

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

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.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Il controllo sull'usura oggettiva nel mercato bancario del credito e gli interessi moratori

SOMMARIO: 1. Introduzione: il problema dell'usurarietà degli interessi moratori nei finanziamenti bancari.– 2. L'usura oggettiva tra concorrenza ed equilibrio nel mercato bancario del credito.– 3. L'esigenza di simmetria tra TEG e TEGM nel canone delle Sezioni Unite. – 4. Il conflitto tra (tendenziale) onnicomprensività del TEG e regola di (tendenziale) omogeneità tra TEG e TEGM: il rilievo dei criteri tecnici di misurazione. 5. Ipotesi per un controllo usurario sugli interessi moratori nel mercato bancario.

1. Introduzione: il problema dell'usurarietà degli interessi moratori nei finanziamenti bancari

A seguito dell'alluvione di giudizi di merito instaurati nello scorso decennio¹, si sono moltiplicati in tempi recenti gli interventi della Cassazione sull'usurarietà degli interessi moratori nei finanziamenti bancari². Purtroppo, non si può concludere che tali decisioni abbiano avuto un effetto deflattivo sul contenzioso in materia, giacché, ancorché

¹ A causa del numero elevatissimo e in assenza di dati empirici rilevanti non risulta utile in questa sede dare conto in modo aneddotico della ricchezza del dato giurisprudenziale in materia di usura bancaria. Oltre alle banche dati più comuni si può fare riferimento ai provvedimenti pubblicati su dirittobancario.it, ilcaso.it e expartecreditoris.it.

² A partire da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, in dirittobancario.it e annotata in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, pp. 1 ss., con nota di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative* e di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte.* e in *Giur. it.*, 2019, con nota di A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura: una presa di posizione enciclopedica della Cassazione*; cfr. inoltre, Cass., 8 maggio 2019, n. 17447, in ilcaso.it, ove è ammessa in obiter un'ipotesi di cumulo tra interessi corrispettivi e moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia; Cass., 12 giugno 2019, n. 22890, in dirittobancario.it; Cass., 15 gennaio 2019, n. 26286, ove è definitivamente chiarito l'equivoco del supposto cumulo tra interessi corrispettivi e moratori. In dottrina, per un quadro recente, v. oltre alle note a sentenza già citate, M. FALABELLA, *L'usura, gli interessi moratori e i nodi da sciogliere*, in questa *Rivista*, 2020, *passim*. Per un recente quadro critico: L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Giappichelli, 2019, *passim*.

meno sibilline e più approfondite delle prime pronunce³, non si tratta di provvedimenti che individuano soluzioni applicative tra loro sempre coerenti⁴. Tanto che, opportunamente, la Prima Sezione civile, con ordinanza n. 26946/2019⁵, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione, articolandola in due punti tra loro consequenziali: a) anzitutto, l'eventuale rilievo degli interessi moratori nell'ambito del controllo sull'usura; b) in caso di risposta positiva al precedente punto, la S.C. si interroga sulle modalità di accertamento del superamento del tasso soglia da parte degli interessi moratori. Non è, per contro, oggetto (quantomeno esplicitamente) di rimessione la questione, altrettanto problematica (e assai rilevante nella prospettiva del contenzioso), degli effetti dell'usurarietà degli interessi moratori e, in particolare, della propagazione della nullità all'intero carico economico pattuito per l'operazione creditizia.

In ogni caso, come si tenterà di mettere in luce, l'individuazione di una risposta a tali quesiti implica andare al cuore della disciplina dell'usura e interrogarsi sul ruolo che tale normativa riveste nel mercato bancario: se si osserva il contenzioso, quest'ultimo tema potrebbe apparire addirittura scontato, ma esso sollecita, viceversa, riflessioni più approfondite.

Per contro, nel contesto della disciplina sull'usura, non sembra rivestire un peso centrale la dibattuta questione della natura degli interessi moratori: al di là delle considerazioni storico-esegetiche sulla funzione assimilabile delle due tipologie di interessi⁶ non pare

³ V. ad es. Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 620 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex legge n. 108 del 1996*; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Gius.*, 2003, p. 1863; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 487 ss., con nota di A. QUARANTA, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*; Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, *ivi*, 498 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*; Cass., 15 settembre 2017, n. 21470, in *dirittobancario.it*; Cass., 4 ottobre 2017, n. 23192, in *Nuova giur. comm.*, 2017, I, 245 ss., con commento di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: quid sub sole novi?*, in *Nuova giur. comm.*, C. Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *I Contratti.*, 2002, VI, 551 ss. con commento di O.T. SCOZZAFAVA.

⁴ Ad es. v. l'*obiter* di Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., 27 e quanto sostenuto da Cass., 17 ottobre 2019, n. 26286, cit., 10.

⁵ Cass. 22 ottobre 2019, n. 26946, in *dirittobancario.it*.

⁶ In giurisprudenza, diffusamente su questo profilo, Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., 6 ss.; in dottrina anche per ulteriori riferimenti v. B. INZITARI, *Interessi*,

sostenibile che la (supposta) differente funzione degli stessi sia di per sé idonea a escluderne il rilievo in un ambito normativo diretto a una rilevazione non formalistica del carico economico complessivo applicato all'operazione creditizia⁷.

Piuttosto, come opportunamente suggerito anche dall'ordinanza di rimessione, risulta più coerente premettere all'esame del problema sopra accennato alcune considerazioni sulla struttura del controllo antiusura nel nostro ordinamento e sulle finalità che esso riveste nello specifico contesto del mercato professionale del credito. Ciò consentirà di valorizzare alcuni profili del recente arresto delle Sezioni Unite⁸ sull'usurarietà della c.d. commissione di massimo scoperto per svolgere, infine, qualche considerazione finale sugli attuali spazi per una verifica di usurarietà degli interessi moratori.

Torino, 2017, 8 ss.; e con specifico riguardo al contesto dell'usura N. RIZZO, *Interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 363 ss. Critico sul punto G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura ...per fatto del debitore ("aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corr. giur.*, 2019, II, 158 ss., il quale ritiene che il lemma "corrispettivo" di cui all'art. 644 c.p. debba essere riferito, precisamente, alla causa giuridica dell'attribuzione, ossia alla remunerazione pattuita per una volontaria erogazione di moneta. Elemento che difetterebbe, all'evidenza, nell'ipotesi degli interessi moratori, che costituiscono "corrispettivo" in senso economico per l'involontaria dilazione di pagamento. Si tratta di un argomento che, all'evidenza, fa essenzialmente perno su una coerenza linguistica del legislatore che sarebbe tutta da dimostrare: ben potendo la soluzione rinvenirsi tutta all'interno della disciplina sull'usura. In ogni caso, v. per una complessiva ricostruzione F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, Torino, 2015, 155.

⁷ *Contra*, v. da ultimo, A. BARENGHI, *op.cit.*, valorizzando il dato testuale dell'art. 644 c.p.

⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303, pubblicata in *Nuova giur. comm.*, 2019, I, 84 ss. con commento di N. RIZZO, *Le Sezioni unite consacrano la simmetria come principio della legge antiusura ma si perdono all'ultimo miglio*; in *Corr. giur.*, 2018, XI, 1339 ss., con commento di C. COLOMBO, *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le Sezioni Unite avallano il principio di simmetria ed impongono la comparazione separata*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 659 ss., con commento di U. SALANITRO, *Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite*.

2. *L'usura oggettiva nel mercato bancario del credito tra concorrenza ed equilibrio*

Non è revocabile in dubbio che uno degli obiettivi centrali perseguiti dal legislatore nel riformare la disciplina dell'usura (l. 7 marzo 1996, n. 108) fu ridurre i margini di discrezionalità nell'identificazione delle condotte penalmente (e civilmente) rilevanti⁹. Obiettivo che non pare raggiunto in modo adeguato: basti considerare che, in poco più di un biennio, si tratta della terza¹⁰ questione rimessa alle sezioni unite relativa alla disciplina antiusura¹¹. Ancora una volta il contesto nel quale la S.C. invoca l'intervento nomofilattico delle sezioni unite è quello bancario: ragion per cui non sembra superfluo ricostruire le ragioni delle ambiguità che la normativa rivela in questo ambito.

Sotto un primo angolo visuale, tali continue incertezze sono sorprendenti, se si tiene conto del fatto che un intervento conformativo sul credito bancario non era tra gli scopi (quantomeno tra quelli principali o espliciti) del legislatore¹².

⁹ È frequente l'osservazione che la l. 108/1996 abbia trascurato i profili civilistici implicati dalla repressione penale dell'usura: v. ad es. E. QUADRI, voce «*Usura (dir. civ.)*», in *Enc. Giur.*, XXXVII, Roma, 1999, 1.

¹⁰ Cfr. Cass., 20 giugno 2018, n. 16303, cit.; v. anche Cass., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Corr. giur.*, 2017, XXII, 1484 ss., con commenti di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* e di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*; i riflessi di tale importante arresto sono indagati da S. PAGLIANTINI, *Dopo le sezioni unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 559 ss.; per ulteriori riferimenti e un quadro del dibattito al riguardo v. L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *I Contratti*, 2017, VI, 640 ss.

¹¹ Rilievo analogo in G. D'AMICO, *'Principio di simmetria' e legge antiusura*, in *I Contratti*, 2017, V, 501.

