

RIFLESSIONI PENALISTICHE IN TEMA DI USURA BANCARIA

di Maria Beatrice Magro

Abstract. *L'usura bancaria costituisce, all'interno dell'attuale art. 644 c.p., una forma aggravata di usura in ragione del collegamento funzionale tra lo svolgimento stabile dell'attività professionale e l'erogazione di danaro. È nell'ambito dell'usura bancaria (a differenza di quella criminale) che si pongono spinose questioni inerenti la verifica del superamento del tasso legale. Infatti, la determinazione del tasso, lungi dal rappresentare un'operazione meramente tecnica e automatica, affida ai soggetti deputati ampi margini di discrezionalità tecnica, che si manifestano a monte nella fase della rilevazione dei tassi medi. Recentemente, si è posta la questione se debbano essere inclusi o meno nel computo del TEG (e nelle rilevazioni del TEGM) anche interessi moratori, oneri eventuali, penali e costi di estinzione anticipata del credito che attengono alla dimensione patologica del rapporto contrattuale, a prescindere dal fatto che si siano verificate le condizioni cui il pagamento di tali interessi o oneri eventuali è subordinato. Al quesito, la giurisprudenza civile fornisce risposta positiva: poiché il reato di usura punisce la mera promessa, si deve necessariamente ritenere che il contratto sia usurario qualora contenga, già al momento della pattuizione, la previsione di interessi moratori, costi e clausole penali per anticipato inadempimento che, da soli o sommati al tasso previsto per gli interessi compensativi, oltrepassino il tasso soglia, indipendentemente dal fatto che siano stati in concreto corrisposti. Focalizzando l'attenzione sulla promessa usuraria, occorrerebbe quindi – oltre che rilevare la natura usuraria dell'interesse corrispettivo – prevedere ex ante tutte le diverse possibili o probabili ipotesi di evoluzione fisiologica e/o patologica del contratto e comprendere tali oneri nel computo del costo complessivo del credito, così analizzando non solo il costo attuale, ma anche quello potenziale, possibile o probabile del finanziamento.*

In senso opposto, si propone una lettura della norma, supportata dalle pronunce della giurisprudenza penale, che valorizza la dimensione di pericolosità insita nel reato e che recupera la ratio sostanziale del divieto penale per le sole ipotesi di dissimulazione dolosa di un contratto usurario, qualora la previsione di interessi moratori ed ulteriori costi svolga in concreto una funzione integrativa degli interessi corrispettivi.

SOMMARIO: 1. Origini storiche ed evoluzione normativa. – 1.1. L'usura dal codice Zanardelli al codice Rocco. – 1.2. L'usura dopo le riforme: il nuovo volto del fenomeno criminale. – 1.3. L'usura bancaria. – 1.4. Usura bancaria e tutela del mercato del credito. – 1.5. Riserva di attività bancaria e responsabilità dell'operatore bancario. – 1.6. La congruità economica tra controprestazioni nell'esercizio del credito. – 1.7. La tutela del sinallagma contrattuale nell'usura e della libertà contrattuale nella truffa. – 1.8. Misurazione dello squilibrio

