

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.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Quot capita, tot fenora. Per una rilettura critica, non ipercritica, dell'usurato presidio usurario e per l'avvio di un razionale percorso di riforma

SOMMARIO: 1. Una legge usurata per ragioni storiche, politiche, giuridiche e finanziarie – 2. La parola fine all'ossimoro dell'usura sopravvenuta – 3. Il nodo irrisolto dell'usura moratoria – 4. L'epicentro polemico: la valenza o l'irrilevanza giuridica delle istruzioni della Banca d'Italia – 5. Le istruzioni Bankitalia 2016: una modesta proposta di "sabotaggio ermeneutico" – 6. Il mito della "fotografia di mercato" fra semplicismi, complicazioni, devianze e rischi sistemici – 7. Riflessioni per una ragionata riforma

1. Una legge usurata per ragioni storiche, politiche, giuridiche e finanziarie

Ritengo non irragionevole supporre che, a fattori comune delle opposte vedute che informano i plurimi interventi dottrinari e giurisprudenziali profusi nell'acceso dibattito sull'usura, si collochi un auspicio condiviso: la necessità di una definitiva riforma dell'impianto normativo posto a presidio del fenomeno usurario. Un impianto approssimato, contraddittorio, sorpassato e dunque – per una di quelle curiose ironie riconducibili alle meraviglie metaforiche e agli stravaganti umori della dea Tyche – "usurato". Una normativa il cui achilleo tallone sta nel metodo di rilevamento del tasso medio di mercato, affidato al MEF e alle istruzioni della Vigilanza, variamente lette come cogenti, indicative o neppure utili a fini interpretativi, regole ferree o discutibilissime opinioni, ora precetti granitici ora asserzioni irrilevanti neppure degne di assurgere allo *status* di fonte del diritto. Con che intermediari e clienti nulla possono se non affidarsi agli umori di Tyche sperando di trovarla nel giorno per loro giusto. Il processo per usura si va così tramutando in un'angosciante incognita che Terenzio e Cicerone avrebbero così riassunto: *quot capita tot fenora*.

Si tratta di una faccenda *storica*, di una questione *politica*, di un'*esigenza giuridica* e di un'*emergenza finanziaria*.

Una *faccenda storica*, perché, al di là di posizioni variamente negazioniste, la disciplina dell'usura nel Codice Rocco (art. 644 c.p. nell'originaria versione) e la legge di riforma del 1996 trovano le loro

scaturigini in occorrenze, e si pongono lungo direttrici regolamentari, radicalmente opposte. L'usura penale venne concepita come repressione di un fenomeno tipicamente criminale, in breve del mercato nero e parallelo del credito (quello che la corrente mania eulogistica chiama *shadow banking* e che, nel ruvido e più efficiente gergo *d'antan*, prendeva il nome di strozzinaggio). La norma penale giustamente obbediva al franceschiello comando: *facite 'a faccia feroce*. L'usuraio, forse lo Shylock shakespeariano, certamente il verghiano Zio Crocifisso o, ancora, indubitabilmente, il Gobseck balzachiano, dovevano sapere che, a strozzinare i bisognosi, avrebbero dovuto mettere in conto molti giorni di cella e l'azzeramento del loro scellerato profitto: e senza poter sapere in anticipo quale fosse il limite esatto posto alla loro avidità. La legge 108/1996, più di sessant'anni dopo, si propone di imprimere razionalità al sistema del credito e in qualche misura di evitarne degenerazioni in termini di incontrollabilità del costo del denaro. Essa affida la determinazione della soglia usuraria ad un sondaggio di mercato e ad una regola matematica: sarà il MEF, *sentita* (si darà conto oltre dell'enfasi) la Banca d'Italia, a rilevare i tassi medi praticati dagli intermediari e a stabilire, grazie all'aggiunta di un margine di manovra predefinito dalla legge ⁽¹⁾, la soglia oltre la quale i tassi saranno sempre considerati usurari ⁽²⁾. Per i cravattari resta sempre il comma 3° dell'art. 644 cit. ⁽³⁾ che, matematica, tassi medi e soglie a

¹ In origine il 50% in più del tasso medio rilevato, quindi (con la riforma introdotta dall'art. 8. co. 5°, lett. d) del d.l. 70/2011) il 25% aumentato di 4 punti e con il limite massimo di 8 punti fra il tasso medio e la soglia usuraria (limite che si supera, nei fatti, solo quando il tasso medio rilevato eccede il 16%).

² E, nel durante, in attesa cioè che vengano compiute le prime rilevazioni, l'art. 3 co. 2° L. 108 cit. introduce una spuria norma transitoria. "*Fino alla pubblicazione di cui al comma 1 dell'articolo 2 è punito a norma dell'articolo 644, primo comma, del codice penale chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643 del codice penale, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, da soggetto in condizioni di difficoltà economica o finanziaria, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e ai tassi praticati per operazioni similari dal sistema bancario e finanziario, risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità*": resta il presupposto del bisogno, espresso quale difficoltà economica o finanziaria, e si fa spazio il (a quel momento necessariamente vago) concetto di comparazione coi tassi di mercato.

³ Che riassorbe, modificandolo in via estensiva, l'art. 644-bis, contestualmente abrogato e originariamente dedicato alla così chiamata usura impropria, incentrata

parte, reprime comunque l'usura voluta e cercata a danno del bisogno. Non si può non convenire, con un minimo d'onestà intellettuale, che le due norme inseguissero e inseguano bersagli diversi e che il loro infelice innesto abbia determinato e determini una profonda crisi applicativa.

Una *questione politica*, perché la quintana di orientamenti e ripensamenti – che hanno sin qui reso l'usura un istituto labile e malleabile a seconda delle inclinazioni letterarie o decisorie del momento – ben potrebbe ricevere il suo tombale *R.I.P.* in una radicale e semplice modifica normativa di cui si dirà in appresso. Una modifica che tuttavia non piace alla politica, dibattuta fra la preoccupazione di rimuovere l'incertezza e il desiderio di non attrarsi il pubblico biasimo per ciò che, invece che un seria razionalizzazione, potrebbe essere frainteso come un *favor* all'odiato sistema creditizio.

Un'*esigenza giuridica*, perché è inconcepibile che, nel terzo millennio, una regolamentazione pensata per il mondo criminale e poi (mal) aggiustata per l'intero universo creditizio, possa rendere il quadro della remunerazione del credito soggetto alla volubilità dell'interpretazione ed esporre banche al rischio di gratuità delle erogazioni e vertici e funzionari al rischio di condanne penali solo per essersi attenuti alle indicazioni di un organo di vigilanza i cui precetti, per alcuni (ma non per tutti), sarebbero solo un'opinione a fronte della quale *ignorantia legis non excusat*⁽⁴⁾. Credo di non azzardare nel dire

parimenti sullo sfruttamento dello stato di bisogno ma ristretta a vittime esercenti attività imprenditoriali o professionali: norma non a caso inserita dall'art. 11-quinquies, co. 2° d.l. 306/1992 conv. in l. 356/1992 sulle misure di contrasto alla criminalità mafiosa.

