenuto dei regolamenti ministeriali, affiancandosi al limite determinato dalla specifica disposizione attributiva della competenza ad emanare ciascun regolamento. Così PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Zanichelli- S.E.Foro it., 1977, p. 312 s., ove anche ulteriori riferimenti.

¹⁹ Per gli intermediari finanziari, l'art. 108 tub assegna poteri esclusivi alla Banca d'Italia, esercitati col provvedimento da breve citato (nt. 17); per le banche, i relativi poteri sono ora attratti nel sistema di ripartizione di competenze del Meccanismo di Vigilanza Unico, cui partecipa come autorità nazionale competente la sola Banca d'Italia. Ogni competenza del CICR a riguardo era stata rimossa con la modifica all'art. 4, co. 1 tub apportata dal d. lgs. n. 72/2015.

istruzioni²⁰ costituissero il criterio-guida dell'autovalutazione della liceità dell'agire dei soggetti vigilati, così esonerati dall'obbligo di includere nel calcolo dei costi del singolo rapporto voci non computate nella rilevazione del TEG²¹.

Con un'interpretazione noncurante dell'effetto di sganciamento del decreto dalla sua base giuridica (e, quindi, delle ricadute in punto di legittimità) e del principio di stretta interpretazione della norma penale (che s'estende alla catena della normativa secondaria funzionale ad integrare il precetto), s'afferma un assunto 'principio' di omogeneità che si basa su un equivoco logico e terminologico: il TEG è grandezza diversa dal complessivo costo relativo al singolo rapporto. Il TEG non è, cioè, un tasso concreto (rapportato al tasso astratto TEGM), ma consiste in un *dato normalizzato ai fini della misurazione del TEGM*.

Non par privo di significato il mancato conio di un distinto acronimo per identificare il costo concreto relativo al singolo rapporto come grandezza diversa dal TEG, perché proprio nell'equivoco si colloca la zona di potenziale eversione del chiaro precetto normativo: è lo *scostamento dal valore normalizzato nel singolo rapporto*, la 'disomogeneità' ad essere rilevante e consentita dalla legge solo nel margine di lucratività fissato dallo *spread* fra TEGM e tasso usurario.

“Lo scarto di omogeneità, tra il dettato dell'art. 644 c.p. e la rilevazione del TEGM disposta nell'art. 2 della legge 108/96, lungi dal costituire un'incongruenza logica, tecnica o giuridica, assume una funzione di calmiera nella misura in cui un costo non rientra nella determinazione del TEGM ma viene invece considerato nella verifica dell'art. 644 c.p.”²².

Se il calmiera non piace, si operi per modificare la legge²³, non per eroderla dall'interno facendo perno su una normativa secondaria che

²⁰ Nell'attuale versione, del luglio 2016, rispettivamente punti C.3 e C.4. E il punto C.3 b) avalla la criticata interpretazione.

²¹ Illustra diffusamente l'orientamento ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del "tasso soglia"*, Cacucci, 2017, specie p. 85 ss., 103 ss.

²² MARCELLI, *Usura bancaria*, cit., p. 100.

²³ Magari con argomenti più efficaci di quello secondo cui “proprio la fissazione dei tassi soglia può avere inaridito, in alcuni casi, la possibilità per le banche di farsi concorrenza sulle condizioni praticate alle clientela” (ABI, *Osservazioni sulla disciplina Antiusura al ministro delle finanze Padoan*, 18 giugno 2014). Vero è che le discipline limitative sono in recessione, dalle *usury laws* statunitensi al più prossimo esempio francese, ma è altresì vero – nello stallo dell'integrazione del mercato euro-

offre una *way out* agli intermediari interessati²⁴; alle difficoltà del giudicante nel valutare, in relazione a ciascun rapporto contrattuale, la ricorrenza di tasso usurario; alle difficoltà sistemiche degli organi di giustizia (ordinaria e ADR) oberati dalla conflittualità fra banche e clienti.