¹² Lo scopo dichiarato della l. 108/1996 fu di rendere più efficace il contrasto alla criminalità organizzata e, pertanto, alla fenomenologia usuraria riscontrata in tale contesto: v. ad es. E. QUADRI, *op.cit.*, p. 2. Conferma dell'assunto si trae dall'esame dei lavori parlamentari, ove l'accento è posto sul fenomeno prettamente criminale e il riferimento al mercato bancario è incidentale e legato all'esigenza di inclusione finanziaria delle vittime dell'usura: v. il d.d.l. n. 1242, presentato il 17 settembre 1994, e la relativa relazione in Camera dei Deputati, Atti parlamentari XII Legislatura, Disegni di legge e relazioni, p. 1 ss. Appare in questo senso significativo anche il dibattito parlamentare relativo a tale disegno di legge: Camera dei Deputati, Resoconto stenografico seduta del 3 ottobre 1994, interventi da p. 3238; Camera dei Deputati, Resoconto stenografico seduta del 6 ottobre 1994, interventi da pp. 3400

Il proposito di una maggiore certezza nel contrasto al fenomeno criminale usurario è stato perseguito anzitutto affiancando l'usura

ss. e, in part., a p. 3420, l'intervento dell'on. Lia, che lamenta proprio la scarsa considerazione delle dinamiche del credito bancario nella disciplina antiusura; Camera dei Deputati, Resoconto stenografico seduta 11 ottobre 1994, pp. 3527 ss.; cfr., infine, il dibattito in sede di Commissione Giustizia del d.d.l. n. 1242B contenente il testo definitivo, poi approvato (v. Commissione II Giustizia, seduta del 28 febbraio 1996, in Camera dei Deputati, Commissioni in sede legislativa, XII Legislatura, II commissione, seduta 28 febbraio 1996, pp. 285 ss., ove nuovamente il sistema bancario è menzionato esclusivamente auspicando una maggiore inclusione finanziaria. Addirittura nella relazione introduttiva – v. p. 288 – il relatore afferma che «nel caso in cui si verificasse un rapido e sensibile aumento dei tassi di interesse dei mercati finanziari, le banche potrebbero avere qualche problema pratico, perché si potrebbe persino arrivare ad ipotizzare uno sconfinamento nell'usura», con ciò dimostrando che non era intenzione del legislatore storico porre alcun calmere al mercato del credito. Inoltre, nel suo intervento, l'on. Pecoraro Scanio – v. p. 294 - precisa che l'intenzione del legislatore non è di promulgare una norma rivolta al sistema bancario: considerazione condivisa da altri componenti della Seconda Commissione, che approvò la l. n. 108). *Contra*, ritiene che il contenimento del costo del credito bancario fosse tra gli obiettivi originari della l. 108/1996 G. CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 104, il quale tuttavia non dà indicazioni sulle fonti del proprio convincimento.

Il nesso tra disciplina antiusura e mercato del credito viene ricostruito dalla dottrina negli anni successivi all'entrata in vigore della l. 108: cfr. A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 356 s., il quale mette in evidenza che la rilevanza dell'oggettivo scostamento dalle prassi di mercato è connessa a esigenze di conformazione del mercato professionale del credito, tipiche degli interventi legislativi d'ordine pubblico di direzione. Per la notazione che con la l. 108/1996 «il divieto di usura diviene, da regola di tutela della persona (e del suo patrimonio) regola del mercato del credito», v. G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 535.

Parla di «moralizzazione e razionalizzazione del mercato del credito» con conseguente «eliminazione di sacche di inefficienza e di allocazione delle risorse distorsiva del mercato» E. QUADRI, *op. cit.*, cit., 3, il quale individua nella legge una «decisa opzione per l'allargamento dell'area di intervento nella direzione di un vero e proprio controllo delle operazioni creditizie di massa» (il medesimo A. riconosce, tuttavia, che tale obiettivo è stato perseguito in modo surrettizio, e si potrebbe aggiungere poco consapevole, dal legislatore: v. E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, I, 891); v. inoltre G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2002, 47, il quale ravvisa un nesso con il controllo sull'attività creditizia richiesto dall'art. 47 Cost. Una recente indagine specificamente dedicata al tema in M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 211 ss.

oggettiva, fondata esclusivamente sul superamento del tasso soglia identificato dalla legge (art. 644, c. 1 e c. 3, c.p.) all'ipotesi di usura *soggettiva* (art. 644, c. 3, c.p.), che, nel diritto vigente, continua a richiedere un'incerta indagine relativa *i*) alla «sproporzione» degli interessi (o degli altri compensi o vantaggi usurari) richiesti dal finanziatore «rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità»¹³ e *ii*) allo stato di «difficoltà economica o finanziaria» del sovvenuto¹⁴. Concetti indeterminati che avevano reso poco incisiva l'azione dello Stato rispetto a un fenomeno tanto diffuso quanto abietto¹⁵.

La strategia normativa era pertanto chiara: relegare la verifica sull'«approffittamento dello stato di bisogno» al ruolo di aggravante della fattispecie incriminatrice e affiancare al duplice *standard* sopra menzionato, una (negli auspici) *bright rule*¹⁶ tale da permettere un controllo più efficace del credito usurario¹⁷. Così, gli «interessi» dati o

¹³ Sulla sproporzione nell'usura in concreto: v., *ex multis*, F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 775.

¹⁴ Per una ricostruzione del sistema civilistico dell'usura nel diritto previgente: v. L. NIVARRA, *Il mutuo e l'usura*, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, *I contratti per le imprese commerciali*, II, Bologna, 2014, 27 ss.

¹⁵ Le difficoltà dell'accertamento in sede penale del reato di usura si riverberavano nell'applicazione della norma civile: v. ad es. F. REALMONTE, *op.cit.*, 772 ss., il quale precisa che, invero, le maggiori incertezze interpretative derivavano, nel sistema previgente, dalla necessità di verificare «l'approffittamento dello stato di bisogno» da parte del finanziatore.

¹⁶ In una prospettiva giuseconomica: v., ad es., L. KAPLOW, *Rules versus standards: an economic analysis*, 42 *Duke Law Journal* 586 ss. (1992), il quale precisa i criteri che determinano la preferenza per una *rule* rispetto a uno *standard*; V. FON-F. PARISI, *On the optimal specificity of legal rules*, 3 *Journal of Institutional Economics*, 147 ss. (2007), i quali elaborano un modello economico per elaborare il livello ottimale di precisione del dettato normativo tenendo conto in particolare delle modificazioni di contesto. Per un differente angolo visuale: K.M. SULLIVAN, *The justices of rules and standards*, 106 *Harv. L. Rev.* 22 ss. (1992).

¹⁷ È opinione diffusa che non sia potenzialmente usurario solo il contratto di credito sproporzionato, ma anche qualsivoglia contratto a prestazioni corrispettive connotato da una rilevante sproporzione tra le prestazioni: v. ad es. F. REALMONTE, *op.cit.*, p. 773; G. OPPO, *ult. op.*, 538; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 147 ss.; E. QUADRI, *op.cit.*, 895; adde A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 277 ss., il quale distingue tra ipotesi di usura reale alle quali si applica il rimedio della rescissione, e ipotesi nelle quali il contratto usurario è viceversa nullo. Qualche perplessità su questa figura è espressa da A. GENTILI, *op. cit.*, 362.

promessi, «in qualsiasi forma», quale «corrispettivo di una somma di denaro o di altra utilità» sono «usurari» (con conseguente applicazione della sanzione penale e delle conseguenze civilistiche di cui all'art. 1815, c. 2, c.c.), allorquando è superato il limite fissato dalla legge (art. 644, c.1 e c. 3, c.p.).

Due precisazioni sono essenziali a questo riguardo. *Per un verso*, la norma penale (art. 644, c. 4, c.p.) precisa che per la «determinazione» dell'«interesse usurario» occorre elaborare il c.d. tasso effettivo globale ('TEG'), vale a dire una misura percentuale del denaro oggetto del finanziamento, che tenga conto, oltre agli interessi in senso stretto, delle «commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito»¹⁸. *Per altro verso*, difettando nella l. 108/1996 l'obiettivo di calmierare il mercato del credito¹⁹, «il limite oltre il quale gli interessi [*i.e.* il TEG] sono sempre usurari» (*i.e.* il c.d. tasso soglia) è individuato dall'art. 2 l. 108/1996 in un valore minimo, variabile nel tempo (e differenziato in ragione di classi di operazioni creditizie omogenee), giacché tiene conto della media delle condizioni applicate nel settore nel quale, per eccellenza e professionalmente (art. 10 t.u.b.), viene scambiato il denaro: ossia il settore bancario²⁰. Ed è soltanto qui che entra in scena il mercato bancario del credito nella disciplina antiusura.

¹⁸ Al riguardo è frequente la considerazione di tale regola in termini di «onnicomprensività» del TEG, con ciò intendendo la direttiva interpretativa volta a includere nel TEG ogni possibile contropartita dell'erogazione creditizia, a prescindere da una eventuale considerazione di esse nel TEGM (sul punto v. *infra* §4): v. ad es. A. ANTONUCCI, *L'onnicomprensività dell'interesse usurario. Elementi costitutivi e sistema delle fonti all'attenzione delle SS. UU.*, in questa *Rivista*, 2017, IV, 3 ss.

¹⁹ V. la nt. 2 per una ricostruzione e i riferimenti ai lavori parlamentari. Nel senso di una funzione di calmiera della disciplina sull'usura si è espressa autorevole dottrina: E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 64; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. D'Amico (a cura di), Torino, 2016, 2; F. PIRAINO, *op. cit.*, 110, il quale parla di «controllo dei prezzi di mercato». *Contra* U. SALANITRO, *op. cit.*, 141 ss.; M. CIAN, *Questioni in tema di commissione di massimo scoperto: a volte ritornano (anzi, sono sempre state qui)*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 17. Si v. anche il saggio aspramente polemico di un autorevole processualcivilista: V. TAVORMINA, *Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato*, in *I Contratti*, 2014, I, 85 ss.

²⁰ Perplexità su questa scelta sono manifestate da A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, 152.

La legge (art. 2, c. 1, l. 108/1996) puntualizza che nel rilevare tali condizioni (ossia il c.d. tasso effettivo globale medio, TEGM) occorre sommare agli interessi, « [...] commissioni, [...] remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse». Formulazione che è difficile reputare solo accidentalmente identica a quella utilizzata dal legislatore per rimarcare che nel TEG deve essere compreso ogni possibile esborso collegato all'erogazione del credito (*infra*, § 4). L'incidenza indiretta della disciplina antiusura sul settore del credito bancario è del resto evidente se si considera che il tasso soglia viene ricavato in relazione a «categorie omogenee» (art. 2, c. 2, l. 108/1996) di operazioni creditizie, la classificazione delle quali è delegata al Ministero dell'Economia e delle Finanze, coadiuvato dall'*authority* regolatrice del settore.