⁴ Secondo Cass. Pen. del 19 dicembre 2011 n. 46669, in *leggioggi.it*, il supposto errore della Banca d'Italia nel computare il TEGM non escluderebbe il dolo di chi, non discostandosi da quel presunto errore, incorrerebbe nella violazione per non aver sostituito, al precetto della vigilanza normativamente sancito, il diverso comando di una giurisprudenza sul punto combattuta e instabile. Si legge infatti nella pronuncia che “*Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualifica-*

che nessuna banca, e men che meno nessun funzionario stipendiato dalla stessa, nutra il malsano proposito (a qual fine e con qual movente, poi?) di “far usura”, rischiare galera e veder azzerato il suo profitto. Così come credo, qui senza alcun temuto o reale azzardo, che un sistema giuridico degno di questo nome debba consentire, a chi deve far mercato, di poterlo fare senza l’incubo di una postuma condanna non già per aver violato, bensì per aver applicato, le prescrizioni del regolatore.

Un’*emergenza finanziaria*, infine, perché se l’usura è un fenomeno altamente riprovevole, non deve essere meno cara al legislatore la tutela della stabilità del sistema bancario su cui si fonda la sicurezza del pubblico risparmio (le banche non prestano denaro proprio ma denaro dei depositanti, cioè di ognuno di noi che ha ogni più ampio diritto di essere protetto da applicazioni normative a vocazione degenerativa, come tali atte a danneggiare chi non abbia chiesto soldi a prestito ma abbia solo avuto la civile coscienza di non lasciare i suoi depositi “sotto il materasso”: oggi si dice *unbanked*). A chi insista sul fatto che le “sguscianti” istruzioni Bankitalia avrebbero a cuore solo la stabilità del sistema bancario, gioverebbe rammentare tre regole minimali: la prima è che la Banca d’Italia ha per dovere di garantire la stabilità degli intermediari; la seconda è che una banca deve necessariamente guadagnare e che la banca che non guadagna vede assottigliarsi il *common equity tier 1* (il capitale di qualità, quello che fa scudo alle crisi), con dietro l’angolo tanto di *bail-in*; la terza è che un sistema in cui, magari a distanza di decenni, una banca vede dissolversi il profitto doverosamente e legittimamente pattuito, diviene un modello non solo inaccettabile: diviene un modello anacronistico e rovinoso. Il che non significa che la banca che abbia scientemente deliberato (ma vorrei vederne una) di camuffarsi da Zio Crocefisso, non debba essere pesantemente punita, ma questo non giustifica che la punizione possa dispensarsi sulla base di un congegno inceppabile, che da un lato obbliga e dall’altro vieta di attenersi alle regole di una fonte secondaria autorizzata da quella primaria.

zione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito”. Motivo per cui ‘l’ignoranza del tasso di usura da parte delle banche è priva di effetti e non può essere invocata quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale (art. 5 c.p.)’.

2. *La parola fine all'ossimoro dell'usura sopravvenuta*

Così posticcio, peregrino, riformabile ma non riformato, questo sistema ha ricevuto un colpo d'assestamento (risolutivo di una sola parte del problema) da una pregevole sentenza, fresca di stampa, della Suprema Corte a Sezioni Unite, la quale ha decapitato quell'ircocervo chiamato "usura sopravvenuta": un ossimoro giuridico – va ammesso – fra più riusciti, ma – va pure riconosciuto – fra i più devastanti. Un ossimoro contro cui il mondo bancario aveva reagito attraverso l'adozione delle cosiddette clausole di salvaguardia (quelle che automaticamente riducono un tasso lecitamente pattuito in passato ma divenuto usurario in futuro per effetto del mutare della soglia): una ragionevole ed equa soluzione contro cui non sono mancati gli strali di chi ritiene che la stessa sia a sua volta una clausola subdola, della quale la banca s'avvarrebbe per restare sempre a un micron dalla soglia usuraria (così introducendo pressappoco una nozione, difficilmente giustificabile, di "usura virtuale").

Può mai esistere un'usura sopravvenuta, quando la legge (autenticamente interpretata dal d.l. 394/2000), rammenta che l'usura si verifica al momento della pattuizione e non già del pagamento dell'interesse? Sì e no, può o può non esistere, ci è stato detto plurime volte, ma con altrettanto plurime declinazioni: dalla cancellazione integrale degli interessi – come logica, a quel punto, vorrebbe – alla riduzione dell'interesse alla soglia – con una forzatura interpretativa dell'art. 1339 c.c. in materia di integrazione automatica del contratto – fino alla mediana presa di posizione, fatta propria dall'Arbitro Bancario Finanziario ABF ⁽⁵⁾, consistita nell'invocare il principio di buona

⁵ ABF Collego di Coordinamento dec. 77/2014 : *“nel caso in esame il tasso fisso pattuito si è collocato ab initio nello stretto margine inferiore del tasso soglia del momento; il che equivale ad un floor molto elevato. Avveratosi lo scenario di una discesa notevole e costante dei tassi di mercato non corrisponde al principio di solidarietà il non chiamare il prestatore a partecipare del vantaggio economico conseguente. Ciò è congruente con il meccanismo complessivo del moderno sistema di contrasto dell'usura il quale contempla un tasso medio di mercato verosimilmente corrispondente al tasso di provvista del prestatore, ed un tasso soglia, attualmente corrispondente al tasso medio aumentato di un quarto con l'aggiunta di 4 punti percentuali, ma nel limite complessivo di 8 punti percentuali; sicché nel piuttosto ampio margine di differenza tra il tasso medio ed il tasso soglia vi è spazio per trasferire al prestatore i vantaggi derivanti dalla discesa dei tassi senza grave sacrificio*

federe che, ex art. 1375 c.c., in caso di palese sproporzione fra il lecitamente pattuito e la mutata soglia d'usura, dovrebbe indurre l'intermediario a "spartire" l'eccedenza con il cliente.

Le Sezioni Unite, oggi, scrivono la parola "fine" a questo dolente capitolo con una pronuncia lucida, lineare e ineccepibile ⁽⁶⁾, la quale, in perfetta obbedienza alla missione nomofilattica, ripercorrendo l'ampio contrasto formatosi in seno alle sezioni semplici della stessa S.C. ⁽⁷⁾ e rileggendo gli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. alla luce della succitata interpretazione autentica, non può che concludere che l'usura si realizza nel momento in cui l'interesse è pattuito e che il superamento del tasso dovuto al mutare delle soglie usurarie resta irrilevante: *"è impossibile affermare, sulla base delle disposizioni della legge n. 108/1996, diverse dagli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma cod. civ. come da essa novellati, che il superamento del tasso soglia dell'usura al tempo del pagamento, da parte del tasso convenzionale inferiore a tale soglia al momento della pattuizione, comporti la nullità o l'inefficacia della corrispondente clausola contrattuale o comunque l'illiceità della pretesa del creditore"* ⁽⁸⁾.