economico e valori soglia. – 1.9. Segue: episodicità e minima entità dei superamenti del tasso soglia. – 2. I profili oggettivi del reato di usura. La condotta usuraria. – 2.1. La promessa o la dazione di interessi usurari: la rilevanza dell'atto o del rapporto negoziale. – 2.2 Pericolo, danno e profitto confiscabile. – 2.3. La promessa usuraria: caratteri. – 2.4. La dazione (integrale o frazionata) dell'obbligazione usuraria. Consumazione e prescrizione. – 2.5. Il tempo della rilevazione del tasso usurario: il doppio ruolo della *promessa usuraria* nella struttura del reato. – 3. Il procedimento di determinazione degli interessi usurari. – 3.1. Il procedimento legale di determinazione del Tasso Soglia Usura (TUS) (art. 644 comma 3 c.p.). – 3.2. Discrezionalità tecnica e differenza concettuale tra TEGM e TEG. – 3.3. Discrezionalità tecnica e determinazione delle categorie creditizie. – 3.4. Gli aggregati di costi da computare nel calcolo del TEG. L'art. 644 comma 4 c.p. – 3.5. I limiti della legge penale nella rilevazione del costo complessivo dell'operazione (TEG). – 3.6. Vincolatività delle Istruzioni della Banca d'Italia. L'apporto (illegittimo) degli organi amministrativi nella rilevazione del TEG. 3.7. I limiti della legge penale. il caso della commissione di massimo scoperto. – 4. Eterointegrazione della norma penale e usura sopravvenuta. – 4.1. Usura sopravvenuta nella fase della riscossione a causa dei periodici mutamenti del tasso soglia (TUS). – 4.2. Usura sopravvenuta a causa di modifiche della normativa extrapenale nella determinazione del TEGM. L'errore di diritto e l'errore di fatto. – 4.3. Usura sopravvenuta a causa della modifica legislativa dei criteri algebrici di determinazione del tasso soglia (TUS). – 5. Interessi moratori, clausola di estinzione anticipata e usura. – 5.1. Oneri eventuali e promessa usuraria. Definizione del problema. – 5.2. Gli interessi moratori: la tesi della giurisprudenza civile favorevole al computo. – 5.3. La soluzione contraria alla rilevanza della mora. – 5.4. La soluzione mediana: rilevanza della mora nel calcolo del TEG. – 5.5. Orientamenti recenti della giurisprudenza civile in tema di estinzione anticipata. – 5.6. La giurisprudenza penale in tema di estinzione anticipata. – 5.7. Il dolo (diretto) dell'usura. – 5.8. La promessa di interessi o vantaggi solo eventualmente usurari. Prove tecniche di lettura della norma penale.

1. Origini storiche ed evoluzione normativa.

1.1. L'usura dal codice Zanardelli al codice Rocco.

L'usura si presenta, nell'altalenarsi di fasi di liceità e di criminalizzazione, come fenomeno assai magmatico, connotato da una formidabile variabilità, connesso com'è alle ideologie di fondo e al modello economico e sociale di un determinato sistema politico¹.

¹ Sul tema la letteratura civile è vastissima. Sotto il profilo penalistico, si veda ACQUAROLI, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di Viganò-Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo- Paliero, Torino, 2011; AMMIRATI, *Il delitto di usura: credito e sistema bancario: L. 7 marzo 1996 n. 108*, Padova, 1997; BELLACOSA, *Usura impropria*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994; BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 774; ID., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, 34, 120; BOIDO, *Usura e diritto penale. La «meritevolezza» della pena nell'attuale momento storico*, Padova, 2010, 400 ss.; BONORA, *L'usura*, Padova, 2007, 82; BORSARI, *Il delitto di usura «bancaria» come figura «grave» esclusa da benefici indulgenziali. Profili critici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 33; CARACCIOLI, *Il reato di usura e le sue possibili connessioni con il credito bancario ed interfinanziario*, in *Il fenomeno dell'usura e dell'intermediazione finanziaria e bancaria*, a cura di P. De Felice, Bari, 1997, 47; CUGINI, *La valutazione del carattere usurario del tasso di interesse praticato dagli istituti di credito*, in *Cass. Pen.*, 2010, 4140; DI LANDRO, *La Cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso d'interesse usurario: la l. 2/09, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo*, in *Foro it.*, fasc. 7-8, 2010, II, 390; FADALTI, *Il delitto di usura è incostituzionale?*, in *Riv.pen.*, 2005, 4; FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 685; FIADINO, *Irretroattività ed istantaneità del nuovo reato di usura nell'ultima giurisprudenza*, in *Indice pen.*, 1999, 362 ss.;

Il divieto canonico di trarre vantaggio dal prestito di denaro, espresso nel principio “*nummus non parit nummos*”, trova origine nelle società contadine in relazione alla impellente necessità di soddisfare bisogni primari dell’esistenza. Esso è intriso di concezioni di carattere etico-solidaristiche che mal si conciliano con la società commerciale dell’800 e con le esigenze di un diritto al passo con i nuovi legami contrattuali. Perciò, con l’andare dei tempi, la remunerazione dei prestiti di denaro diviene moralmente consentita e l’onerosità dei prestiti la regola: un conto è prestare denaro a chi lo usa per impellenti necessità personali, altro è anticipare dietro compenso somme ai mercanti a scopi di investimento².