Si ricava, pertanto, una regola di usurarietà oggettiva che, oltre a determinare – i grazie all'automatismo della soglia – un più efficace (e semplice²¹) contrasto delle fattispecie riguardanti la criminalità comune, implica una forma di controllo sull'equilibrio delle componenti economiche dei contratti di credito²². Tale controllo risulta, nondimeno, pienamente compatibile con le libere dinamiche del

²¹ In questi termini, Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, in *I Contratti*, 1999, V, 437, con commento di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un 'revirement' della Cassazione?*.

²² V. A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, 144 ss.; G. GUIZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2002, 448 ss., il quale sottolinea che il parametro per valutare l'equilibrio contrattuale è in ogni caso il mercato; in questo senso, v. anche SEMERARO, *Usura*, cit., pp. 216 ss.; A. GENTILI, *op. cit.*, 362, il quale ritiene che non si tratta di un vero e proprio calmiera, quanto di un limite all'autonomia privata conseguente a un certo esercizio di forme collettive di autonomia. Reputa, viceversa, inevitabile l'effetto calmiera della disciplina antiusura: RIZZO, *op. cit.*, 84. Peraltro, è sufficiente sul punto intendersi: se per calmiera si intende semplicemente un qualsivoglia meccanismo che identifichi un prezzo massimo, certamente anche il tasso soglia è un calmiera, ma se per calmiera si intende un prezzo massimo, fissato dall'autorità amministrativa o dalla legge con criteri che possono non tenere conto della domanda e dell'offerta [in questi termini le previsioni delle *usury laws* di alcuni stati nordamericani: v. la tabella contenuta in R. HYNES-E.A. POSNER, *The law and economics of consumer finance*, in 4 *Am. L. Econ. Rev.* 178 (2002)], allora il meccanismo del tasso soglia non risulta improntato a tale logica. Per un esame dell'intervento pubblico sul prezzo dei beni: v. A. AMORTH, voce «Prezzi (*dir. amm.*)», in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 431 ss.; un'indagine di taglio civilistico si legge in: G. ALPA, voce «Prezzi II) Diritto Civile», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5.

mercato del credito professionale. È, infatti, circoscritta la facoltà degli operatori economici bancari di deviare in modo significativo dalle condizioni contrattuali diffuse sul mercato, collocandosi (in relazione a ciascuna categoria omogenea di operazioni) nella parte più alta della forbice in cui si disperde il complesso degli operatori attorno alla media. Sono illecite le condizioni economiche concretamente applicate soltanto là dove superino il TEGM di un quarto, valore al quale occorre aggiungere quattro punti percentuali (su base annua) e con un limite massimo di otto punti percentuali (art. 2, c. 4, l. 108/1996).

Inoltre, le sezioni unite hanno definitivamente escluso, nelle operazioni creditizie assimilabili al mutuo, l'applicazione in corso di rapporto del limite legale all'autonomia dell'impresa bancaria nella fissazione dei tassi²³. Focalizzandosi il controllo antiusura sulla *pattuizione* di "interessi usurari", si può concludere che la l. 108 esige una forma di controllo sul mercato del credito alquanto *soft*. Tale cioè da non imporre alcuna deviazione degli operatori dai meccanismi di formazione dei prezzi propriamente concorrenziali, e da eliminare dal mercato esclusivamente le operazioni che si collocano indiscutibilmente «fuori mercato»²⁴. Che l'obiettivo del controllo

²³ Le Sezioni Unite hanno, come noto, escluso che possa darsi usura sopravvenuta (v. Cass., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675, cit., 1484 ss.) per quanto concerne le operazioni creditizie che prevedono un piano di ammortamento predefinito. Relativamente a questa classe di operazioni la S.C. ha chiarito che il controllo di equilibrio si può dare esclusivamente nella fase della pattuizione delle condizioni economiche e non durante lo svolgimento del rapporto, giacché è reputato fisiologico che, nel caso di indebitamento a tasso fisso, le parti sopportino il rischio di uno scostamento del tasso convenzionale da quelli di mercato, con conseguente irrilevanza dell'eventuale superamento del tasso soglia. Un meccanismo differente opera, viceversa, nelle operazioni creditizie a utilizzo flessibile, là dove il controllo di equilibrio si appunta, trimestre per trimestre, in ragione della concreta utilizzazione, da parte del sovvenuto, delle linee di credito. Al riguardo, v. BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013, ove viene coniata la distinzione in classi delle categorie omogenee di operazioni creditizie. Su tale distinzione, con diversi accenti: v. U. MALVAGNA, *A commento della comunicazione Banca d'Italia 3 luglio 2013: sull'usura sopravvenuta*, in *Il caso.it*, 8 luglio 2013, 4 s.; G. D'AMICO, *op. cit.*, 9 ss.; V. TAVORMINA, *op. cit.*, 87 ss.

²⁴ Così, M. SEMERARO, *op. cit.*, 218; G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 438; e v. già G. GUIZZI, *op. cit.*, 449. *Contra*, G. D'AMICO, *op. cit.*, 4, il quale ritiene che «il 'fuoco' della regolamentazione» si sia spostato «dalla 'usura criminale' ... all'usura bancaria»: tale conclusione è, peraltro, decisamente

antiusura non sia, *de lege lata*, l'alterazione delle dinamiche concorrenziali del settore del credito bancario appare altresì testimoniato dalla stessa facoltà, riconosciuta dalla legge, di ricavare il TEGM suddividendo le operazioni creditizie in categorie omogenee²⁵, tenendo conto di «natura», «oggetto», «importo», «durata», «rischi» e «garanzie» (art. 2, c. 2, l. 108/1996) e così limitando l'effetto calmierante che categorie più ampie avrebbero determinato²⁶.

ridimensionata nella nt. 8 del medesimo saggio. Nel medesimo senso, pare, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, 445, il quale ritiene addirittura esclusi dal vaglio di usura oggettiva i rapporti di credito «di carattere civilistico», con ciò intendendo i rapporti intrattenuti con controparti non professionali. Reputa che il controllo di usurarietà degli interessi non sia fondato «su una delega in bianco alle prassi commerciali»: F. PIRAINO, *op. cit.*, 147, il quale ricava tale conclusione dalla difformità tra tasso soglia e TEGM. Ritiene che la «razionalizzazione del mercato del credito» fosse uno dei principali scopi della disciplina antiusura: ABF Napoli, 3 aprile 2013, n. 1796, in *Foro it.*, 2014, I, c. 144 s., che in coerenza con tale rilievo aveva ammesso il controllo sull'usura sopravvenuta, oggi escluso dalle sezioni unite della Cassazione.

²⁵ Le attuali categorie omogenee di operazioni creditizie sono previste dal D.M. 27 settembre 2018 del Ministero dell'Economia e delle Finanze (reperibile sul sito: http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/prevenzione_reati_finanziari/anti_usura/operazioni_creditizie_tassi.html) e sono le seguenti (cfr. art. 1): «aperture di credito in conto corrente, scoperti senza affidamento; finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, finanziamenti all'importazione e anticipo fornitori; credito personale; credito finalizzato; factoring; leasing: immobiliare a tasso fisso e a tasso variabile, aeronavale e su autoveicoli, strumentale; mutui con garanzia ipotecaria: a tasso fisso e a tasso variabile; prestiti contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione; credito revolving, finanziamenti con utilizzo di carte di credito; altri finanziamenti» (tale classificazione, ampliata rispetto alla precedente, si trova per la prima volta nel D.M. 25 marzo 2010; v. al riguardo le osservazioni critiche, con particolare riferimento alla prassi degli scoperti senza affidamento, di A.A. DOLMETTA, '*Scoperti senza affidamento' e usura*, in *I Contratti*, 2013, XII, 1141 ss.).

²⁶ In questo senso è assai significativa la differenza con la normativa francese, che pure costituisce il modello al quale si è ispirato originariamente il legislatore italiano. Infatti, in Francia, a partire dalla l. n. 89-2010 del 31 dicembre 1989 (ulteriori significativi passaggi sono stati la l. n. 93-949 del 26 luglio 1993, che ha spostato nel *code de la consommation* la disciplina dell'usura, la l. n. 2003-721 del 1 agosto 2003, che ha escluso dall'ambito del controllo antiusura i prestiti a professionisti e imprese e la l. n. 2010-737 del 1 luglio 2010, c.d. '*loi Lagarde*') si chiarì che obiettivo della disciplina antiusura era, in particolare, una maggior responsabilizzazione del credito professionale ai consumatori nell'ottica di un contenimento del sovraindebitamento delle famiglie. È significativo infatti che la disciplina antiusura sia specificamente

Il quadro appena tratteggiato dimostra, ad ogni buon conto, che l'applicazione concreta della *rule* relativa al tasso soglia è connotata da un elevato livello di complessità, riconducibile essenzialmente alla necessità che essa sia coerente con le prassi del mercato del credito bancario. Con il che è difficile sostenere che l'attuazione di tale regola possa prescindere dall'intervento tecnico del regolatore del mercato creditizio, al quale, non a caso, sono lasciati spazi non indifferenti di discrezionalità (ad es. si consideri proprio la discrezionalità nell'elaborare le categorie omogenee di operazioni creditizie). Inoltre, l'operatività della *rule*, per quanto accurata possa essere, non sfugge a fenomeni di *underinclusiveness/overinclusiveness*²⁷ : vale a dire, a possibili imprecisioni applicative, con conseguente necessità di interventi chiarificatori, finalizzati a garantire agli operatori professionali una elevata certezza *ex ante*. Una siffatta esigenza vale in particolar modo in un settore, come quello bancario, caratterizzato da una marcata incidenza del contenzioso; senza trascurare, poi, che, in questo comparto, il "prodotto" collocato sul mercato dall'impresa coincide con il rapporto contrattuale negoziato con la clientela²⁸, con ciò risentendo, più che in altri settori merceologici, del contesto legislativo, regolamentare, ma anche giurisprudenziale.