3. Il nodo irrisolto dell'usura moratoria

Le incognite, tuttavia, non s'arrestano qui. Resta sempre l'inquietante tormentone della mora. Conosciamo l'orientamento ormai prevalente, indubbiamente alimentato dallo stesso d.l. 394/2000 e

del prestatore, con ciò concretizzando anche le finalità calmieratrici insite in qualsiasi sistema di contrasto dell'usura".

⁶ Cass. SS.UU. 19 ottobre 2017 n. 24675 in *dirittobancario.it*.

⁷ Così richiamando tanto le sentenze che avevano escluso la configurabilità della fattispecie (Cass. nn. 8742/2001, 13868/2002, 17813/2002, 4380/2003, 5004/2005, 6514/2007, 26499/2009, 22204/2013, 801/2016) quanto quelle che, sia pur con varia lettura ma col fattore comune di pretermettere l'interpretazione autentica ex d.l. 394/2000, l'avevano invece ammessa (Cass. nn. 8442/2002, 11706/2002, 10032/2004, 4092/2005, 4093/2005, 6550/2013, 2149/2006, 17854/2007, 602/2013, 603/2013, 17150/2016 9405/2017).

⁸ Cass. 24675 cit. (pp.11-12 del testo pubblicato). La posizione tranchant assunta dalle Sezioni Unite porta anche ad escludere il residuale rimedio della buona fede introdotto dalla lettura ABF (supra nt. 5), osservando come il principio di solidarietà contrattuale, ricavabile dall'art. 1375, non si considera violato nel caso di esercizio dei diritti scaturenti dal contratto, bensì solo in presenza di particolari modalità di esercizio del diritto: leggasi forme di abusivo esercizio di quel diritto e non il mero esercizio in sé del diritto medesimo.

dal suo sibillino riferimento “*a qualunque titolo*”⁹: l’interesse moratorio sconta comunque il rispetto della soglia usuraria per quanto il confronto del TEG nel caso concreto debba aver luogo con un TEGM che viceversa non considera quella variabile. Donde il rabbercio, occorre qui dirlo, della nota disposizione della Vigilanza del 2013, tralattivamente riportata nei decreti ministeriali da allora in poi, del noto 2,1%, percentuale che normalmente indicherebbe la media di incremento del tasso corrispettivo praticata per calcolare il tasso moratorio (il tutto risultante da un non meno indefinito sondaggio effettuato nel lontano 2002).

La giurisprudenza in materia è ancora fortemente divisa: da un lato, sentenze che reputano improponibile un raffronto fra grandezze giuridicamente incomparabili e disomogenee, di cui l’una (tasso soglia corrispettivo) regolarmente rilevata e l’altra (tasso soglia moratorio) sconosciuta al rilevamento (da cui il sopraddetto, infelice rattoppo); dall’altro, pronunce che, optando per l’irrilevanza della congenita discrasia della comparazione, reputano che il tasso moratorio debba comunque contenersi entro il limite del tasso soglia, pur calcolato senza tener conto dell’eventualità della mora. Ma l’esito deleterio di questo contrasto è il risultato cui conduce l’assimilazione dell’usura moratoria all’usura corrispettiva: v’è chi ritiene che l’interesse moratorio vada interamente azzerato, chi s’appaga di ridurlo alla soglia¹⁰, chi eccede nel contaminare di nullità anche l’interesse corrispettivo perfettamente entro il limite.

⁹ Art. 1 co. 1, d.l. cit: “*Ai fini dell’applicazione dell’articolo 644 del codice penale e dell’articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*”. Dapprima le notissime sentenze Cass. nn. 5286/2000, Cass. 14899/2000, Cass. n. 350/2013, Cass. n. 5598/2017 e nel frattempo la non meno nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 29/2002 convergono nel ritenere quella locuzione (*promessi o comunque convenuti a qualunque titolo*) come sufficiente ad impiegare il tasso soglia, pur se rilevato solo sugli interessi corrispettivi, per la misurazione di usurarietà anche di quelli moratori.

¹⁰ Cfr., da ultima, la sentenza di Trib. Como, 11 ottobre 2017 in *ilcaso.it*, che ha condannato la Banca alla restituzione di 1,41 euro su tre rate di finanziamento per aver il tasso moratorio ecceduto complessivamente di tale importo la soglia di riferimento.

La sublimazione di questo dissidio si rinviene, ora, in due quasi coeve ordinanze di Cassazione che, convenendo entrambe sul fatto che anche l'interesse moratorio vada misurato con la, pur ben diversa, taglia di quello corrispettivo, divergono tuttavia negli effetti punitivi: l'una⁽¹¹⁾ azzera solo gli interessi moratori, l'altra⁽¹²⁾ travolge anche i corrispettivi rendendo il finanziamento gratuito⁽¹³⁾. Non c'è che dire: *quot capita tot fenora*⁽¹⁴⁾.

¹¹ Cass. Sez. VI, ord. 15 settembre 2017, n. 21470 in *dirittobancario.it*.

¹² Cass., Sez. I, ord. 4 ottobre 2017, n. 23192 in *dirittobancario.it*.

¹³ A tacere, in questo caso, del paradossale effetto collaterale consistente nella “non risarcibilità del danno da inadempimento o da ritardo, privilegiando irragionevolmente, con la gratuità del finanziamento, proprio il debitore che non adempie all'obbligo restitutorio su di lui gravante. Opinare diversamente condurrebbe all'assurdo risultato che proprio un comportamento patologico nella esecuzione del contratto, quale è l'inadempimento, determini addirittura un vantaggio patrimoniale per il debitore stesso” (Trib. Como, 11 ottobre 2017, cit.).