A scapito dell'affidato, che vede addebitarsi costi targati con veicoli diversi da quelli inclusi nella rilevazione²⁵. A scapito, prima ancora, della salvaguardia da rischi di erosione tecnocratica delle regole dello stato di diritto espresse dalla gerarchia delle fonti normative²⁶, che vede in apice la previsione di rango primario dell'art. 644 c.p.²⁷.

peo dei servizi bancari al dettaglio – che i costi del credito nazionali rimangono elevati nel confronto europeo ed il miglioramento delle condizioni concorrenziali, anche legati allo sviluppo dell'offerta *fintech* non risultano ancora significativamente percepibili.

²⁴ Accompagnati da un orientamento di vigilanza che appare sempre più esclusivamente attento alla salvaguardia e rafforzamento della loro 'adeguatezza patrimoniale'.

²⁵ Con abuso benedetto da parte della recente giurisprudenza, proveniente specie da Tribunali grandi e ingolfati come quello di Milano, che reputa "evidente... Il fatto che il calcolo del TEG operato di volta in volta ... computando oneri diversi pregiudicherebbe seriamente la certezza della normativa di settore e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, con ulteriori conseguenze negative circa la possibilità degli operatori economici di effettuare ponderate e consapevoli scelte contrattuali e di mercato" (Trib. Milano, 12 ottobre 2017). Balza agli occhi la mistificazione insita nell'inversione del percorso logico: sono le scelte contrattuali e di mercato degli intermediari a determinare variabilità delle voci di costo, con connessa rappresentatività limitata del TEG e conseguente assunzione dei relativi rischi legali e reputazionali. Un comportamento degli intermediari che allineasse le effettive voci di costo a quelle incluse nel TEG è – nell'attuale quadro normativo – l'unico veicolo legittimo per perseguire le pregevoli finalità di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni.

²⁶ Nell'ottobre scorso ribadite con vigore anche in ambito europeo con riguardo alle misure di gestione dei NPLs dal presidente del Parlamento europeo, con scambio di 'lettere' con il presidente della BCE che hanno avuto ampia eco giornalistica.

²⁷ "La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le

La cruciale questione è stata oggi portata all'attenzione delle SS.UU.²⁸, chiamate a dirimere il contrasto d'orientamenti sulla "così detta omogeneità dei dati comparati in punto di usura: da un lato, gli oneri economici presi in considerazione ai fini delle rilevazioni dei TEGM, di cui ai decreti di rilevazione trimestrale del ministero dell'economia; dall'altro, gli oneri economici su cui si deve esercitare la verifica dell'eventuale usurarietà dei negozi posti in essere dall'autonomia dei privati".

Sottolineato che "secondo quanto più volte segnalato dalla giurisprudenza di merito, la normativa della legge n. 108/1996 contempla espressamente l'eventualità della non omogeneità dei dati da porre a confronto", l'ordinanza evidenzia: "In ogni caso è da riscontrare che il contesto della vigente legge antiusura non esplicita una regola di omogeneità dei dati in comparazione; e neppure la suppone in via necessaria". Ciò detto sulla norma ordinaria, considera le istruzioni che "non hanno, né propongono, alcun contatto o interferenza con i negozi dell'autonomia dei privati".

4. Nella fiducia che l'intervento delle SS.UU. vorrà operare per il ripristino della legalità, passo da ultimo a prospettare un distinto problema esegetico della nozione di interesse usurario.

L'art. 644 c.p. fissa la soglia di inclusione nel tasso usurario delle diverse voci di costo nel loro collegamento alla erogazione del credito²⁹.

La nozione di collegamento assume rilievo centrale nell'attuale configurazione del tasso usurario in considerazione della sempre maggior diffusione di *cross selling practices*, che arricchiscono i ricavi discendenti dalle ordinarie operazioni bancarie con la vendita abbinata

diverse altre disposizioni che intervengono in materia". Così Cass. 5 aprile 2017, n. 8806.

²⁸ Cass., ord. 9 maggio 2017, n. 15188, specie punto 9.

²⁹ Anche qui, riporto per comodità la previsione d'interesse: "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*".

di altri prodotti, finanziari e non finanziari³⁰, con interesse selettivo a quello che è stato felicemente definito il cliente “rotondo”³¹.