Le precedenti osservazioni non sembrano tuttavia aver influenzato la tormentata applicazione che, a dispetto dell'intento semplificatorio che l'aveva generata, questa disciplina ha avuto negli ultimi vent'anni. Non è facile individuare un campo normativo caratterizzato da un

dedicata al credito ai consumatori (v. Artt. L314-6 e ss. *Code de la consommation*), distinguendo due categorie di operazioni (*Crédits de trésorerie* e *Crédits immobiliers*), divise al loro interno per ammontare erogato o per caratteristiche dell'operazione (es. tasso fisso/variabile). Per quanto concerne le operazioni creditizie verso i professionisti e le società, a seguito dell'*abolitio criminis* contenuta nella l. n. 2003-721 del 1° agosto 2003, sono previste regole antiusura per i soli scoperti di conto (cfr. Art. L313-5-1 *Code monétaire et financier*). Per un quadro, v. S. PIEDELIÈVRE, *Usure*, in *Dalloz Répertoire de droit commercial.*, 2012, *passim*; P. BOUTEILLER, *Le coût du crédit. Le taux effectif global, L'usure*, in *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 509, 2015, *passim*; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Droit bancaire*, Paris, 2017, 660 ss.

²⁷ In questo senso, v. già G. OPPO, *op. cit.*, 535, il quale mette in evidenza i profili di irragionevolezza della soglia fissa.

²⁸ Cfr. A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, 4 ss., il quale ricava da questa osservazione una peculiare esigenza di protezione del cliente bancario.

analogo susseguirsi, non sempre coerente, di interventi legislativi²⁹ e regolamentari, di precisazioni della Banca d'Italia³⁰, di orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario³¹ e, profilo relevantissimo, di pronunce giurisprudenziali³², sovente tra loro contrastanti, culminate nelle recenti sentenze delle sezioni unite della S.C., ove si può leggere in filigrana un tentativo di razionalizzazione e ricostruzione delle regole che presidiano l'erogazione del credito.

Anche nel caso degli interessi moratori torna ad essere in discussione la sussistenza di una (quantomeno tendenziale) omogeneità/simmetria tra gli «interessi usurari» ex art. 644, c. 1, c.p. (TEG) e il parametro utilizzato per individuare il tasso soglia (ossia, il TEGM)³³.

²⁹ Sono numerosi gli interventi normativi che hanno modificato la legge 7 marzo 1996, n. 108: per quanto qui interessa è sufficiente ricordare la legge di interpretazione autentica D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 (conv. l. 28 febbraio 1991, n. 24) (al riguardo, per una sintesi e ulteriori riferimenti: v. C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in *I contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), in *Tratt. dei contratti*, P. Rescigno-E. Gabrielli (diretto da), 21, Padova, 2016, 515 ss.) e il D.L. 13 maggio 2011, conv. l. 12 luglio 2011, n. 106, che ha modificato lo spread da applicare al TEGM per individuare il tasso soglia.

³⁰ A cominciare dai chiarimenti contenuti nel Bollettino di Vigilanza n. 12/2005, 4 (sul quale v. più ampiamente *infra*), contenente uno “schema operativo” per «valutare l'impatto dell'applicazione della commissione di massimo scoperto sulle condizioni complessivamente praticate». V., inoltre, i già citati *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura* del 3 luglio 2013.

³¹ Cfr., limitando i riferimenti alle decisioni del Collegio di Coordinamento: in tema di usura sopravvenuta, v. ABF Coordinamento, 10 gennaio 2014, n. 77; ABF Coordinamento, 5 aprile 2018, n. 7440; sugli interessi moratori ABF Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875; ABF Coordinamento, 23 maggio 2014, n. 3412; ABF Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955; sull'inclusione nel TEG dei premi assicurativi: ABF Coordinamento, 9 gennaio 2018, n. 250; ABF Coordinamento, 8 giugno 2018, n. 12830; ABF Coordinamento, 26 luglio 2018, n. 16921.

³² Cfr. i riferimenti giurisprudenziali del volume curato da G. D'AMICO, *Gli interessi usurari*, Torino, 2016, 27, 36, 41, 43, 59, 63, 80, 91.

³³ In dottrina, ravvisano nel sistema della legge antiusura una regola di simmetria, ad es. U. SALANITRO, *op. cit.*, 99 s.; N. RIZZO, *op. cit.*, 87, il quale mette l'accento sul fatto che la soglia antiusura varia nel tempo ed è ricavata da valori medi di costo del credito che dovrebbero fotografare le dinamiche del mercato in un determinato momento; V. TAVORMINA, *op. cit.*, 93; *Contra*, G. D'AMICO, *op. cit.*, 17 ss.; ID., *'Principio di simmetria' e legge antiusura*, in *I Contratti*, 2017, V, 507; F. PIRAINO, *op. cit.*, 146 ss. In giurisprudenza, prima di Cass., 20 giugno 2018, n. 1630, cit.; Cass., 22 giugno 2016, n. 1296, cit. 1599; si v. inoltre la chiara presa di posizione nel senso

L'esito di tale indagine non può non essere influenzato, al fondo, da quanto si è rimarcato circa la *ratio* della disciplina sull'usura con specifico riferimento al sistema creditizio, *per un verso*, e, *per l'altro*, dalla identificazione dei confini della discrezionalità del giudice nell'attuazione di una disciplina, quale quella di usura oggettiva, che, con segnato riguardo al settore del credito bancario, implica innegabili valutazioni di carattere tecnico-bancario e matematico-finanziario. Tale ultimo profilo, sovente trascurato, risulta invero cruciale, perché la ricostruzione di TEGM e TEG significa aggregare in modo omogeneo (non solo e non tanto TEG e TEGM ma) gli stessi oneri applicati dalle banche con criteri (base di calcolo, ammontare, tempo, etc.) differenti identificando un unico valore percentuale di sintesi (il TEG, appunto), con il che, fatalmente, si richiede una *reductio ad unitatem* non sempre possibile (o comunque non sempre possibile alla luce delle formule indicate da Banca d'Italia: v. *infra* §4).

3. *L'esigenza di simmetria tra TEG e TEGM nel canone delle Sezioni Unite.*

L'ordinanza di rimessione ha messo in evidenza una grave omissione dei precedenti in materia di rilievo usurario degli interessi moratori. Essi trascurano che, come riconosciuto dalle sezioni unite, la simmetria tra le modalità di rilevazione del costo del credito (TEG) e quelle di fissazione della soglia legale (TEGM), se non è una regola rigida (o, addirittura, un principio), è comunque una esigenza, che l'interprete è tenuto a valorizzare³⁴.

Un primo indizio della sussistenza di una siffatta esigenza emerge dall'esame lessicale della disciplina. È rimarcato, così, che la l. n. 108/1996 «definisce alla stessa maniera (usando le medesime parole: «commissioni», «remunerazioni a qualsiasi titolo», «spese, escluse quelle per imposte e tasse») sia - all'art. 644 c.p., comma 4, - gli elementi da considerare per la determinazione del tasso in concreto applicato, sia - alla L. n. 108, art. 2, comma 1, cui rinvia l'art. 644 c.p., comma 3, primo periodo, - gli elementi da prendere in considerazione

di una rigida simmetria ABF 28 marzo 2014, n. 1875, *cit.*, p. 14; ABF, 23 maggio 20124, n. 3412, *cit.*, 14.

³⁴ Cass., 20 giugno 2018, n. 16303, *cit.*, 93.

nella rilevazione trimestrale, con appositi decreti ministeriali, del TEGM e, conseguentemente, per la determinazione del tasso soglia con cui va confrontato il tasso applicato in concreto; con ciò indicando con chiarezza che gli elementi rilevanti sia agli uni che agli altri effetti sono gli stessi».

Cionondimeno, la S.C. non conclude che l'esclusione della CMS dal controllo antiusura possa trovare giustificazione nel fatto che i decreti ministeriali, emanati ai sensi dell'art. 2, c. 1., l. 108/1996, espressamente non annoverino tale onere tra quelli rilevanti.

Piuttosto, secondo le S.U., occorre riconoscere che alla luce della funzione e, in special modo, delle modalità di calcolo della CMS essa deve «rientrare tra le 'commissioni' o 'remunerazioni' del credito menzionate dall'art. 644, comma 4, c.p. (determinazione del tasso praticato in concreto) che dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1 (determinazione del TEGM) attesa la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca».

L'*impasse* di una conseguente illegittimità (e, dunque, disapplicazione) dei decreti ministeriali per omessa inclusione nel TEGM di una componente del costo del credito rilevante ai sensi dell'art. 2, c. 1, l. 108/1996 è superato, con un certo pragmatismo, riconoscendo piena legittimità alla, già menzionata, prassi di Banca d'Italia che, fin dall'entrata in vigore della l. 108/1996, rilevava, sia pur separatamente, il valore medio delle CMS espresso in termini percentuali. Così, viene rilevato che tale soluzione consente «la piena comparazione ... tra i corrispettivi della prestazione creditizia praticati nelle fattispecie concrete e il tasso soglia». Del resto, «la circostanza che tale entità [la CMS media] sia riportata a parte, e non sia inclusa nel TEGM strettamente inteso, è un dato formale non incidente sulla sostanza e sulla completezza della rilevazione prevista dalla legge»: secondo le Sezioni Unite il rilievo separato della CMS non impedisce un suo impiego ai fini della verifica dell'effettivo superamento della soglia legale usuraria nelle fattispecie concrete.