¹⁴ Nel frattempo si è andata liquefacendo la sottile, perspicua e risolutiva lettura del Collegio di Coordinamento ABF contenuta nelle decisioni nn. 1875 e 2666 del 2014. Premesso che “l'espressione “remunerazioni a qualsiasi titolo “appare riferita al modo con cui si deve calcolare il tasso effettivo globale medio e non il costo globale del credito convenuto, con la conseguenza che se si intendesse che l'espressione “a qualsiasi titolo” debba essere riferita anche ai tassi moratori bisognerebbe anzitutto innalzare la misura dei tassi soglia rilevati, rendendo più difficile per i clienti invocare la disciplina di contrasto dell'usura”, il Collegio, riconducendo correttamente l'interesse moratorio ad un interesse corrispettivo maggiorato di un *quid pluris* qualificabile come penale concludeva: “la riducibilità della penale non è norma di carattere eccezionale, bensì espressione di un più generale poterdovere del giudice di controllo sulla congruità di qualunque clausola contrattuale atta a predeterminare la pena gravante sulla parte inadempiente, così da garantire la sua proporzionalità e la sua eventuale riconduzione ad un ammontare tale da essere meritevole di tutela e pertanto l'art. 1384 c.c. per cui essa risulta applicabile agli interessi di mora convenzionalmente stabiliti dalle parti.” Per poi aggiungere: “Pare poter essere valorizzato il riferimento dell'art. 1384 c.c. al parametro rappresentato dall'”interesse che il creditore aveva all'adempimento”: parametro che, in quanto evidentemente relativo all'operazione economica concretamente posta in essere, si presenta adeguatamente idoneo a governare la diversità tipologica dei rapporti creditizi, con riferimento ai quali può venire evocata la questione della eccessività del tasso degli interessi moratori. [...] il riferimento ai dati statistici, quindi, deve rappresentare solo una base di partenza di una valutazione che, in primo luogo, non può trascurare il rapporto quantitativo intercorrente tra i tassi corrispettivi e quelli moratori convenzionalmente predefiniti”, senza peraltro trascurare che “la riducibilità degli interessi moratori eccessivi ex art. 1384 c.c. non esclude che ove ne ricorrano i presupposti possa trovare applicazione anche l'art. 1344 c.c. al-

4. *L'epicentro polemico: la valenza o l'irrilevanza giuridica delle Istruzioni della Banca d'Italia*

Quella degli interessi moratori non è che la cuspide del disagio. Un disagio radicato nel meccanismo di determinazione del tasso soglia, che conquista il primato delle norme secondarie più discusse del nuovo millennio.

L'epicentro polemico qui si concentra sulla portata cogente o indicativa delle istruzioni con cui Banca d'Italia consegna al MEF il metodo di calcolo del rilevamento del TEGM, sulla cui base poi il novelato testo della L. 108/1996 scrive la formula di calcolo della soglia usuraria sopra rammentata (cfr. nt. 1).

Il dissidio è rimarchevole. La giurisprudenza torna a dividersi fra le sentenze che reputano le istruzioni della Vigilanza come una fonte secondaria di integrazione autorizzata della norma primaria e come tale insindacabile (il che porta ad escludere il computo nel TEGM di commissioni ed oneri solo eventuali) ⁽¹⁵⁾ e arresti che, tutto

lorché la stipulazione di interessi moratori elevati ed oltre soglia si ponga come parte di un assetto negoziale destinato ad aggirare le disposizioni in tema di contrasto dell'usura ed in tale ipotesi però l'effetto non dovrebbe essere quello di ridurre il tasso moratorio pattuito al tasso legale, ma di dare effetto al disposto dell'art. 1815, 2° comma". Una lettura sapiente e, come tale, ormai confinata nel dimenticatoio delle subtilitates troppo sottili per essere credibili nel mondo in cui l'autentica esegesi giuridica registra ormai una pesante crisi di identità.

¹⁵ Così, ad esempio, per il Tribunale di Torino "[...] il controllo di legalità ex art. 1815 c.c. non può che avere ad oggetto il tasso effettivo applicabile all'operazione creditizia, in quanto determinato col contributo di remunerazioni, commissioni, spese che: a) sono dovute per effetto della conclusione del contratto; b) pur essendo subordinate al verificarsi di eventi futuri [...] meramente possibili al momento della conclusione del contratto, sono dovute per essersi verificato il relativo evento in corso di contratto (così tipicamente la mora sul ritardo di adempimento e la penale di estinzione nel caso di recesso anticipato). I criteri enunciati confinano nell'irrilevante giuridico i debiti per remunerazioni, commissioni e spese, ancorché collegati all'erogazione del credito, ma: c) meramente potenziali, perché subordinati al verificarsi di eventi futuri non verificatisi (interesse di mora, potenzialmente usurario ma mai applicato); d) del tutto irreali e subordinati al verificarsi di eventi che non si sono verificati, né potranno in seguito mai verificarsi (il ritardo nell'adempimento protratto per "n" rate di mutuo determinerebbe il superamento della soglia, ma non s'è verificato, né potrà verificarsi sconfinò perché la banca ha risolto per inadempimento il contratto prima della ennesima rata). Il controllo di legalità deve farsi avuto riguardo esclusivamente al T.I.R. riveniente

all'opposto, degradano quelle istruzioni al rango di opinioni in cui le banche non possono confidare, neppure per trovarvi un conforto interpretativo⁽¹⁶⁾.

E' del resto opinione diffusa, ma tutt'altro che pacifica, che la disposizione dell'art. 2 comma 1° della L. 108/1996, a mente del quale il MEF, sentita la Banca d'Italia, rileva periodicamente il TEGM per poi pervenire al calcolo della soglia usuraria secondo la formula dianzi richiamata, consenta alla Vigilanza soltanto di "fotografare" la realtà del mercato senza facoltà alcuna di rileggerla o interpretarla. Il perno della censura diviene la parte dell'articolo da ultimo citato, là dove si legge che il MEF è tenuto a rilevare trimestralmente "*il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari*".

La lettura atomistica di questa porzione di norma offre un formidabile destro dialettico per censurare la Vigilanza ogni volta che essa ritenga di escludere dal computo una data spesa o commissione (è tipi-

dall'applicazione delle voci di costo "a" e "b", con conseguente irrilevanza del worst case e di ogni altro scenario possibile, ma non verificatosi" (Trib. Torino 20 giugno 2015). A sua volta, il Tribunale milanese afferma che "*le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia, oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate[...]. Le "Istruzioni" in parola sono pertanto autorizzate dalla normativa regolamentare e sono necessarie per dare uniforme attuazione al disposto della norma primaria di cui all'art. 644, quarto comma c.p.*" (Trib. Milano, 21 ottobre 2014).

¹⁶ App. Cagliari, 31 marzo 2014 (sull'inclusione nel computo del TEGM della commissione di massimo scoperto: tema sul quale per inciso, la Cassazione ha rimesso la questione alla SS.UU. con ordinanza interlocutoria n. 15188 del 29.06.2017) e App. Milano, 22 agosto 2013 (sull'inclusione del costo per polizza assicurativa) sono dell'avviso che nel calcolo dell'interesse va preso in considerazione ogni onere a carico del cliente a prescindere dalle disposizioni di vigilanza e ministeriali pacificamente sprovviste di forza normativa. Lo stesso Tribunale di Torino, altrove di ben diverso avviso (cfr. nota precedente) afferma invece che "*rimane fermo il principio che nella determinazione del tasso usurario deve considerarsi ogni remunerazione, con la conseguenza che le diverse disposizioni della Banca d'Italia dovranno essere disapplicate per contrasto con la norma primaria*" (Trib. Torino 14 maggio 2015). Ed ancor più perentorio (ancorché contrastato) il giudizio della S.C. penale (cfr. Cass. n. 46669/2011 cit).

camente accaduto nel caso della CMS su cui si attende la pronuncia delle SS.UU. ⁽¹⁷⁾) o per spostare una determinata tipologia di finanziamento da una all'altra fra le diverse categorie che classificano le non meno diverse tipologie di credito.