Fu così che il divieto penale dell’usura è andato attenuandosi, fino a scomparire del tutto nel codice Zanardelli, in ossequio all’idea secondo cui la pattuizione degli interessi compensativi debba essere rimessa alla sovrana autonomia delle parti. Nell’ottica liberale, l’individuo è il miglior giudice di se stesso e lo spostamento di ricchezza, anche con grande profitto di una parte a scapito dell’altra, se realizzato con il pieno accordo, non giustifica alcun intervento paternalistico dello Stato. La posizione di sostanziale disparità di una parte, attanagliata da una condizione di impellente bisogno che mette in pericolo i suoi valori fondamentali, non assume alcuna rilevanza penale:

FIGURELLA, *Appunti sulla struttura del delitto di usura*, 233; FORNASARI, *La disciplina penale dell’usura nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1998, 101; GARGANI, *Usura semplice e usura qualificata: osservazioni critiche sulla riforma del delitto di usura alla luce del paradigma carrariano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 80; GRINDATTO, *Sul computo della commissione di massimo scoperto nella determinazione del tasso usurario*, in *Giur. it.*, 2010, 2410; INSOLERA, *Usura e criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 126 ss.; MAGRO, *Il divieto di usura e i doveri di solidarietà umana*, in *Archivio Penale*, 1997, 3, 283; MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *Trattato di diritto penale – parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Padova 2007, 44; MANNA, *Il delitto di usura nella prospettiva comparatistica: diritto penale «interventista» versus diritto penale «neo-liberista»?*, in *Mercato del credito e usura*, a cura di Macario- Manna, Milano, 2002, 265 ss.; ID., *Usura (la legge sui tassi)*, voce, in *Digesto pen.*, Agg. 2004, Torino, 837; MICHELETTI, in *La giustizia penale parte II*, 2012, 129; MASULLO, *A due anni dalla riforma del delitto d’usura: una riflessione sulla nuova scelta strategica*, in *Cass. pen.*, 1998, 2203; ID., *Usura e permanenza: a proposito del termine di prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2000, 547; MELCHIONDA, *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1997, 696; MUCCIARELLI, *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108 – Disposizioni in materia di usura*, in *Legisl. Pen.*, 1993, 514 ss.; PICA, *Usura (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, 1144; MUSCATIELLO, *Dalla parola data alla parola scritta: l’usura tra presunzione, finzioni, metafore*, in *Riv.it.dir.pen.ec.*, 2003, 179; PLANTAMURA, *Il delitto di usura presunta: quale etica per il mercato del credito?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, 798; RAMPIONI, *La fattispecie di usura presunta nel crogiuolo della pratica applicativa. Il “nodo” della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, in *Cassazione penale*, 2012, 385; S. DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione dei interessi divenuti usurari successivamente all’entrata in vigore della l. 108 del 1996*, in *Banca e borsa*, 1998, II, 552; SPINA, *L’Usura*, Padova, 2008, 67; VIOLANTE, *Il delitto di usura*, Milano, 1970, 235 ss.; PEDRAZZI, *Sui tempi della nuova fattispecie di usura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997; PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, 771; RONCO, ROMANO, *Codice penale commentato*, Torino, 2012; SANTACROCE, *La nuova disciplina penale dell’usura. Analisi della fattispecie base e difficoltà applicative*, in *Cass. Pen.*, 1997; VITARELLI, *Rilievo penale dell’usura e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 787; ZANCHETTI, *Cronaca di un reato mai nato: costruzione e decostruzione normativa della fattispecie di «usura sopravvenuta»*, in *Mercato del credito e usura*, a cura di F. Macario-A. Manna, 349.

² Per i profili storici, BELLINI, *Usura tra morale e ius positum*, in *Riv. Pen.*, 1992, 624; CERVENCA, voce *Usura*; a) *Diritto romano*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 1125; GALLO E., *L’usura nell’evoluzione dei tempi fino agli ultimi provvedimenti normativi*, in *Dir.pen.proc.*, 1995, 300; LA PORTA, *La repressione dell’usura nel diritto penale italiano*, Milano, 1963; SANTARELLI, *Sei lezioni sull’usura*, Pisa, 1995, 13.



3/2017

domina indisturbato il dogma dell'autonomia individuale e della razionalità onnipotente.