Le pratiche di vendita abbinata, pur non essendo in via generale vietate, hanno sollecitato vigorosamente l’attenzione del regolatore, sia europeo che nazionale, giungendo a configurare un quadro normativo frammentato – e al momento ancora in evoluzione - per le pratiche leganti in ambito finanziario; quadro normativo con cui la nozione di collegamento dovrà misurarsi.

Per il profilo europeo (e conseguente normativa di adeguamento) le criticità discendono dal fatto che la MIFID II (direttiva n. 2014/65) e la IDD (direttiva n. 2016/97, sulla distribuzione assicurativa) hanno elaborato distinte regole a riguardo, accomunate dalla base minima dell’ammissibilità dell’offerta congiunta di prodotti bancari, finanziari e assicurativi, variamente accompagnata da misure di prevenzione discendenti dalla trasparenza informativa, da obblighi di protezione del cliente e da regole procedurali interne, differentemente declinati.

La frammentazione delle regole europee attivava un’iniziativa congiunta delle autorità di vigilanza settoriali (EBA, ESMA, EIOPA), tesa allo sviluppo di *guidelines* omogenee per gli abbinamenti di prodotti bancari, finanziari e assicurativi³². La ragionevole iniziativa incontrava però uno scoglio - evidentemente ritenuto non superabile – che portava ad un suo drastico contenimento, con buona pace degli abbinamenti a prodotti assicurativi.

Gli *Orientamenti sulle pratiche di vendita abbinata* dell’ESMA³³, applicabili anche alle banche per l’offerta di pacchetti che includano un servizio di investimento, articolano un ragionevole *panel* di misure contenitive degli effetti dannosi delle pratiche leganti³⁴. Si tratta di

³⁰ Nel *pamphlet* di IMPERATORE, *Io vi accuso. Così le banche soffocano le famiglie e salvano le imprese*, Chiarelettere, 2015, p. 42 ss. si narra di circolari di primario istituto di credito che pone target di vendita abbinata di televisori, *tapis roulant* ed altri prodotti elettronici.

³¹ CERA, *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in AGE, 2/2016, p. 272.

³² (ESAs, *Joint Committee Consultation Paper on guidelines for cross-selling practices*, 22 December 2014, JC/CP/2014/05).

³³ Nella versione ufficiale in lingua italiana dell’11 luglio 2016, ESMA/2016/574.

³⁴ La Consob ha già manifestato la propria intenzione di conformarsi agli *Orientamenti* (Avviso n. 0082471 del 15 settembre 2016), che si applicano dal 3 gennaio

misure giocate sui registri della trasparenza informativa in chiave Mifid II, con qualche tocco di *product governance* legato all'obbligatorietà dell'abbinamento.

La fattispecie divisata riguarda “l’offerta di un servizio di investimento insieme a un altro servizio o prodotto come parte di un pacchetto o come condizione per l’ottenimento dello stesso accordo o pacchetto” (art. 4, par. 1, al. 42 Mifid II e nuovo comma 6-*novies* dell’art. 1 TUF)³⁵, rispetto ai quali l’Orientamento 7 richiede che la configurazione dell’offerta di acquisto sia predisposta “in maniera tale da consentire ai clienti di scegliere attivamente un acquisto e, quindi, di decidere in maniera consapevole se acquistare un prodotto componente oppure il pacchetto aggregato” e “da evitare di dare la falsa percezione che l’acquisto del pacchetto aggregato sia obbligatorio quando in realtà esso è facoltativo”³⁶.

E giungiamo così alla corrente prospettazione del problema del collegamento: ai fini della determinazione del tasso usurario rileva il costo del prodotto il cui abbinamento sia formalmente opzionale, ma re-

2018, ed ha inserito apposita disciplina e rinvio nell’ambito delle modifiche al regolamento intermediari in recepimento della MIFID II, in fase di consultazione al momento in cui si scrive (Documento per la consultazione 6 Luglio 2017, Capo III-*bis*).