5. *Le Istruzioni Bankitalia 2016: una modesta proposta di “sabotaggio ermeneutico”*

Le nuove Istruzioni emanate nel luglio 2016 finiscono per esporsi a questa e altre fin troppo facili censure.

Così, ad esempio, il fatto che il mancato rientro di un'apertura di credito scaduta o revocata debba essere oggi segnalato, dalla data di scadenza o di revoca, tra i passaggi a debito dei conti non affidati, corrispondente alla Categoria 1c degli “scoperti di conto”, consente d'inferire dialetticamente che tale spostamento in una delle categorie a soglie più elevate permetterebbe un artificioso innalzamento anche della soglia di mora.

Parimenti, mentre nella versione del 2009 si escludevano dalle categorie di rilevazione i crediti ristrutturati (colà definiti come “*crediti in cui un “pool” di intermediari (o un intermediario “monoaffidante”)*, a seguito del deterioramento delle condizioni economico-finanziarie del debitore, acconsente a modifiche delle originarie condizioni contrattuali (ad esempio, riscadenzamento dei termini, riduzione del debito e/o degli interessi) che diano luogo a una perdita”), la nuova versione invece finirebbe con l'includerli ⁽¹⁸⁾. Anche in que-

¹⁷ V. nota precedente.

¹⁸ Il meccanismo è, in questo caso, leggermente più complesso, perché il nuovo § B.2 n. 3 richiama, per escluderli dal computo, la nozione di crediti deteriorati sottoposti a misure di tolleranza (cc.dd. *forbearance measures*) previste dal reg. 680-2014 modificato dal reg. 227-2015 § 180, a mente del quale “*Le esposizioni in bonis oggetto di misure di tolleranza» comprendono esposizioni oggetto di misure di tolleranza che non soddisfano i criteri per essere considerate deteriorate. Le esposizioni oggetto di misure di tolleranza in prova che sono state tolte dalla categoria delle esposizioni deteriorate oggetto di misure di tolleranza sono segnalate separatamente nell'ambito delle esposizioni in bonis oggetto di misure di tolleranza nella colonna «di cui: esposizioni in bonis oggetto di misure di tolleranza in prova». Le esposizioni deteriorate oggetto di misure di tolleranza comprendono esposizioni oggetto di misure di tolleranza che soddisfano i criteri per essere considerate deteriorate. Tali esposizioni deteriorate oggetto di misure di tolleranza comprendono: a) esposizioni*

sto caso si sottende che il credito ristrutturato, sia pur performante, siccome presuntamente sottoposto a condizioni deteriori di un credito non oggetto di ristrutturazione, celerebbe l'intento della Vigilanza di aumentare il livello del TEGM e dunque, in ultima analisi, della soglia di usura (assunto di per sé non significativo in quanto è ben noto, come del resto la stessa anteriore versione rammentava, che un processo di ristrutturazione comporta, alternativamente o cumulativamente, la rimodulazione delle scadenze, la riduzione del capitale e/o degli interessi, ma non certo il loro incremento).

Sì è lungamente discusso e si continua a discutere sul se la norma in questione attribuisca alla Banca d'Italia una discrezionalità amministrativa o una mera discrezionalità tecnica. Prescindendo qui dal sottilissimo, talora impercettibile distinguo fra le due fattispecie da sempre al centro di un difficoltoso dibattito in ambito amministrativo, resta il fatto che l'esegesi è stata sin qui informata ad una valutazione parcellizzata delle norme.

Giova ricostruire l'effettiva portata delle disposizioni cominciando da loro tenore letterale. Nell'ordine:

a) l'art. 2 Legge 108/1996 stabilisce che *“Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi⁽¹⁹⁾, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari...”*, ponendosi sostanzialmente in linea con il 4° comma dell'art. 644 c.p., secondo il quale *“per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito”*.

divenute deteriorate a causa dell'applicazione di misure di tolleranza; b) esposizioni che erano deteriorate prima dell'applicazione di misure di tolleranza; c) esposizioni alle quali si applicano le condizioni di cui al punto 157; d) esposizioni oggetto di misure di tolleranza che sono state tolte dalla categoria delle esposizioni in bonis, comprese le esposizioni in prova che sono oggetto di nuove misure di tolleranza o che sono scadute da più di 30 giorni.” Dal che potrebbe nominalmente inferirsi che i crediti ristrutturati *performing*, ma non ricadenti nella nozione di crediti sottoposti a *forbearance measures*, siano invece inclusi nel computo del TEGM.

¹⁹ Ora la sola Banca d'Italia, dopo la soppressione dell'UIC ad opera dell'art. 62 d.lgs 231/2007 e il passaggio delle funzioni dell'Ufficio alle competenti strutture della Vigilanza.

b) il comma 2° dello stesso articolo dispone: “*la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell’oggetto, dell’importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi* ⁽²⁰⁾ *e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale*”;

c) i decreti con cui il MEF dà attuazione alle predette disposizioni, sono per lo più adottati nella forma del decreto ministeriale o del decreto dirigenziale. I numerosi decreti susseguiti dal 1996 ad oggi obbediscono ad uno schema ormai standardizzato. Con un decreto il Ministero individua le categorie di censimento e stabilisce che “*la Banca d’Italia procede alla rilevazione dei dati avendo riguardo [per le categorie di cui sopra: n.dr.], alla natura, all’oggetto, all’importo e alla durata del finanziamento, nonché alle garanzie e ai beneficiari in ragione del rischio*”, così ossequiando le disposizioni di cui all’art. 2, comma 2° L. 108 cit. sub lettera b) che precede;

d) con un secondo decreto, il MEF pubblica periodicamente i rilevamenti effettuati, avendo cura di precisare che banche e intermediari “*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*” (v., ad es., da ultimo, art. 3 co. 2 d. dirig. 25 settembre 2017) e di rammentare (co. 4° d. dirig. cit.) che “*i tassi effettivi globali medi di cui all’art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento*”.

Due costatazioni – e connesse deduzioni – s’impongono.

La prima costatazione investe il problema degli interessi moratori. I DM escludono che i rilevamenti li comprendano. Il che è perfettamente coerente con il disposto dell’art. 644 c.p. 4° comma, là dove la legge impone che si tenga conto di interessi, commissioni, remunerazioni e spese “*collegate alla erogazione del credito*”. In fase di erogazione – la sola che rilevi in fatto di usura, poiché essa coincide con la pattuizione dell’interesse ⁽²¹⁾ – l’interesse di mora non viene in gioco per un’elementare ragione: in fase di pattuizione, si deve necessariamente considerare non già uno svolgimento patologico, bensì un dipanarsi

²⁰ V. nota precedente.