Percepando la problematicità di conciliare il fatto che dal «dato formale» emerge una grandezza (*i.e.* la CMS media) non conciliabile con il TEGM, con la necessità che la valutazione del superamento del tasso soglia usurario sia unitaria, la S.C., ispirandosi alle indicazioni di

Banca d'Italia, individua un test di usurarietà composto da due passaggi³⁵.

i) In primo luogo, occorre confrontare «l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile (c.d. CMS soglia), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle»³⁶;

ii) Successivamente, e a condizione che la CMS praticata superi tale soglia, «per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso [rispetto alla soglia] va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti ("margine")». In altre parole, l'*escamotage* che consentirebbe, secondo la Cassazione, di rendere omogenei i valori della CMS con quelli del tasso soglia è individuato nella sottrazione di valori puramente nominali e monetari (e non di valori percentuali) tra, al *diminuendo*, la differenza tra il costo complessivo del credito al margine (ossia rapportando ai numeri debitori il tasso soglia) e gli «interessi usurari» concretamente applicati nel corso del rapporto e, al *sottraendo*, la differenza tra la CMS effettivamente versata e la CMS soglia.

La soluzione indicata dalle sezioni unite per il controllo usurario CMS, oltre a una nutrita serie di problemi applicativi³⁷, solleva questioni di fondo, rilevanti anche per la verifica di usurarietà degli interessi moratori, circa i criteri che orientano la concreta attuazione della vaglio di usurarietà, e, in particolare, il difficile equilibrio tra la

³⁵ Cass., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., p. 1342. V. BANCA D'ITALIA, *Bollettino di Vigilanza*, dicembre 2005, n. 12, 5; nella giurisprudenza di merito: v. ad es. Trib. Verona, 21 settembre 2007, in *Corriere del merito*, 2008, III, 351, con commento di F. AGNINO, *Usura e commissione di massimo scoperto*. Le modalità di calcolo vengono definite «metodo del margine» da R. CAPRA et al., *Il principio di omogeneità e l'usura. Alcune note tecniche*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2018, II, 319 ss. In dottrina, v. le considerazioni critiche, essenzialmente fondate sull'unitarietà del TEGM, di M. DE POLI, *Costo del denaro, massimo scoperto e usura*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, II, 358. Nel medesimo senso A. ANTONUCCI, *La commissione del massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 320.

³⁶ Cass., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., p. 1342.

³⁷ Per le quali v. A. DALMARTELLO, *Specialità della rilevanza usuraria della commissione di massimo scoperto: la deferenza delle Sezioni Unite alle Istruzioni di Banca d'Italia*, in corso di pubblicazione su *Annuario del contratto 2018*, A. D'Angelo e V. Roppo (diretto da), Torino, 2020, 212 ss.

(tendenziale) onnicomprensività del TEG e l'esigenza di (tendenziale) omogeneità tra TEG e TEGM. Questione che pare implicare una valutazione sul livello di deferenza che è opportuno osservare rispetto alle istruzioni della Banca d'Italia.

4. Il conflitto tra (tendenziale) onnicomprensività del TEG e regola di (tendenziale) omogeneità tra TEG e TEGM: il rilievo dei criteri tecnici di misurazione

Dalle precedenti osservazioni si ricavano i poli della discussione circa i caratteri della verifica antiusura nel mercato del credito professionale.

Secondo una prima tesi, apparentemente più rigorosa verso il mondo del credito bancario, sul presupposto che il TEG e il TEGM siano fedelmente riproduttivi del costo del credito ed espressivi di un valore percentuale³⁸ che fotografa in modo fedele l'esistente, viene esaltato (in via esclusiva o comunque prevalente) il canone di onnicomprensività del TEG³⁹. Tale linea di pensiero ritiene inutile il raffronto di valori omogenei con i TEGM, né proficua una riflessione sulla coerenza tra le verifiche antiusura e il concreto atteggiarsi delle operazioni creditizie. Più precisamente, non viene considerato fatto rilevante – quantomeno meritevole di un trattamento differenziato – che alcune voci di costo dipendano dal concreto comportamento del soggetto finanziato nel corso del rapporto. In questa prospettiva, è pienamente coerente che la funzione dello *spread* da sommare al TEGM per ricavare il tasso soglia sia volta a consentire di assorbire l'incidenza degli oneri ulteriori, e in particolare, di quelli eventuali, sul costo del credito⁴⁰. In altri termini,

³⁸ Nel caso del TEG, viene ricavato in misura percentuale il costo effettivo e onnicomprensivo del credito, mentre in quello del TEGM il costo medio, che, nel caso delle operazioni con piano di ammortamento predefinito, è tendenzialmente riferito alla fisiologia dell'operazione creditizia, mentre, in quelle a utilizzo flessibile, prevede una serie di aggiustamenti volti a tenere conto delle modalità di utilizzo concreto della provvista e dei costi connessi a tali modalità di utilizzo, tenendo conto anche dei profili patologici.

³⁹ Cfr., ad es.: A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 320; ID., *L'onniconcomprensività dell'interesse usurario. Elementi costitutivi e sistema delle fonti all'attenzione delle SS. UU.*, in questa *Rivista*, 2017, 3 ss.

⁴⁰ G. D'AMICO, *'Principio di simmetria' e legge antiusura*, in *I Contratti*, 2017, V, 507; A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 6. *Contra*, R. CAPRA *et al.*, *op. cit.*, 326, i quali

la funzione dello *spread* (e, in definitiva, dello stesso tasso soglia) sarebbe quella di fissare un “calmiere mobile”, nel quale i valori medi di mercato hanno effetti conformativi sulla generalità dei rapporti. La conseguenza applicativa di tale impostazione non è trascurabile: nel mercato del credito, non vi è una piena libertà degli operatori di collocarsi – nei limiti dello *spread* – attorno alla media, giacché una parte dello *spread* è destinato ad assorbire gli oneri di varia specie non considerati dalla Banca d’Italia ai fini della elaborazione del TEGM.

Questa ricostruzione della legge antiusura, incentrata sulla valorizzazione del principio di onnicomprensività, è respinta, nei fatti, dalla già citata decisione delle sezioni unite riguardante il rilievo usurario della CMS. In tale provvedimento la S.C. ha piuttosto cercato di individuare un temperamento tra le esigenze di *effettività* del controllo antiusura e quelle di *deferenza* rispetto alle indicazioni dell’autorità governativa, che recepiscono le stime della Banca d’Italia.

Più in generale, va osservato che un contegno interpretativo dei giudici improntato alla deferenza rispetto agli orientamenti di Banca d’Italia (inclusi nei decreti ministeriali) si giustifica per una serie di ragioni che prescindono dalla *vincolatività* degli stessi in senso tecnico-giuridico⁴¹: *i*) anzitutto, occorre rimarcare che, in assenza dell’opera integratrice della Banca d’Italia il controllo sull’usura oggettiva, previsto dalla l. 108/1996, non potrebbe operare: senza la soglia di legge non vi sarebbero, in altri termini, «interessi [oggettivamente] usurari»; *ii*) con riferimento ad alcune tipologie di oneri, e in particolare quelli che richiedono un comportamento del soggetto finanziato ai fini della loro applicazione, non risultano testualmente univoche né la necessità di misurarli, né le modalità tecniche per eseguire tale stima; *iii*) di conseguenza, è arduo negare che, come nel caso dell’individuazione delle categorie omogenee di operazioni creditizie, vi sia uno spazio di *discrezionalità* tecnica della Banca d’Italia nel

rimarcano che la funzione dello *spread* è semplicemente quella di consentire l’attività creditizia nei confronti di prenditori più rischiosi.

⁴¹ La legge attribuisce alla Banca d’Italia la funzione di esprimere un parere e di tale attività consultiva dà conto il Ministero dell’Economia nei decreti: con il che la dottrina ha correttamente rimarcato che la Banca d’Italia non emana, in questo caso, atti regolamentari in senso tecnico, ma semplici ordini amministrativi (così A. ANTONUCCI, *op. cit.*, p. 4).

selezionare gli oneri rilevanti ai fini del controllo antiusura⁴²; iv) parimenti, *non* sembra che tale discrezionalità sia stata esercitata dalla Banca d'Italia in modo *irragionevole*, giacché l'esclusione di alcuni oneri dal TEGM è sempre stata argomentata con considerazioni che, seppur discutibili, non sono state considerate irricevibili da un punto di vista tecnico⁴³; v) a queste considerazioni, occorre aggiungere che è stato persuasivamente puntualizzato che la deferenza verso gli orientamenti regolatori delle autorità amministrative indipendenti è pienamente giustificata, se si considera lo specifico ruolo assegnato alle stesse nel sistema costituzionale. Più precisamente, le autorità indipendenti non elaborano le proprie decisioni aggregando preferenze (come i parlamenti) ovvero applicando con imparzialità preferenze già aggregate (come i giudici), ma compiono scelte strumentali, su materie di carattere tecnico, nelle quali sarebbe una pura finzione immaginare l'elaborazione e l'aggregazione delle preferenze tipica del metodo democratico-parlamentare⁴⁴. Secondo questa impostazione, la

⁴² Nega tale discrezionalità, al fine di escludere problemi di legittimità costituzionale dell'art. 644 c.p. per insufficiente determinatezza della delega alle fonti di rango secondario, la Cassazione penale: v. ad es., Cass. pen., 26 marzo 2010, n. 12028, in *Giur. it.*, 2010, XI, 2408, ove è affermato con tono stentoreo che «non v'è dubbio che la legge abbia determinato con grande chiarezza il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per 'fotografare' l'andamento dei tassi finanziari», la quale, però, poche righe dopo ammette, a denti stretti, che una qualche discrezionalità da parte di Banca d'Italia in realtà è riscontrabile.

⁴³ Sono pertanto integrati i due requisiti che, da oltre trent'anni, la Corte Suprema U.S.A. richiede per limitare la possibilità dei giudici di sindacare il contenuto degli atti regolatori [tra i quali – va precisato – è discusso che siano inclusi quelli di natura puramente interpretativa: v. ad es. C.R. SUNSTEIN, *Chevron Step Zero*, 92 *Virginia Law Review* 187 (2006)] delle autorità indipendenti: v. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), la quale, semplificando, richiede un test in due fasi: a) anzitutto, occorre verificare che la legge non sia di interpretazione univoca; b) successivamente, occorre sottoporre l'atto dell'autorità indipendente a un test di ragionevolezza. Su questa importantissima decisione la lettura è sterminata: un quadro critico, aggiornato e autorevole si trova in C. R. SUNSTEIN, *Chevron As Law*, in 107 *Georgetown Law Journal*, 1615 ss., in part. 1622 ss. (2019).