Alquanto neutre sul punto le norme di adeguamento alla MIFID II (d. lgs. 3 agosto 2017, n. 129), che non modificano il contesto normativo in cui sono maturati gli *Orientamenti*. Infatti: è riportata la nozione di vendita abbinata di cui all’art. 4, par. 1, n. 42 MIFID II (nuovo comma 6-*novies* dell’art. 1 TUF); il *disclaimer* avverso regimi nazionali più rigorosi, in coerenza con l’armonizzazione massima perseguita dalla direttiva (e cfr. art. 24, par. 12), è espressamente esteso al suo art. 24 che, nell’ambito dei <<Principi di carattere generale e informazione del cliente>>, dedica apposita disposizione (par. 11) alle pratiche di vendita abbinata ove, fra l’altro, si prevede l’emanazione e il periodico aggiornamento degli *Orientamenti* di cui si è detto (nuovo comma 02 dell’art. 6 TUF); il riferimento alla vendita abbinata è introdotto nel dettaglio dei contenuti del regolamento Consob *ex* art. 6, comma 2 TUF (nuove lett. *a*, n. 1 e lett. *b*, n. 1), facendo da superfluo ponte agli obblighi informativi previsti dall’art. 24 MIFID II e dagli *Orientamenti*.

³⁵ Fattispecie che gli *Orientamenti* articolano nei due rami “vendita aggregata” e “vendita abbinata” a seconda che l’acquisto separato ed eventuale dei diversi prodotti in pacchetto sia o meno previsto dall’offerta (punto 5).

³⁶ In più. Fra gli “Esempi di pratiche dannose di vendita abbinata” che chiudono gli *Orientamenti* si considera il seguente caso: “ Offrire un prodotto aggregato con un altro prodotto non richiesto dal cliente quando l’impresa è consapevole o dovrebbe essere consapevole del fatto che il prodotto duplica inutilmente un altro prodotto che il cliente possiede già e di cui non può beneficiare” (Esempio n. 5)

so percepibile come obbligatorio? E ciò sia in base alla formulazione dell'offerta che ai comportamenti dell'offerente.

L'Orientamento ESMA preclude un'interpretazione formalistica e restrittiva per gli abbinamenti fra prodotti bancari e finanziari³⁷.

Il versante disciplinare che così si va definendo sembra, al momento, non essere destinato a saldarsi con le norme in tema di distribuzione assicurativa, restando ferme le secche normative su cui si è arenata l'iniziativa di coordinamento delle *ESAs*. A riguardo, rilevano in particolare con due previsioni, portate dall'art. 24 IDD.

Regolando la vendita abbinata di assicurazione e prodotto non assicurativo, l'art. 24 si ispira ad un criterio di scindibilità dell'offerta specie qualora il prodotto assicurativo sia accessorio a prodotto non assicurativo, caso in cui << il distributore di prodotti assicurativi offre al cliente la possibilità di acquistare il bene o servizio separatamente >> (par. 3). Ma la regola, aggiunge lo stesso paragrafo 3, non si applica se l'assicurazione è accessoria ad un contratto di credito o ad un conto di pagamento.

L'abbinamento con prodotto assicurativo resta quindi attratto nella vigente disciplina consumeristica, anche per la parte in cui qualifica come scorretta la pratica commerciale di abbinamento obbligatorio (21, co. 3 *bis* cod. cons.) e tampona l'obbligatorietà con misure che suppongono una inesistente concorrenzialità dell'offerta assicurativa (art. 28 l. 27/2012). L'inesausta guerra di posizione su tale pratica³⁸, grazie alla quale la banca incamera al collocamento una corposa

³⁷ L'Orientamento, che incide sulle tecniche di costruzione dell'offerta, amplia la prospettiva della previsione che, in materia di credito ai consumatori, pone un presidio per i casi di "offerta contestuale" di più contratti, richiedendo che in tali casi il consenso del consumatore va acquisito distintamente per ciascun contratto attraverso documenti separati" (art. 125 *bis*, co. 3 tub), norma con cui si è voluto "evitare l'effetto sorpresa che può derivare al consumatore allorché – come avviene non infrequentemente nella prassi – un contratto di credito" (*Relazione illustrativa dello schema di d.lgs. n. 141/2010*).