²¹ Ogni eventuale dubbio è oggi fugato da Cass. SS.UU. 19 ottobre 2017, cit.

fisiologico del rapporto creditizio. Diversamente opinando i casi non sarebbero che due: o si ritiene che la legge sia imperfetta nel pretermettere l'interesse moratorio (ma allora s'incolpi il legislatore distratto e non già il regolatore che gli dà seguito) oppure si conclude che se ne debba tener conto. Tuttavia, in questo secondo caso, non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore non avrebbe considerato questo pregnante profilo. In verità, il legislatore, agli interessi moratori proprio non ha pensato per la buona ragione che quel che aveva in testa era la classica usura criminale, dove il tasso usurario viene patuito proprio al momento dell'erogazione.

La prima deduzione è dunque nel senso di ritenere improponibile la lettura giurisprudenziale che intende comparare interessi moratori e corrispettivi "schiacciando" i primi nella soglia usuraria, calcolata invece solo per i secondi. E l'interpretazione autentica del DM 394/2000, conchiusa in quell'ambiguo "a qualunque titolo", corrisponde o ad una ridondante formula di stile oppure ad un autentico ripensamento che però, a quello stadio, avrebbe dovuto indurre lo stesso legislatore a rivedere l'impianto della L. 108 e ad imporre un'autonoma rilevazione anche degli interessi moratori.

La seconda constatazione investe quel "*sentita la Banca d'Italia*". La quale deve essere, appunto, *sentita*, sia per determinare le categorie di censimento sia per istruire gli intermediari sul metodo di rilevamento. Ciò non può che significare che la legge stessa impone all'organo formalmente incaricato del rilevamento (MEF) di chiedere consiglio all'organo tecnico di vigilanza del mercato creditizio (Banca d'Italia) sia per stabilire *dove* (classi) effettuare i rilevamenti sia per definire *come* (calcolo del TEGM) effettuarli.

La seconda deduzione impone dunque di interrogarsi su un dato dirimente. Che bisogno vi sarebbe di tale "parere" nel momento in cui ciò che si richiede al MEF non fosse altro che una "fotografia" dell'esistente? Ad un fotografo cui si domandi di immortalare un oggetto non si chiede consiglio, gli si chiede solo di premere il tasto di scatto ⁽²²⁾.

²² Non a caso, pur allineandosi all'orientamento che vuole inclusa la CMS nel calcolo del TEGM anche prima del 2009, Cass. 14 maggio 2010 n. 28743 non può non riconoscere che "*questo intervento tecnico per "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari postula comunque delle scelte interpretative da parte dell'Organo di vigilanza tanto in merito alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle*

6. Il mito della “fotografia di mercato” fra semplicismi, complicazioni, devianze e rischi sistemici

E’ invece ben più che chiaro (e le stesse censure oggi astrattamente indirizzabili alle Istruzioni 2016 ne sono la più lampante, “rovesciata” conferma ⁽²³⁾) che la ritenuta “fotografia” del mercato creditizio non è

quali effettuare la rilevazione dei tassi medi effettivamente praticati nel trimestre, quanto in merito all’individuazione “delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese (...) collegate all’erogazione del credito”“, che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche, quanto delle voci che devono essere escluse, in quanto imposte o tasse, ovvero oneri non collegati all’erogazione del credito”.

²³ Così come lo sono state le equilibrate e (assai ingiustamente) censurate letture delle sentenze Cass. 22 giugno 2016 n. 12965 e 3 novembre 2016, n. 22270, ree, secondo alcuni commentatori, di aver riconosciuto, nella legge 2/2009 che ha disciplinato la commissione di massimo scoperto prevedendone la specifica inclusione nel calcolo del TEGM, una disposizione di interpretazione autentica della L. 108/1996, con ciò operando una sorta di atto eversivo della norma penale la quale dovrebbe sempre e comunque interpretarsi per ciò che essa dice nonostante sia la stessa norma penale a qualificarsi come norma in bianco e a doversi riempire di contenuto per effetto di una successiva disposizione assunta in sede amministrativa. In particolare la cit. Cass. 12965 s’informa ad un percorso logico ben difficile da scalfire: “*la fattispecie della cd. usura oggettiva (presunta), o in astratto, è integrata a seguito del mero superamento del tasso-soglia, che a sua volta viene ricavato mediante l’applicazione di uno spread sul TEGM; posto che il TEGM viene trimestralmente fissato dal Ministero dell’Economia sulla base delle rilevazioni della Banca d’Italia, a loro volta effettuate sulla scorta delle metodologie indicate nelle più volte richiamate Istruzioni, è ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale. Il giudizio in punto di usurarietà si basa infatti, in tal caso, sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell’ambito del contratto oggetto di contenzioso) e un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione), sicché - se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo - il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato. In definitiva, può sostenersi che quand’anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d’Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l’interprete, di prescindervi, ove sia in gioco - in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica - l’applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della cd. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall’amministrazione”.* Gli ipercritici commenti hanno trovato nutriente alimento nel fatto che successivamente la stessa

questione risolvibile con la moderna panacea del click. Se si analizzano in dettaglio le istruzioni pregresse e quelle attuali, ci si avvede agevolmente del sensibile livello di dettaglio con cui la Vigilanza è costretta a misurarsi per definire, nel modo più fedele possibile, un quadro preciso e non arbitrario del corrente stato di costo del credito. Sostenere che la norma primaria imponga di rilevare qualsiasi commissione, remunerazione a qualsiasi titolo e spesa, escluse solo imposte e tasse, e che tanto basterebbe a invalidare le Istruzioni ogni qual volta una qualche voce non fosse considerata, equivale a leggere una sola parte delle disposizioni primarie e a trascurare quel, tutt'altro che irrilevante, precetto contenuto nel comma 2° dell'art. 2 L. 108, là dove si impone alla Vigilanza di operare la rilevazione tenuto conto altresì di natura, oggetto, importo, durata del finanziamento, garanzie e livelli di rischio. Ciò impone una valutazione dove necessariamente va ad innestarsi una quota di discrezionalità, che, come tale, è altrettanto necessariamente esposta al sindacato postumo.