⁴⁴ Cfr. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, III, 478 ss., il quale chiarisce che le scelte strumentali sono «tutte le scelte che, pur essendo destinate a restare comunque opinabili, sono tuttavia concepite come scelte

deferenza dei giudici agli orientamenti delle *authorities* sarebbe dovuta a condizione che una lacuna legislativa sia stata colmata dall'autorità indipendente attraverso una pronuncia che risolva un conflitto tra «interessi secondari, oggetto di preferenze strumentalmente motivate»⁴⁵, essendo riservata ai giudici la soluzione di conflitti riguardanti interessi primari oggetto di preferenze semplici. vi) Alle precedenti considerazioni, va aggiunto che, nel diritto del mercato, il valore della certezza e della prevedibilità degli esiti del contenzioso assume un ruolo particolarmente pregnante⁴⁶.

Con un provvedimento che pare inserirsi nel solco delle richiamate suggestioni comparatistiche e riflessioni dottrinali, la Cassazione ha individuato, come si è già notato, un pragmatico punto di equilibrio tra i) l'esigenza di effettività e onnicomprensività del controllo antiusura, nella prospettiva del quale è ben possibile affermare che la CMS, benché non costituisca una specifica remunerazione per l'utilizzo della linea di credito da parte del cliente, rappresenti un costo del credito, e ii) l'esigenza di certezza e, dunque, di omogeneità tra TEGM e TEG con segnato riferimento alle operazioni creditizie a utilizzo variabile, eseguendo il test a due fasi elaborato dalla Banca d'Italia.

Se dal punto di vista della politica del diritto la decisione della Cassazione è motivata dall'opportunità che, a certe condizioni, il potere

rispetto alle quali non si ammette la rilevanza di preferenze semplici, non supportate da una motivazione adeguata e pertinente».

⁴⁵ Così F. DENOZZA, *op. cit.*, 484, il quale sottolinea che «l'opportunità di riconoscere alle autorità un potere discrezionale in materie che coinvolgono l'aggregazione di preferenze strumentalmente motivate può essere giustificata con la difesa della loro peculiare funzione (...) e, in particolare, con i profili di inefficienza che potrebbero derivare da decisioni giudiziarie di singoli casi confliggenti con l'impostazione complessiva dell'autorità». V. al riguardo le considerazioni critiche (nel senso della desiderabilità di un grado maggiore di deferenza) di A. MACCHIATI, *Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, II, 363 ss.

⁴⁶ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La certezza del diritto dell'economia tra attività del regolare e attività del giudicare*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, II, 275 ss., la quale rileva come i mutamenti socio-economici richiedono un capovolgimento delle tecniche normative e regolatorie che inevitabilmente determinano un ruolo pregnante del giudizio, con conseguente valorizzazione del ruolo del precedente. Mette in evidenza i limiti dell'efficacia degli interventi regolatori o giurisprudenziali sulla prassi d'impresa: A.A. DOLMETTA, *Prassi d'impresa e sopravvenienze (legislative o giurisprudenziali)*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, II, 513.

giudiziario si astenga da sindacare il merito di orientamenti delle autorità amministrative indipendenti caratterizzati da un livello elevato di discrezionalità tecnica (o, meglio, caratterizzati dalla soluzione di conflitti riguardanti «preferenze strumentalmente motivate»), occorre mettere in evidenza come essa trovi una pur parziale conferma se si considerano, nello specifico, le ragioni che hanno condotto alla fissazione di una determinata soglia fissa per il controllo di usura oggettiva (e, pertanto, le motivazioni che hanno condotto la Banca d'Italia a orientarsi in un certo modo).

L'esigenza di (tendenziale) omogeneità non discende tanto dalla spesso richiamata coincidenza lessicale tra art. 644, c. 4, c.p. e art. 2, c. 1, l. 108/1996⁴⁷, bensì dal fatto che i valori messi a confronto costituiscono, solo in apparenza, l'unica stima immaginabile, in valori percentuali, dell'effettivo costo del credito. In realtà, come è possibile evincere dalla stessa evoluzione degli orientamenti di Banca d'Italia – e, in particolare, dall'evoluzione delle modalità di rilevazione degli oneri nei finanziamenti a utilizzo flessibile⁴⁸ – queste tecniche di rappresentazione del costo del credito non sono volte a identificare un rilevamento indiscutibile e unico di tasso effettivo applicato dall'istituto di credito, ma una *metrica*, cioè una unità di misura del costo del denaro⁴⁹. Una stima che ha il solo scopo di permettere di determinare i valori medi di mercato, onde verificare se, applicata la medesima unità di misura, i costi pretesi nel caso concreto siano eccessivi rispetto ad essi. Poiché a tale riguardo la legge non dava particolari indicazioni, e perciò si è reso necessario un intervento discrezionale di Banca d'Italia nella formulazione di tale unità di misura, è giocoforza ritenere che l'interprete non possa discostarsi dalle

⁴⁷ Né da esigenze di carattere logico, ritenute ingenue da G. D'AMICO, *op. cit.*, 506. Una difesa tecnica dell'omogeneità si legge in R. CAPRA *et al.*, *op. cit.*, 321 ss.

⁴⁸ Si fa in particolare riferimento alla modifica intervenuta nell'agosto 2009 (v. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, agosto 2009, p. 12), che ha richiesto l'annualizzazione degli oneri determinando un notevole aumento del loro peso relativo sul costo del credito, senza che ciò determinasse (stante l'omogeneità tra TEGM e TEG) una maggiore frequenza di ipotesi di usura bancaria.

⁴⁹ Rilievo assolutamente pacifico nella dottrina francese: v. ad es. P. BOUTEILLER, *op. cit.*, *Introduction*, § 1, che parla in proposito di «comparateur légal». In termini non dissimili, A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 8, la quale tuttavia ne ricava conclusioni opposte.

istruzioni dell'autorità di regolazione. Ciò anche in presenza di (sempre che non siano palesemente irragionevoli) imperfezioni⁵⁰.

Non si può, infatti, escludere che sia possibile identificare stime più precise e migliori del costo del credito: misurazioni in grado di considerare in modo più accurato i costi eventuali ovvero quelli che dipendono dal contegno del soggetto finanziato⁵¹. Ma pare estraneo alla logica del accertamento dell'usura bancaria che tale verifica possa prescindere dai valori che emergono dal mercato, ossia dalla quantificazione di essi operata dall'autorità di settore, che confluisce nel tasso soglia. Come si è rilevato in precedenza (v. *supra* §2), il controllo di equilibrio dei contratti di credito imposto dalla disciplina penalistica dell'usura oggettiva recepisce le dinamiche di mercato e, pertanto, non ha la funzione di imporre grandezze dei tassi improntate a assorbire nello spread sommato al TEGM scenari di possibile applicazione di oneri eventuali. L'usura oggettiva fornisce piuttosto, trimestre per trimestre, prescrizioni di comportamento agli operatori professionali, funzionali a verificare quanto disperso attorno al tasso usurario medio può essere in concreto il costo del denaro per un determinato prenditore, in relazione allo specifico merito creditizio⁵².

Ciò non significa affatto respingere l'esigenza di onnicomprensività del TEG, adottando una regola rigida di simmetria⁵³: il difficile punto di equilibrio tra le due istanze deve necessariamente passare da un'onnicomprensività del TEG, che non trascuri il fatto che, alla base

⁵⁰ Per una ricognizione delle diverse ipotesi di calcolo: v. P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo. A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto*, in *Giur. comm.*, 2006, V, 682 ss. Sul presupposto che gli addendi della sommatoria indicata nelle Istruzioni di Banca d'Italia fossero già disomogenei, ritiene si potesse e dovesse includere un terzo addendo relativo alla CMS: M. DE POLI, *op. cit.*, 358. Il tema del metodo di calcolo è stato approfondito nell'ordinamento francese ove, dopo un primo periodo di applicazioni giurisprudenziali, è stato espressamente disciplinato dall'art. R 313-1 del *Code Consommation* (modificato in varie occasioni): su questo profilo v. la sintesi di S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, § 55 ss.

⁵¹ Ritiene incompatibile una forma simile di controllo con i principi penalistici: P. FERRO LUZZI, *op. cit.*, 680.

⁵² In questo senso, v. P. FERRO LUZZI, *op. cit.*, 680. *Contra*, una opposta prospettiva in G. D'AMICO, *op. cit.*, 508.

⁵³ Dimostra l'irrazionalità di una rigida simmetria: G. D'AMICO, *op. cit.*, 508.

della misura percentuale del TEG e del TEGM, vi sono scelte tecniche, discrezionali⁵⁴.

In altri termini, la regola di omogeneità è solo tendenziale e, comunque, non tale da escludere la facoltà per il giudice di tenere conto di tutti i valori effettivamente *misurabili* (e non solo quelli effettivamente misurati) attraverso l'unità di misura espressa dalle formule che individuano il TEGM. Tale sistema di rilevamento è altresì suscettibile di essere integrato, come ha dimostrato la Cassazione nel seguire le indicazioni di Banca d'Italia per la considerazione della rilevanza usuraria della CMS.

Il sistema dell'omogeneità entra in crisi, viceversa, allorquando l'interprete intenda includere nel TEG una componente del costo del credito da calcolare con metriche totalmente difformi (es. natura eventuale dell'onere, diversa base di calcolo, diverso periodo temporale di addebito)⁵⁵. In questi casi, sebbene sia necessario riconoscere che non vi sono argomenti testuali idonei ad escludere l'astratta legittimità di tale procedere, esso risulta inopportuno, giacché sovverte la logica della verifica puntuale del superamento della soglia usuraria, dando spazio ad applicazioni della disciplina non sorvegliate e che potrebbero fuoriuscire dall'orbita di offensività presupposta dalla fattispecie incriminatrice, la quale richiede un confronto tra il costo effettivo del credito e quello medio, calcolati secondo una metrica comune. In altri termini, allorquando TEG e TEGM siano costruiti con metriche non

⁵⁴ Tali scelte riguardano, come si è già osservato, le modalità matematico-finanziarie mediante le quali rappresentare con un valore unitario (valore percentuale su base annua) oneri e strutture commissionali, calcolati attraverso complesse (e talvolta imprecise) operazioni di omogeneizzazione ed equivalenza tra diverse modalità e criteri di misurazione. Non sembrano considerare tale profilo gli Autori che difendono un'interpretazione 'forte' del canone di onnicomprensività: v. ad es. A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 8.