Il codice penale Rocco introduce invece questa nuova fattispecie, manifestando una maggiore sensibilità nei confronti delle situazioni di diseguaglianza sostanziale. Nella concezione dello stato etico proprio dell'ordinamento fascista la tutela della parte più debole si rende necessaria per ristabilire l'equilibrio del sinallagma, compromesso dalla condizione di una delle parti. In questa visione, lo "stato di bisogno" limita di fatto la libertà negoziale; è una condizione fattuale preesistente che preclude una piena estrinsecazione della libertà contrattuale; si atteggia quasi come un vizio della volontà che rende la vittima "incapace"; incapacità che tuttavia non è frutto della condotta artificiosa e fraudolenta dell'altro contraente – come avviene nella truffa contrattuale – ma discende dalla condizione di fatto in cui verte la parte più debole, e proprio in ragione di essa legittima l'apposizione di limiti alla libertà negoziale, consistenti nel vietare la condotta di "approfittamento" di questo preesistente stato di bisogno. Così come accade nella fattispecie di circonvenzione di incapaci (cui il legislatore rinvia con la clausola di sussidiarietà), il patrimonio individuale e la libertà negoziale trovano tutela nel fatto che la vittima è "schiava" del bisogno, ed esprime quindi una volontà non genuina, coartata: se avesse potuto, avrebbe disposto diversamente. Lo stato di bisogno, nell'economia della figura classica di usura, consente di operare una differenziazione tra volontà formale (coartata e viziata) e volontà sostanziale (ciò che il contraente debole avrebbe voluto se fosse stato libero dal bisogno).

La *ratio* della norma non rispecchia l'esigenza di prevedere una tutela oggettiva e non disponibile da parte di uno dei contraenti a tutela del sinallagma contrattuale, ma quella di sopperire alla condizione di incapacità di autotutela della parte più debole, schiava del bisogno economico. In breve: è una *ratio* solidaristica-paternalistica forte. Da qui l'impotenza del consenso dell'avente diritto a scriminare il fatto ex art. 50 c.p., pur trattandosi di beni disponibili (patrimonio e libertà negoziale).

1.2. L'usura dopo le riforme: il nuovo volto del fenomeno criminale.

Tuttavia, una volta mutato il contesto economico e sociale, tramontata l'ideologia del *welfare*, il requisito dello "stato di bisogno" – che pure costituiva il fondamento di legittimazione dell'intervento statale – finisce per rappresentare un pesantissimo fardello che ostacola l'applicazione della norma nell'ambito di una società economicamente e commercialmente più veloce ed evoluta.

La tradizionale figura di delitto di usura deve adattarsi alle nuove connotazioni assunte dal fenomeno, sia sotto il profilo vittimologico (spesso la vittima è una impresa) che criminologico (soggetti attivi appartenenti alla criminalità organizzata e che riciclano denaro proveniente da attività criminose) assumendo la fisionomia di crimine che inerisce a fasi anche fisiologiche (e non solo patologiche) della vita dell'impresa costituite dal bisogno anche momentaneo di liquidità. Mutati i soggetti economici e il contesto sociale, il fenomeno dell'usura fa un salto di qualità: diviene uno strumento agile della criminalità organizzata che convoglia capitali di provenienza illecita in canali di credito



3/2017

alternativo; assume le connotazioni di pratica metodica e sistematica di strangolamento delle piccole imprese, destinate ad essere inglobate o schiacciate dalle organizzazioni mafiose il cui obiettivo è il reinserimento di proventi di attività illecite in attività economiche lecite.

Proprio la connessione tra usura e criminalità organizzata suggerisce al legislatore l'adozione di quel complesso di norme derogatorie ed eccezionali cui si inseriscono le due riforme introdotte nel '92 e nel '96. Che i successivi interventi normativi costituiscano un progressivo ed inesorabile allontanamento dallo schema originario e tipico è forse inconsapevolmente rivelato dallo stesso lessico usato dal legislatore nell'introdurre la figura prevista dall'art. 644 *bis* (poi abrogata). Infatti questa seconda fattispecie, differente dalla prima essenzialmente perché non presuppone lo stato di bisogno della vittima, ma "*condizioni di difficoltà economica o finanziaria*", venne definita dal legislatore "*impropria*", quasi a voler dire che l'usura vera, quella "*propria*", è ben altro istituto, necessariamente connotata dalla condotta di "*approfittamento dello stato di bisogno*".