Esso si pone piuttosto in sintonia con l'art. 120 *octiesdecies* tub, in materia di mutui immobiliari ai consumatori, che in maniera opinabile riproduce il circoscritto divieto di vendita abbinata posto dall'art. 12 della direttiva 2014/17, sulla cui portata v. i commenti di TAMBURINO e di PALMIERI in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato, n. 1/2015.

³⁸ Studiata nei suoi diversi aspetti nel volume *Le assicurazioni abbinata ai finanziamenti*, a cura di Marano, Siri, Giuffrè, 2016.

commissione legata all'intero premio, ha conosciuto l'ultimo sviluppo normativo con la modifica all'art. 28 apportata dalla recente legge annuale sul mercato e la concorrenza (4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 135) che, in particolare, si estende a considerare l'offerta non solo "condizionante" ma anche "connessa o accessoria" all'erogazione del finanziamento. La dimensione in cui l'obbligatorietà o meno dell'abbinamento rileva nella nuova disciplina la colloca peraltro in prospettiva non influente sul problema esegetico che qui interessa, in quanto l'offerta "condizionante" è estrapolata per collegarvi un nuovo e più opaco regime³⁹.

4.1. All'esito della rapida scorsa normativa proposta può concludersi che per l'ordinamento rilevano non solo gli abbinamenti obbligatori, ma anche le varie pratiche leganti di commercializzazione identificate in ragione della contestualità dell'offerta.

Contestualità che non richiede alcuna valutazione di sussistenza di una funzionalità che colleghi i diversi contratti, sia essa legata ad un'interoperatività tecnicamente dovuta o discendente da peculiari costrutti contrattuali, variamente presenti sul mercato, quali il collegamento dell'erogazione del finanziamento ad un investimento o ad una copertura assicurativa targata per coprire i relativi rischi.

³⁹ Infatti, pur non abrogandosi la competenza dell'ISVAP (ora IVASS) a definire i contenuti minimi della polizza (e v. Prov. ISVAP 3 maggio 2012), si introduce un distinto ed autonomo diritto del finanziatore a richiedere egli stesso i contenuti minimi della polizza in caso di offerta "condizionante", creando una sorta di doppio binario di difficile conciliazione sia sotto il profilo dei contenuti che sotto quello degli obblighi informativi. Quanto ai contenuti, nessun elemento normativo consente di ritenere condizionato il diritto del finanziatore da quanto previsto nel ricordato provvedimento ISVAP; quanto all'informativa, la nuova norma sembra definire un regime opaco divergente dalla apposita informativa scritta da fornire "all'avvio delle trattative" prevista nel medesimo provvedimento ISVAP (art. 2) per le offerte condizionanti. Tanto emerge dal nuovo comma 2 *bis* dell'art. 28 che - introdotto il diritto di recesso del cliente dalla polizza proposta dalla banca e sottoscritta alla stipula del finanziamento con connesso obbligo di sostituzione con altra polizza 'equivalente' - conclude con la seguente formulazione, indefinita nella precisa individuazione del soggetto obbligato e dei tempi: "Le banche, gli istituti di credito, gli intermediari finanziari o, in alternativa, le compagnie di assicurazione si impegnano ad informare il cliente di quanto sopra stabilito con comunicazione separata rispetto alla documentazione contrattuale".

Contestualità rilevabile sulla base di indici documentali, quindi agevole oggetto di riconoscimento e di prova nella maggioranza dei casi. Più articolata prova richiedono i casi in cui la contestualità d'acquisto di prodotti non fa capo al medesimo soggetto giuridico finanziato ma – traggo esempi dalla pratica – ai soci di società finanziata o ai familiari di imprenditore o di soci di società finanziata.

Sta il fatto che se, contestualmente al finanziamento, s'acquistano più prodotti dal finanziatore (sia esso *originator* o mero *distributor*) si sopporta un onere economico che grava sul finanziamento, determinandone il costo complessivo rilevante ai sensi dell'art. 644, co. 5 c.p.

La prospettiva d'utilizzo dell'indice della contestualità per individuare il collegamento al finanziamento richiesto dalla norma appena citata, comparsa nella giurisprudenza di merito e dell'ABF⁴⁰, con nettezza è ora adottata dalla Suprema Corte⁴¹ con precedente esemplare, capace di recuperare la coerenza del sistema – e nella gerarchia delle fonti e nella sintonia con le linee evolutive dell'ordinamento di settore – attorno ad uno strumento idoneo ad elevare significativamente il tasso di prevedibilità del giudicato⁴².