⁵⁵ Parte della dottrina risolve questo problema ritenendo illegittimi i decreti ministeriali contenenti una incompleta rilevazione del TEGM: v. U. SALANITRO, *op. cit.*, 103 ss.; N. RIZZO, *op. cit.*, 87. Tale soluzione è ritenuta troppo radicale e, perciò, non accettabile da M. CIAN, *op. cit.*, 17. In senso contrario, v. anche V. FARINA, *Clausola di salvaguardia, commissione di massimo scoperto e divieto delle usure cit.*, p. 982; ID., *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 452 ss.; al riguardo v. le considerazioni critiche di N. RIZZO, *Interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 369 nt. 22.

uniformi vi è il rischio che nella valutazione del costo del credito bancario emergano, e siano puniti, falsi positivi.

Tale rischio pare di per sé rivelatore della correttezza della scelta delle sezioni unite di osservare fedelmente le istruzioni dell'autorità.

E benché le indicazioni di Banca d'Italia si prestino, come si è già osservato, a possibili rilievi, non sembra comunque condivisibile correggere, *a posteriori*, le imprecisioni, mediante uno stravolgimento dell'unità di misura alla base della soglia di legge, perché i falsi positivi, che si generano, determinano la perdita del baricentro applicativo della disciplina, con il proliferarsi di un contenzioso, che giova solo ai professionisti che lo hanno alimentato.

Più in generale, anche alla luce di quanto accaduto nel modello francese, non appare improprio un ripensamento del legislatore dell'intero impianto dell'usura bancaria, essendo opportuno che, nell'ottica di una *better regulation*, la fonte primaria stabilisca in modo chiaro gli obiettivi del controllo antiusura nel settore del credito professionale e siano attribuite competenze regolamentari altrettanto chiare direttamente alla Banca d'Italia, valutandone attentamente gli spazi di discrezionalità, ed eventualmente sollecitando forme di autonomia collettiva o, quantomeno, di discussione aperta dei profili tecnici implicanti maggiore discrezionalità (ad es. centrale è il tema dell'individuazione delle categorie omogenee)⁵⁶.

5. Ipotesi per un controllo usurario sugli interessi moratori nel mercato bancario

Dalle osservazioni che precedono emerge un quadro della disciplina antiusura piuttosto contraddittorio. Tale contraddizione riposa probabilmente nella difficoltà di disciplinare in modo (solo apparentemente) unitario operazioni creditizie molto diverse. Differenze che, inevitabilmente, si riflettono sia nelle modalità di misurazione della soglia legale, che nell'applicazione dei rimedi.

Sotto il primo profilo, sembra che un'attuazione coerente della *ratio decidendi* sottesa alle sezioni unite nella sentenza sulla CMS avrebbe

⁵⁶ Suggerisce l'adozione di procedure regolatorie congrue «al fine di un'ottimale aggregazione di preferenze strumentalmente motivate» F. DENOZZA, *op. cit.*, 485.

suggerito maggiore deferenza della giurisprudenza successiva⁵⁷ alle indicazioni di Banca d'Italia⁵⁸, anche con riferimento alla discussa questione della rilevanza ai fini usura degli interessi moratori nelle operazioni creditizie a piano di ammortamento prestabilito⁵⁹.

Al di là della controversa natura civilistica degli interessi moratori⁶⁰ e della loro idoneità a costituire costo del credito⁶¹, pare che una stima di essi funzionale alla verifica di usurarietà del mutuo non sia predicabile in modo coerente nell'attuale contesto della disciplina tecnica⁶².

⁵⁷ V. *supra* le sentenze citate alla nota 2.

⁵⁸ Invero, la Banca d'Italia ha assunto al riguardo una posizione ambigua, escludendo dal calcolo del TEGM gli interessi moratori, ma affermandone la soggezione alla normativa antiusura: BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013, ove è chiarito che tale controllo andrebbe svolto in base a una «specifica soglia», in assenza della quale si potrebbe utilizzare un aumento di 2,1 punti percentuali. Ritene che la Banca d'Italia abbia in tal modo sconfessato il c.d. «principio di simmetria» tra TEG e TEGM, G. D'AMICO, *op. cit.*, 507. Invero, occorre puntualizzare che la Banca d'Italia, per un verso, esclude espressamente che gli interessi di mora facciano parte del TEG, per l'altro, al fine di «evitare il confronto tra tassi disomogenei» richiede che tale raffronto tenga conto della maggiorazione di 2,1 punti percentuali, implicando in questo modo una rilevanza usuraria autonoma degli interessi di mora.

⁵⁹ Discorso analogo vale, in questa prospettiva, per i costi di estinzione anticipata del prestito e per ulteriori oneri dei quali parte della dottrina auspica un vaglio usurario: v. ad es. D. MAFFEIS, *Usura probabile: costo di estinzione anticipata e clausola floor*, in *I Contratti*, 2018, V, 615 ss., in base alla non divisibile ricostruzione di tali oneri alla stregua di «derivati incorporati»; per quanto concerne gli strumenti finanziari derivati collegati a un indebitamento, v. A. TUCCI, *Derivati e usura*, in questa *Rivista.*, 2018, II, 6 ss.

⁶⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. PIRAINO, *op. cit.*, 150 ss.; N. RIZZO, *op. cit.*, 363 ss. In senso contrario, si esprime ora autorevole dottrina giuscommerciale: G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura... per fatto del debitore ('Aberrazioni' giurisprudenziali in tema interessi di mora e usura)*, in *Corr. Giur.*, 2019, II, 158 ss.; cfr., inoltre, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 402 ss.

⁶¹ Si tratta di una considerazione difficilmente superabile se si considera l'onnicomprendività del carico economico che è oggetto del controllo usurario. Cfr. ad es. F. PIRAINO, *op. cit.*, 147. Il problema è, come si vedrà *infra* nel testo, effettuare un accertamento coerente con gli obiettivi della disciplina e che non comporti indebite distorsioni nel mercato del credito.

⁶² Ritene opportuna una «evidenziazione scomposta» rispetto alla parte restante del carico economico, A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 153.

Non sembra praticabile nemmeno una soluzione che valorizzi il *decisum* delle sezioni unite nella costruzione della verifica dell'usurarietà della CMS. In astratto, si potrebbe immaginare un trattamento degli interessi moratori simile a quello riservato all'eccedenza tra CMS applicata e CMS soglia. Tuttavia, nel caso degli interessi moratori quantificati sulla rata del mutuo è profondamente diverso il contesto negoziale e tecnico di riferimento. Anzitutto, se è pur vero che la base di calcolo degli interessi moratori, alla stessa stregua della CMS, si discosta dai numeri debitori presi in considerazione per l'applicazione degli interessi corrispettivi, va rimarcato che, nel caso della CMS, una misurazione del peso medio di essa sul costo del credito era presente nei decreti ministeriali, mentre l'unica rilevazione statistica sull'interesse moratorio medio è, se si escludono gli anni più recenti, risalente e, pertanto, inutilizzabile⁶³, in quanto scollegata in modo non ragionevole dalle dinamiche di mercato.

A tale rilievo, occorre aggiungere che le operazioni creditizie con piano fisso di ammortamento sono caratterizzate da un differente controllo ai fini anti-usura rispetto a quelle a utilizzo flessibile, che consegue non tanto a una scelta politica, quanto a una presa d'atto delle modalità tecniche di erogazione del credito nei due casi. La presenza di un piano di ammortamento fisso e la valorizzazione di esso nell'elaborazione della metrica da parte di Banca d'Italia implica che l'usurarietà degli oneri e delle remunerazioni debba essere valutata al momento della pattuizione. Tale modalità di calcolo è stata confermata dalle sezioni unite della Cassazione, allorché hanno escluso la rilevanza del fenomeno dell'usura sopravvenuta. Viceversa, nelle operazioni di finanziamento a utilizzo flessibile, la stessa erogazione del credito dipende da una scelta discrezionale del soggetto finanziato (l'utilizzo), sicché un controllo che prescindere dal concreto andamento

⁶³ La rilevazione statistica dello *spread* medio tra tassi corrispettivi e moratori è del 2002 (v. art. 3, c. 4, D.M. 25 marzo 2003 e la nota metodologica allegata). Di recente, forse anche sulla spinta del contenzioso, sono state effettuate nuove rilevazioni statistiche: v. d.m. 21 dicembre 2017; d.m. 28 marzo 2018; d.m., 27 giugno 2018. Criticano la possibilità di utilizzare una soglia specifica per gli interessi moratori: G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. D'Amico (a cura di), Torino, 2016, 33 ss.; L. PASCUCCI, *op. cit.*, 47 ss., ove ulteriori riferimenti. In senso difforme il recente orientamento della Cassazione: Cass., 17 ottobre 2019, n. 26286, cit., 10.

dell'operazione, trimestre per trimestre, sarebbe impreciso e forse inutile. Per tali ragioni la Banca d'Italia, nella parte delle Istruzioni riguardante le operazioni a utilizzo flessibile, richiede per la elaborazione del TEGM la comunicazione di tutti i TEG delle operazioni in essere con la clientela nel trimestre e non soltanto quelle accese in quello stesso arco temporale. Tale differente impostazione tecnica del controllo antiusura nelle due tipologie di operazioni comporta che, mentre per le operazioni con piano di ammortamento prestabilito è problematico includere nel calcolo un onere eventuale, che al momento della pattuizione non era preventivabile, nel caso delle operazioni a utilizzo flessibile tale problema possa essere superato. Per converso, la valutazione del superamento del tasso soglia si verifica in questa seconda categoria di operazioni trimestre per trimestre, mentre quando è presente un'erogazione prestabilita e un piano di ammortamento la verifica è una soltanto⁶⁴. Occorre chiedersi a tale riguardo se tale differente operatività della verifica usuraria si rifletta sull'orizzonte temporale di applicazione del rimedio previsto dall'art. 1815, c. 2, c.c. da riferire, in questo caso, allo svolgersi del rapporto⁶⁵.