Portando il ragionamento ai suoi estremi, nella sezione C4 delle Istruzioni, ieri come oggi, vengono escluse, oltre a imposte e tasse pacificamente ignorate per legge, altre voci di costo che potrebbero, a seconda dei punti di vista, ricadere o no nel vaghissimo concetto di "spese" enunciato vuoi dalla L. 108 vuoi dall'art. 644 citt. Sono escluse, ad esempio, le spese notarili (ad es. onorario, visure catastali, iscrizione nei pubblici registri, spese relative al trasferimento della proprietà del bene oggetto di leasing) ma, a voler usar un piglio puntuto, non potrebbero anch'esse ritenersi un esborso connesso all'erogazione del credito, in quanto funzionali ad una parte dell'operazione (acquisto del bene scelto dall'utilizzatore) indubbiamente imprescindibile dal finanziamento dell'operazione? Tutto all'opposto, i compensi di mediazione sono viceversa inclusi (Sez. C6), ancorché a rigore, pur essendo connessi all'erogazione del credito, non costituiscano una remunerazione per l'intermediario. Vengono esclusi anche i costi di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento e di prelievo, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pa-

Cassazione (sentenza 5 aprile 2017 n. 8806) si sia schierata sul versante opposto: dato che, al di là di ogni altra notazione, consente invece di inferire quanto ampio possa rivelarsi, caso per caso, il margine di manovra ermeneutica concesso dalla normativa vigente. Tanto ampio che, come dianzi rammentato, saranno le Sezioni Unite a dover nuovamente dirimere il dissidio.

gamento che permetta di effettuare pagamenti e prelievi e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento, a meno che il conto non sia a servizio esclusivo del finanziamento: probabilmente perché diverrebbe estremamente complesso, nell'ambito di un conto ad uso promiscuo, imputare questi costi distinguendoli fra quelli relativi alle operazioni correlate al godimento del finanziamento e quelli relativi ad impieghi del conto per altro fine: tuttavia, a ben vedere, anche quei costi, quando ineriscano la fruizione del finanziamento, potrebbero rientrare nella sopradetta e lata nozione di spese. In questo caso gioca quel margine di discrezionalità concesso dall'obbligo di tener conto anche della natura e dell'oggetto del finanziamento.

Ancora, le nuove istruzioni includono la commissione di istruttoria veloce (CIV) fra le spese: inclusione che i fautori dell'onnicomprensività ad oltranza salutano come un rinsavimento o una sanatoria ma che, a ben vedere, esprime invece una sorta di alterazione della vera natura del compenso. Quest'ultimo, per come riformato dall'art. 117/bis TUB e dal DM 30 giugno 2012 non può qualificarsi come un costo del finanziamento essendo viceversa stato ridefinito per legge come costo di un servizio specifico e, come tale, sottoposto a una rigida regola di proporzionalità fra onere dell'intermediario e addebito al cliente. Nondimeno le Istruzioni includono la CIV fra i costi, considerando, con ogni probabilità, la loro frequente ricorrenza e il loro complessivo importo: qui è la variabile quantitativa che ispira la scelta.

In un simile quadro, indubbiamente connotato da una sensibile quota di opinabilità, è comunque necessario assicurare all'istituto giuridico, e di conseguenza al sistema finanziario, un punto certo di riferimento: certo nel senso che non possa essere rimesso in discussione, per giunta in maniera casuistica e secondo individuali opinioni. Si pone quindi al di fuori di qualsiasi logica di esigibilità comportamentale e di certezza del diritto pretendere, come talune sentenze pretendono, che l'intermediario, al quale i decreti del MEF impongono di attenersi alle istruzioni della Banca d'Italia nel rilevamento del TEGM, possa, anzi debba, ingegnarsi di individuare, nei singoli casi specifici, gli errori presuntamente commessi dalla Vigilanza (ai cui precetti esso è tenuto ad attenersi) e quindi correggerli di sua iniziativa.

E in che modo, poi? Perché questa è una domanda cui la dottrina e le sentenze non danno risposta certa, essendo una domanda che nessu-

no si pone né si è mai posto. Non è chiaro infatti se l'intermediario dovrebbe, per un verso, esporre nelle proprie sedi e filiali, come la L. 108/1996 gli impone di esporre (art. 2 co. 3°), una tabella di tassi difforme da quella del decreto ministeriale e in aperta violazione dell'obbligo ex art. 5 TUB di attenersi alla vigilanza (anche regolamentare) della Banca d'Italia o se, al contrario, la tabella debba affiggersi nella forma e per i valori espressi dal decreto (per indicare il TEGM) e poi disapplicata in concreto (per calcolare il TEG), vanificando così ogni finalità di trasparenza perseguita dalla citata disposizione.

Neppure è chiaro se il predetto potere/dovere di discostarsi dalle Istruzioni di Vigilanza operi a senso unico oppure sia bidirezionale: se cioè sia imposto all'intermediario il dovere di correggere la Vigilanza solo a suo sfavore o se, rammentando quanto affermato dalla cit. Cass. 46669/2011 – *visto che si tratta di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito* – l'intermediario avrebbe anche il potere e il dovere di escludere dal computo del TEGM voci incluse dalla Vigilanza ma che l'intermediario, dall'alto della sua pratica di mercato, reputi erronee. Non si tratta di una provocazione ma di una semplice applicazione del principio di non vincolatività delle istruzioni di Vigilanza: se veramente non sono fonti del diritto e, se sbagliate, vanno disapplicate, non v'è ragione di escluderne la disapplicazione quando l'errore vada a diminuire, invece che ad incrementare, il TEGM (e di riflesso il TEG).

Difficile non riconoscere, in un simile scenario, affermato da molte sentenze ma negato da altrettante, una lettura instabile del presidio usurario, che finisce col produrre l'effetto esattamente opposto a quello prefissosi dal legislatore. Il cui obiettivo, evidentemente non centrato, era quello di assicurare certezza al mercato del credito fissando limiti invalicabili e indiscutibili, non già di attribuire alle singole banche un dovere di sindacato, a proprio rischio e pericolo, sulle determinazioni della Vigilanza. Le quali sono e restano una fonte di diritto, un complesso di norme autorizzato dalla disciplina primaria: disciplina a sua volta penale, dunque soggetta al ferreo vincolo della tassatività della fattispecie.

V'è infine un aspetto che talora sfugge alla critica: il rischio sistemico. Si calcola ⁽²⁴⁾ che il costo del credito in Italia superi la media europea per un importo annuale pari a circa il 2% del Pil. Considerando una media di 1500 miliardi annui, tanto equivarrebbe a circa 30 miliardi che, nell'arco del decennio pregresso, equivarrebbero a circa 300 miliardi. Se mai questa differenza fosse cancellabile grazie alla discutibilità delle norme su cui s'impenna il sistema attuale, il danno patrimoniale per il sistema bancario italiano, che resta fra i più solidi al mondo ⁽²⁵⁾, sarebbe incalcolabile. Si tratta ovviamente non d'una previsione ma d'una visione iperbolica, la quale non ha altro fine che quello di richiamare l'attenzione sulle potenziali conseguenze sistemiche di un ininterrotto e indiscriminato attacco al sistema bancario: attacco che non produrrebbe soltanto perdite per le banche ma che, nei casi peggiori, porterebbe ad un sacrificio, diretto (interventi statali) e indiretto (*bail-in*), comunque di non poco momento, anche per tutta quella vasta platea di risparmiatori che, non accedendo al credito bensì alimentandolo con i loro depositi, potrebbero essere chiamati a colmare la voragine in sostanziosa parte. Con che, sia ben inteso, non s'intende affatto affermare che la violazione usuraria debba restare impunita ma semplicemente invitare ad una riflessione sui guasti potenziali cui l'attuale normativa, altamente aggredibile, offre il debole fianco e il fiacco petto: guasti che, in prospettiva, eccederebbero l'individuale soddisfazione di aver catturato il cavillo dentro alla matassa arruffata.