1.3. L'usura bancaria.

La riforma introdotta dalla legge 7 marzo 1996 n. 108 di modifica dell'art. 644 c.p., che ha introdotto criteri oggettivi di rilevazione del tasso usurario, autentico *punctum prudens* della vecchia fattispecie penale, ed eliminato la condotta di approfittamento dello stato di bisogno o di altre situazioni di difficoltà economica, ha realizzato una ulteriore evoluzione del delitto di usura che segna un netto distacco rispetto l'originaria figura: accanto all'usura criminale nasce la c.d. usura bancaria, ovvero l'usura praticata da soggetti qualificati sotto il profilo professionale e istituzionale, che operano in un contesto lecito. I nuovi soggetti coinvolti nei fenomeni commerciali di remunerazione dei prestiti di danaro sono da un lato i colossi bancari e gli intermediari, dall'altro i consumatori, le famiglie, le imprese. L'usura bancaria attiene ai rapporti tra banca e cliente-consumatore, concerne qualunque forma di finanziamento, sconfinamento di fido o erogazione di credito, sia per ragioni personali sia per ragioni imprenditoriali. La vittima (persona fisica o ente), è un soggetto economico vulnerabile esposto agli abusi di potere di mercato vantato da nuovi soggetti internazionali o a -nazionali (Banca mondiale, imprese multinazionali), i veri attori del palcoscenico del diritto globalizzato dell'economia.

Il riferimento a questa nuova e maggiormente pericolosa figura criminale è desumibile da molte sfumature linguistiche utilizzate dal legislatore: costituisce all'interno dell'attuale art. 644 c.p. una forma aggravata di usura ed è chiaro il riferimento a spese, costi e remunerazioni a vario titolo promesse, che riguardano certamente rapporti contrattuali nati in un contesto lecito; richiede il necessario collegamento con lo svolgimento stabile di un'attività professionale (e non risultano censurabili le attività professionali sfornite di tale collegamento funzionale: si pensi ad

esempio il funzionario di banca che opera in proprio erogando prestiti)³; è praticata da banche e intermediari finanziari, ovvero da soggetti cui è riservata per legge l'attività del credito; colpisce situazioni di squilibrio di potere contrattuale e di potere di mercato tra soggetti economici che appartengono entrambi al mondo (lecito) della economia reale e della finanza, ove la condizione di sostanziale disparità e debolezza economica della parte non può essere riassunta nello stato di bisogno; si innesta in un regolamento contrattuale assai rigido, standardizzato, minuzioso, colmo di clausole e condizioni, talora ai limiti della vessatorietà, che prevede spese e che disciplina l'inadempimento; l'erogazione del credito è gravida di obblighi collaterali concernenti lo stesso credito (la previsione di oneri e spese di istruttoria, assicurazioni, etc.) ma spesso anche non collegati al credito (come l'acquisto di titoli di investimento);

Si spiega così la scelta di ricollocare la condizione economica in cui verte la vittima in un ruolo secondario (in progressione di gravità: lo stato di bisogno, le condizioni di difficoltà economica, le condizioni di difficoltà finanziaria), valorizzando *tout court*, senza alcuna aggettivazione e senza condizioni, il contraente debole.

Nella società contemporanea l'usura diviene un ramo di una complessa *holding* economica; un allettante meccanismo contrattuale a disposizione della criminalità d'impresa (e non solo della criminalità organizzata) che consente di abusare del potere di mercato a scapito dell'equilibrio contrattuale, quale vero e proprio moltiplicatore di ricchezza; non più sporadico episodio nell'ambito di una relazione tra singoli individui (ove viene tutelato il patrimonio e la libertà negoziale individuale), ma predominio e affermazione del potere economico e di mercato su una massa di soggetti economicamente deboli. In breve, il legislatore del '96 persegue finalità assai più estese rispetto quelle originarie del legislatore del '30 (ovvero della tutela di interessi individuali), imponendo il contenimento del costo del credito (ogni costo e a qualsiasi titolo previsto) entro parametri oggettivi, presidiati dalla sanzione penale (644 c.p.) e civile (1815 c.c., 2° comma).