Benché non sia possibile escludere in radice una potenziale rilevanza usuraria dell'interesse moratorio⁶⁶, va rimarcato che l'attuale assetto del controllo antiusura nel settore del credito induce a dubitare che tale verifica possa essere in concreto attuata al di fuori di patologiche ipotesi di frode alla legge⁶⁷. E ciò non solo per deferenza alle (ambigue)

⁶⁴ In questo senso: v. Cass., 18 gennaio 2019, n. 1464, in banca dati *DeJure*, la quale ha precisato che, nelle operazioni creditizie a uso flessibile il confronto tra TEG e tasso soglia va compiuto «con riferimento ad ogni trimestre, dovendosi verificare il superamento della soglia usuraria con riferimento ai diversi valori medi che sono oggetto della rilevazione eseguita con tale periodicità, giusta la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1». V. altresì BANCA D'ITALIA, *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, luglio 2016, p. 12 nt. 19

⁶⁵ Esclude in modo tranchant tale ipotesi: App. Milano, 14 gennaio 2019, in *dirittobancario.it*.

⁶⁶ In dottrina, ammettono il controllo antiusura sugli interessi moratori: G. D'AMICO, 'Principio di simmetria' e legge antiusura, in *I Contratti*, 2017, V, 504; V. DONATO, *Sull'usura nei contratti bancari*, in *Giust. civ.*, 2018, IV, 996 ss. Per la soluzione negativa: v., ad es., F. REALMONTE, *op. cit.*, 779; A. A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex legge n. 108 del 1996*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 629 ss.; V. TAVORMINA, *op. cit.*, 90 s.; G. GUIZZI, *op. cit.*, 162.

⁶⁷ V. F. REALMONTE, *op. cit.*, 77; A. BARENGHI, *op. cit.*, 447.

indicazioni di Banca d'Italia, bensì perché a impedirlo sono i metodi di calcolo del tasso soglia nelle operazioni finanziarie a piano di ammortamento prestabilito. In una prospettiva economico-finanziaria, si può osservare che gli interessi moratori remunerano la dilazione di pagamento concessa forzatamente dal mutuante in relazione a singole rate⁶⁸ (o, in caso di passaggio a sofferenza, con riferimento al capitale residuo) e, pertanto, hanno un collegamento solo indiretto con la remunerazione della somma data a mutuo, né è semplice rapportarli ad essa⁶⁹.

Non senza una obiettiva forzatura del dato strutturale, si potrebbe addirittura ipotizzare la creazione di un'autonoma categoria omogenea creditizia non diversamente da quanto è stato fatto da Banca d'Italia in relazione agli sconfinamenti⁷⁰ in assenza di fido⁷¹. Nelle more, volendo

⁶⁸ Senza considerare i problemi che può sollevare, sotto il profilo del divieto di anatocismo, il fatto che la rata inadempita sia composta da una quota capitale e da una quota interessi: cfr. F. PIRAINO, *op. cit.*, 119 ss., il quale insiste in particolar modo su questo profilo problematico (v. anche pag. 147 s.)

⁶⁹ Per tali ragioni non pare condivisibile la tesi che vorrebbe sommare gli interessi corrispettivi a quelli moratori con riferimento alle rate scadute di un mutuo: v., per tutti, G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. D'Amico (a cura di), Torino, 2016, 23 ss. Cfr., in senso opposto, le osservazioni di U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: "ratio legis" e disapplicazione del tasso di soglia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, VI, 93 (in nota), il quale ravvisa una ipotesi di possibile cumulo delle due tipologie di interessi; e di L. PASCUCI, *op. cit.*, 238 s.

⁷⁰ Ritiene autonoma dagli interessi corrispettivi applicati al fido la clausola che prevede il tasso extra-fido: Cass., 15 settembre 2017, n. 21470, cit., 10. Invero, anche in questo caso sarebbe meglio concludere, nella prospettiva della disciplina antiusura, che non si tratti tanto di una pattuizione autonoma di un'operazione creditizia unitaria, quanto di una pattuizione relativa a un prodotto creditizio sostanzialmente differente dal fido accordato.

⁷¹ Dal punto di vista rimediabile, il fatto che si escluda sovente l'operatività della conversione forzosa del mutuo oneroso in gratuito ex art. 1815, c. 2, c.c. agli interessi corrispettivi nel caso di usurarietà oggettiva di quelli moratori costituisce una pragmatica applicazione di questa linea di pensiero. Invero, l'autonomia – nella prospettiva rimediabile – degli interessi moratori usurari (o comunque sproporzionati) è giustificata dalla frequente assimilazione di essi alla clausola penale: in questo senso, v. F. REALMONTE, *op. cit.*, 779 s.; G. OPPO, *op. cit.*, 534; cfr. G. D'AMICO, *op. cit.*, 45, secondo il quale, nei contratti in cui non sia parte un consumatore, opera l'art. 1384 c.c., con conseguente riduzione fino al tasso soglia. In questo senso anche A. BARENGHI, *op. cit.*, 447 s.; e, più in generale, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 360 ss., ove ampi riferimenti comparatistici.

indicare una soluzione che non sacrifichi il controllo usurario sugli interessi moratorio, si potrebbe considerare l'interesse moratorio calcolato sulle rate scadute di un mutuo alla stregua di un'operazione creditizia appartenente alla categoria "altre operazioni", e così confrontare il tasso di mora con il tasso applicato a tali operazioni. Questa soluzione avrebbe altresì il pregio di non costringere l'interprete a individuare percorsi ermeneutici non coerenti con il sistema unitario della legge anitusura nel ricercare il rimedio utilizzabile. Nel caso di superamento del tasso soglia occorre fare riferimento all'art. 1815, c. 2, c.c.⁷², con specifico riguardo agli interessi moratori. Esito interpretativo che, secondo la dottrina prevalente⁷³, troverebbe una giustificazione

Cfr., altresì, ABF, 23 maggio 2014, n. 3412, cit., 19. *Contra*, non ritiene applicabile l'art. 1384 c.c. agli interessi moratori, rilevando una differenza strutturale tra i medesimi, di fonte legale, e la clausola penale, frutto di un atto di autonomia, F. PIRAINO, *op. cit.*, 158 s.

⁷² Insiste su tale interpretazione, prospettando un controllo unitario del carico economico (comprensivo degli interessi moratori), di recente, L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2 c.c. in una recente decisione della Suprema Corte, in banca borsa tit. cred.*, 60 ss. Cfr., altresì, P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato CNN diretto da Perlingieri*, Napoli, 2004, 169 ss.; R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 485 ss. Cfr, inoltre, N. RIZZO, *op. cit.*, 384 ss., il quale ritiene applicabile l'art. 1815, c.2, c.c. alla sola clausola relativa agli interessi moratori.

⁷³ V. ad es. G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, 79 ss., il quale ritiene che l'interesse moratorio usurario sia nullo ex art. 1418, c. 1, c.c. con conseguente integrazione ex art. 1224 c.c. (riservando la riduzione ex art. 1384 c.c. al caso degli interessi moratori eccessivi ma non usurari); S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, in *Gli interessi usurari*, G. D'Amico (a cura di), Torino, 2016, 62, il quale precisa che l'invalidità degli interessi moratori usurari non si estende all'intero contratto di finanziamento ai sensi dell'art. 1419, c. 1, c.c.; così anche U. SALANITRO, *op. cit.*, 91; E. BIVONA, *Il divieto d'usura tra interessi corrispettivi e interessi moratori*, in *Persona e mercato*, 2016, 15. In giurisprudenza, rilevata l'usurarietà degli interessi moratori ha espressamente escluso l'operatività dell'art. 1815, c. 2, c.c.: Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., p. 15, la quale reputa nulli gli interessi moratori usurari con applicazione del tasso legale; cfr. altresì Cass., 12 giugno 2019, n. 22890, cit., 6. In senso difforme, Cass., 17 ottobre 2019, n. 26286, cit., 12, che espressamente ammette l'operatività dell'art. 1815, c.2, c.c. all'intero carico economico, ma non esclude in assenza di usurarietà oggettiva del tasso la possibilità per il giudice di ridurre l'ammontare dovuto a titolo di interesse moratorio ex art. 1384 c.c.

differente, ossia predicando la disapplicazione dell'art. 1815, c. 2, c.c. nel caso di accertata usurarietà degli interessi moratori⁷⁴.

⁷⁴ Nei contratti con i consumatori la clausola che prevede interessi moratori eccessivi è vessatoria ex art. 33, c. 2, lett. f, cod. cons. (il che non significa che gli interessi siano usurari e viceversa, come chiarisce F. PIRAINO, *op. cit.*, 170 s.) con conseguenti limiti all'integrazione giudiziale e dispositiva tracciati dalla Corte di Giustizia: C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 65; C. Giust. UE, 30 maggio 2013, *Asbeek Brusse e de Man Garabito*, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341; C. Giust. UE, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 78; C. Giust. UE, 21 gennaio 2015, *Unicaja Banco e Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, EU:C:2015:21, punto 31 e ss. Con specifico riferimento agli interessi moratori: v. altresì C. Giust. UE, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 (*Banco Santander SA c. Mahamadou Demba e Mercedes Godoy Bonet*) e C-94/17 (*Banco de Sabadell SA*), ECLI:EU:C:2018:643 sulla quale v. G. D'AMICO, *Interessi moratori e dintorni*, in *I Contratti*, 2018, VI, 633 ss.