7. Riflessioni per una ragionata riforma

E' proprio la debolezza intrinseca di questo ormai usurato impianto a dover suggerire soluzioni alternative improntate ad una rocciosa

²⁴ R. Marcelli, *Usura bancaria ad un ventennio dalla legge: un impietoso bilancio*, Milano, 2017 pp. 252 e 263.

²⁵ E' forse utile rammentare che, secondo il Risk Outlook di Consob 13/2017 del luglio 2017 sull'incidenza dei titoli illiquidi negli attivi bancari europei, a fine 2016 il totale degli attivi illiquidi di livello 2 (rischiosi) e 3 (rischiosissimi) raggiunge l'80% degli attivi delle banche tedesche, il 70 delle inglesi, il 50 delle francesi, il 40 delle spagnole. Da noi si sta ben sotto al 30%. Se poi si considera il rapporto fra gli attivi finanziari e il *common equity tier 1* la frazione varia dal 7 al 10, dove il voto pieno (10) spetta alla Germania mentre in Italia il Cet1 è oltre il triplo degli illiquidi.

inattaccabilità, tetragona rispetto ad ogni tentativo di “sabotaggio ermeneutico”. Tenterò di offrire qualche contributo, senza alcuna pretesa di esaustività ma con il solo scopo di stimolare ulteriori riflessioni.

In primo luogo, appare indifferibile una radicale riforma della norme primarie che escludano ogni margine di discrezionalità sui punti nevralgici. Dunque, senz’altro, l’inammissibilità dell’usura sopravvenuta (o, in alternativa, le legittimazione delle clausole di salvaguardia), la creazione di un metodo di stima diverso per l’interesse corrispettivo e quello moratorio (naturalmente rimodulando coerentemente le relative soglie), l’affermazione del principio per il quale lo sfondamento della soglia usuraria provoca la perdita dell’interesse che ne sia stato colpito senza contaminazione di quello che ne sia immune ed infine, per (utile) soprammercato, il divieto di derivare il tasso usurario dalla sommatoria fra corrispettivi e moratori (la tesi, per quanto peregrina ⁽²⁶⁾, potrebbe non essere così prossima alla sua definitiva cremazione). Sul tutto la specificazione che le indicazioni dell’organo deputato alla fissazione o al rilevamento dei tassi soglia (cfr. *infra* fra brevissimo) costituiscono ad ogni effetto norma vincolante per gli intermediari.

Quanto all’usura in concreto, serve la definizione chiara del concetto di difficoltà economica e finanziaria, costruito attraverso appositi parametri (stato di indebitamento complessivo del mutuante, tipologie di esigenze risolvibili solo col ricorso al credito, reddito dichiarato, patrimonio e disponibilità liquide), e l’individuazione di un tasso soglia anche per tale peculiare ipotesi, per esempio pari alla metà del tasso soglia ordinario. Di contro, un forte inasprimento della pena per l’usura praticata al di fuori del circuito creditizio, cioè dell’usura criminale vera e propria (e non già, come paradossalmente accade ora, l’opposto).

Se poi il punto debole – ormai non v’è dubbio – è il metodo di rilevazione del TEGM, le soluzioni non possono essere che due: abolirlo o riformarlo.

L’abolizione transiterebbe necessariamente attraverso l’introduzione di un tasso fisso, definito per legge e aggiornabile periodicamente (così come avviene per il saggio di interesse legale in

²⁶ Con nota di umoristica riprovazione Trib. Torino, 17 settembre 2014 in *ilcaso.it* ebbe a definirla siccome basata su una sommatoria “maccheronica”.

base all'art. 1284). Il limite starebbe nella iniquità di una percentuale fissa indistintamente applicata a tutte le tipologie di credito, per loro natura invece soggette a livelli di rischio, e dunque a tassi remunerativi, sensibilmente diversi. Si tratterebbe allora di definire a priori, cioè per legge, tali categorie, magari restringendole rispetto alla pleora attuale e prevedendone la revisione obbligatoria, sempre in via primaria, con una frequenza almeno quinquennale.

L'ulteriore limite insito nella concezione di uno o più tassi fissi risiede poi nel metodo di stima. Mentre per l'interesse legale il calcolo è più semplice (ancorché nei fatti penalizzante e confliggente con il diverso metodo di calcolo dell'interesse moratorio previsto dal d. lgs. 231/202), basandosi sul rendimento medio annuo lordo dei Bot a 12 mesi e sul tasso d'inflazione, un calcolo di soglia usuraria presuppone un criterio più articolato. In tal senso, si potrebbe prevedere un periodico rilevamento di ogni tasso (corrispettivo e moratorio) e ogni commissione o spesa da parte della Banca d'Italia, i cui rilievi resterebbero tuttavia confinati fra gli *interna corporis* della collaborazione amministrativa, e la loro successiva rielaborazione da parte del MEF da incardinarsi su tre criteri: a) l'eliminazione delle code estreme (massimi e minimi) per ogni categoria; b) l'arrotondamento del tasso medio alla percentuale piena inferiore; c) la percentualizzazione delle spese con gli stessi metodi.

La riforma, invece, del metodo attuale di rilevamento presupporrebbe comunque la cancellazione del vago precetto della norma penale primaria sulle voci diverse dagli interessi. Attraverso due possibili alternative: a) la considerazione nel rilevamento dei soli interessi (sempre distinti fra corrispettivi e moratori) e l'aggiunta, in via di percentuale forfettaria, di un margine per contenere gli oneri aggiuntivi (cui corrisponderebbe un margine di raggiungimento della soglia usuraria ovviamente coerente); b) la predefinizione di tutte le tipologie di commissioni e oneri rilevanti, indipendentemente dal loro *nomen juris* o dalla loro denominazione commerciale (prassi e diritto hanno ormai fornito un quadro statisticamente chiaro degli oneri applicabili). In entrambi i casi, anche in questa formula una programmata riforma periodica del testo primario potrebbe giovare a colmare le eventuali lacune formatesi nell'evoluzione del commercio creditizio. Nella seconda ipotesi dianzi considerata (sub b), il rilevamento avrebbe luogo sulla base di uno schema predefinito a livello primario (per esempio, ma

non necessariamente, la metodologia di calcolo sin qui adottata dalla Banca d'Italia, ma tradotta in disposizione di legge).

Le soluzioni proposte si pongono solo come puri spunti di riflessione, sono certamente perfetibili e raffinabili, alla sola condizione che il perfezionamento o la raffinazione non reintroducano margini di opinabilità.

Non è certo impresa facile scrivere qualsivoglia norma, men che mai riscriverne una così complessa. Tuttavia è necessario farlo, perché non è più tollerabile che il *fenus* cambi a seconda del *caput*. Non lo è per chi presta denaro, non lo è per chi lo riceve, non lo è per chi deposita il denaro che viene prestato.