1.4. Usura Bancaria e tutela del mercato del credito.

Le considerazioni di tipo criminologico consentono di riqualificare la *ratio* propria dell'incriminazione dell'usura bancaria. Scopo della norma che punisce l'usura bancaria non è tanto impedire che siano immessi nel mercato capitali illeciti (finalità cui sono piegate le norme penali contenute nel testo unico bancario), quanto quello di "chiudere" il sistema della tutela del mercato del credito, vietando la strumentalizzazione dell'altrui inferiorità economica, e presumendo tale strumentalizzazione ogni qual volta il tasso divenga usurario per legge (salve le ipotesi di tasso usurario in concreto, di cui parleremo in seguito).

³ MAGRO, *Abusiva attività finanziaria e il requisito tacito della stabile organizzazione: il caso della "banca nella banca"*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, 2012, 280.

In quest'ottica, tutte le fattispecie di usura (presunta, concreta, reale, di mediazione usuraria, di cui parleremo in seguito) assumono un ruolo che oltrepassa i confini della tutela del patrimonio individuale o della libertà negoziale, secondo una prospettiva sia macro- che quella micro-economica che evidenzia una dilatazione dell'interesse privatistico verso quello pubblicistico alla corretta circolazione del denaro e dell'ordine economico.

La fattispecie si posiziona più esattamente nel fuoco della tutela della *correttezza ed integrità del mercato del credito*, in modo da coniugare gli interessi dei consumatori da regolamentazioni vessatorie e squilibrate con quelli del libero mercato. Non può certo negarsi che intermediari finanziari e operatori bancari vantino una innegabile posizione di preminenza di potere contrattuale e di mercato che si riverbera nella imposizione unilaterale di condizioni contrattuali sfavorevoli che finiscono per danneggiare il mercato del credito, e non solo il singolo cliente. L'usura mette in pericolo gli equilibri dell'economia di mercato, minaccia la regolarità dei cicli produttivi, presentandosi come una combinazione di potere economico e politico sul territorio a scapito della massa dei consumatori-risparmiatori.

La norma di nuovo conio si spinge dunque su un terreno particolarmente avanzato, proteggendo non solo la posizione del singolo contraente, ma anche il regolare e affidabile funzionamento delle attività connesse alla prestazione del credito, che assurge a bene giuridico protetto al pari di quello relativo alla libertà contrattuale. Anche la giurisprudenza penale ha riconosciuto che, accanto alla protezione del singolo, il delitto di usura protegge soprattutto gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. Il credito, il cui esercizio è garantito dall'art. 47 della Costituzione, costituisce elemento imprescindibile dell'economia ed il legislatore, con l'introduzione della normativa antiusura, ha fornito lo strumento per proteggere e soprattutto calmierare il mercato creditizio, imponendo una regolamentazione autoritativa favorevole per la parte contrattuale più debole ⁴.

Si può ritenere quindi che, sebbene sia collocato nel codice tra i delitti contro il patrimonio mediante frode, il reato di usura sia posto a tutela di un **regolare, affidabile e regolamentato mercato del credito**, oltre della libertà di autodeterminazione negoziale e di altri interessi attinenti alla sfera personale e patrimoniale della vittima. A differenza di quanto avviene normalmente per i delitti contro il patrimonio, ma similmente a tutte le norme proiettate in un'ottica di tutela del mercato, la fattispecie presenta un disvalore che si incentra sul «pericolo di danno finanziario», presuntivamente derivante dal mero superamento dei tassi soglia, senza richiedere alcun accertamento in ordine all'effettivo pregiudizio patrimoniale subito dalla vittima (la quale, in determinate circostanze e valutato il complesso dei riflessi economici, dalla pattuizione di interessi usurari potrebbe persino ottenere effetti positivi).

La *ratio* della penalizzazione di atti dispositivi del patrimonio connotati da un regolamento contrattuale squilibrato a tutto vantaggio di una sola delle controparti

⁴ Cass. Pen., Sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148.



3/2017

risiede nella tutela rafforzata e oggettiva della controparte debole incapace di autotutelarsi adeguatamente, ispirata a un *soft paternalism*. Questa regressione della soglia di tutela può, soprattutto in un contesto di crisi finanziaria, giungere a paradossi e persino ad eccessi di tutela.