Questo, infatti, il principio di diritto: “In relazione alla ricompressione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. *La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa ed erogazione*”.

La pronuncia riforma sentenza che aveva escluso dal novero dei costi rilevanti quelli assicurativi - con conseguente esclusione dell'usurarietà di un prestito – ritenuti relativi a prestazioni non obbligatorie e, quindi, non rilevanti per il calcolo usurario ai sensi delle istruzioni di vigilanza all'epoca vigenti.

⁴⁰ Trib. Busto Arsizio, sentenza n.262/2013 del 12 marzo 2013, App. Milano, sentenza n.3283/2013 del 17 luglio 2013, ABF Roma, decisione n. 4183 del 26 luglio 2013, Trib. Padova, ordinanza 14 marzo 2014.

⁴¹ Cass., 5 aprile 2017, n. 8806.

⁴² Prevedibilità che, vertendo in fattispecie al contempo rilevante in sede penale, assume specifica rilevanza alla luce della giurisprudenza CEDU, sui cui più recenti orientamenti v. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 19 dicembre 2016, www.penalecontemporaneo.it.

Ribadita l'imprescindibile dominanza sistematica del principio di onnicomprensività di cui all'art. 644, co. 5 anche ai fini dell'efficienza repressiva della normativa anti-usura⁴³, il percorso argomentativo si volge a ripristinare l'ordine gerarchico delle fonti, evidenziando la coerenza del sistema⁴⁴ e fornendo interpretazione sintonica delle istruzioni che – in relazione all'inclusione di costi assicurativi nel TEG – svaluta il precario elemento della obbligatorietà/facoltatività dell'abbinamento e valorizza l'idoneità descrittiva della corrente prassi di mercato.

Il significato delle istruzioni “viene a fare perno, in particolare, sulla circostanza che normalmente i contratti di credito bancari sono predisposti - nelle varie componenti in cui si vengono ad articolare, spese di assicurazione e garanzia ricomprese - dall'impresa bancaria; e così di solito proposti, secondo un blocco unitario (seppure in sé scomponibile in vari segmenti) cioè, al mercato dei clienti. Il riferimento va, in definitiva, alle correnti modalità di offerta del prodotto, dove il collegamento tra concessione del credito e voce economica risulta evidente”.

In questa prospettiva, “la contestualità tra credito e assicurazione - quale espressione indicativa, e presuntiva, del «collegamento» tra questi elementi che è richiesto dal comma 5 dell'art.

⁴³ “La normativa di divieto dei rapporti usurari - così come in radice espressa dall'art. 644 cod. pen., nella versione introdotta dalla legge n. 108/1996, nel suo art. 1 considera rilevanti tutte le voci del carico economico che si trovino applicate nel contesto dei rapporti di credito ... Del resto, non avrebbe neppure senso opinare diversamente nella prospettiva della repressione del fenomeno usurario, l'esclusione di talune delle voci per sé rilevanti comportando naturalmente il risultato di spostare - al livello di operatività della pratica - la sostanza del peso economico del negozio di credito dalle voci incluse verso le voci escluse”.

⁴⁴ “La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia”.

644 - si pone, prima di ogni altra cosa, come manifestazione tipica di un'offerta sul mercato".

Acquisito l'agevole riscontro presuntivo della contestualità, l'area di maggior problematicità ricostruttiva si riduce alle "situazioni in cui l'offerta avviene secondo altre, diverse modalità: in cui, per l'appunto, la sussistenza o meno di un collegamento tra credito e voce economica (qui, spesa di assicurazione) - secondo quanto prescritto dalla parte finale del comma 5 dell'art. 644 - resta questione del tutto aperta".

Ma a fronte di tale questione è responsabilità dell'interprete contribuire all'individuazione di percorsi che, al pari di quello appena riferito, siano idonei a contenere gli inevitabili margini di incertezza del diritto vivente.