1.5. Riserva di attività bancaria e responsabilità dell'operatore bancario.

Un aspetto ulteriore che evidenzia la particolare aggressività della usura bancaria scaturisce dalla posizione rivestita dall'ente bancario o intermediario autorizzato all'erogazione del credito nel nostro ordinamento giuridico.

Il nostro ordinamento giuridico conosce una fitta rete normativa volta a consentire l'accesso al mercato creditizio esclusivamente a soggetti i cui requisiti di onorabilità, capacità patrimoniale e professionalità siano stati verificati *ex ante* dagli organi di vigilanza⁵. La finalità di tali disposizioni è quella di impedire che soggetti non sottoposti ad un sistema di controllo di legittimità e adeguatezza patrimoniale, professionale e di moralità svolgano attività di raccolta del risparmio, di erogazione del credito e di concessione di finanziamenti.

Il fondamento di tale *ratio* di tutela si rinviene nel principio di riserva dell'attività bancaria. È la particolare delicatezza degli interessi coinvolti, concernenti il momento della utilizzazione del risparmio e della sua trasformazione in capitale di finanziamento, ad indurre il legislatore a configurare l'attività bancaria e finanziaria come una attività di natura essenzialmente privata il cui esercizio è però subordinato al preventivo controllo e successiva vigilanza da parte di organismi pubblici preposti alla tutela degli interessi del mercato e dei risparmiatori.

A tali obiettivi partecipano anche le fattispecie penali contenute nel testo unico di intermediazione bancaria e finanziaria che puniscono l'abusivismo e che si presentano strutturate secondo lo schema dell'esercizio non autorizzato di un'attività. Queste norme penali svolgono una funzione di filtro e di «bonifica» dei soggetti che operano nel settore dell'intermediazione finanziaria, a tutela di un fascio di interessi posti alla base del sistema finanziario e creditizio: l'affidamento dei fruitori dei servizi finanziari nella serietà; la trasparenza, la stabilità e la professionalità degli intermediari; l'uguaglianza e la corretta concorrenza tra operatori finanziari.

L'art. 132 Tub, uno dei pochi reati bancari che gode di una certa applicazione giurisprudenziale, concerne quel segmento di attività bancaria che riguarda l'abusiva erogazione di finanziamenti in difetto dei requisiti di autorizzazione prescritti dall'art. 107 Tub o dei requisiti di iscrizione negli elenchi dei soggetti operanti nel settore del

⁵ Il nucleo penalistico del testo unico bancario si apre con una articolata serie di norme che si pongono in una sorta di progressione, finalizzate a combattere il fenomeno dell'abusivismo: ricorrono l'abusiva attività di raccolta tra il pubblico del risparmio (art. 130), l'abusiva attività bancaria, relativa all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di erogazione del credito (art.131), l'abusiva emissione di moneta elettronica e di attività di prestazione di servizi di pagamento (art.131 bis e 131 ter), ed infine, l'abusiva attività finanziaria, relativa alla concessione di finanziamenti di microcredito e di confidi (art. 132).



3/2017

microcredito o dei confidi, rispettivamente previsti dagli artt. 111 e 112 Tub. In particolare, la norma subordina la liceità dell'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria a due condizioni di carattere amministrativo: la previa iscrizione dell'intermediario finanziario ad un apposito albo tenuto (di cui all'art. 106 Tub) e la autorizzazione allo svolgimento dell'attività da parte della Banca d'Italia. Iscrizione e autorizzazione costituiscono i requisiti di liceità dell'attività.

A tali norme contenute nel Tub, concernenti l'attività bancaria in senso proprio, si collegano le norme in tema di abusivismo finanziario contenute nel Tuf, relative alle attività di intermediazione avente ad oggetto strumenti finanziari e – per completare il quadro – le fattispecie introdotte dalla legge antiusura del 1996: l'esercizio abusivo di attività di mediazione creditizia e l'indebito sviamento della clientela verso soggetti non abilitati all'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

L'ente bancario, quale soggetto autorizzato dall'autorità di vigilanza a svolgere raccolta del risparmio ed esercizio del credito ovvero alla prestazione di servizi di tipo bancario, assume conseguentemente una rete di obblighi improntati sulla tutela della fiducia e della buona fede del contraente più debole.

In questo senso la giurisprudenza ha ravvisato una posizione di garanzia che trova fonte nel testo unico bancario e nelle norme del codice civile e deriva dallo *status* di operatore professionale della banca che eroga il credito e dalla normativa civilistica e bancaria⁶. Questo *status* impone standard comportamentali ispirati alla buona fede nei rapporti con la clientela sia al momento dell'offerta dei prodotti bancari che nel momento della erogazione del credito, tali da rinsaldare la fiducia tra intermediario e cliente ed incardina una responsabilità omissiva per violazione di obblighi di informazione e di completa comunicazione (anche di elementi collaterali del regolamento contrattuale) ai sensi della fattispecie di truffa.⁷

In ragione della previsione legislativa della "riserva dell'attività creditizia" esclusivamente a soggetti autorizzati e sottoposti a controlli preventivi volti ad accertare i requisiti di stabilità e affidabilità patrimoniale, di competenza tecnica e tecnologica, e alla successiva vigilanza da parte dell'autorità di settore, si radica così in capo agli operatori bancari l'obbligo di informare correttamente e adeguatamente anche di eventuali oneri impliciti o occulti, di fornire servizi di consulenza e di assistenza tarati al profilo del cliente, nonché – per quello che qui interessa – di predisporre paradigmi contrattuali conformi alla normativa antiusura, nel rispetto di essa. Tali obblighi gravano

⁶ Cass., Sez. II, 23 novembre 2011 n. 46669.

⁷ In tema di truffa contrattuale, nei rapporti tra banche, promotori finanziari e clienti, soprattutto qualora si tratti di clienti al dettaglio, non qualificati, si è ravvisata la responsabilità penale del funzionario di banca (ma anche dei soggetti apicali: il presidente del consiglio di amministrazione), che sfrutta l'inesperienza e l'ignoranza in materia del compratore, o che predisponga regolamenti contrattuali minimizzando o non rivelando con completezza le clausole contrattuali relative a costi, oneri impliciti od occulti, forme varie di remunerazione, concernenti anche aspetti collaterali, accessori o persino esecutivi del regolamento negoziale principale, qualora la conoscenza di elementi non essenziali sotto il profilo strettamente contrattualistico, ma taciuti, avrebbe indotto la persona offesa a non concludere l'affare, e così consapevolmente tragga vantaggio (non proprio) per conto dell'istituto di credito; così Cass. Sez. II, 20 marzo 2014, n. 16342; Cass. Sez. II, 19 giugno 2012, n. 32859 (dep. 21 agosto 2012) Rv. 253660.

sui dirigenti bancari poiché solo la banca dispone di specifiche competenze tecnologiche all'avanguardia in grado di elaborare piani di finanziamento che tengano in conto i limiti derivanti dalla legge⁸.

La normativa attuale sembra orientarsi verso un modello di tutela rafforzata del consumatore-risparmiatore che pone a carico di dirigenti e operatori bancari una posizione di responsabilità sugli equilibri del mercato e di tutela del contraente debole. Secondo tale approccio, l'intervento normativo può essere configurato come strumento di giustizia commutativa e distributiva, diretto a proteggere il contraente vulnerabile e ad assicurare la correttezza sostanziale dei rapporti contrattuali, a fronte di uno squilibrio di potere.

1.6. La congruità economica tra controprestazioni nell'esercizio del credito.

L'introduzione della disciplina civilistica delle clausole vessatorie ha profondamente modificato la dinamica contrattuale fra impresa e consumatore. La clausola generale già contenuta nell'art. 1469 bis codice civile (nonché nell'art. 33 del codice del consumo) dispone che *"nei contratti tra professionista e consumatore si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"*⁹.

Attraverso questa disposizione, si è introdotto nel nostro ordinamento il principio del *sindacato di merito* sul complessivo regolamento negoziale: si consente, dunque, al giudice di dichiarare la nullità delle clausole vessatorie, dopo aver verificato che tali clausole determinano *"un significativo squilibrio tra le parti dei diritti e degli obblighi"* statuiti nel contratto. L'apprezzamento del giudice deve essere compiuto in relazione all'equilibrio complessivo delle prestazioni all'interno del contratto, non limitandosi alla considerazione della singola clausola: una pattuizione apparentemente vessatoria potrebbe essere compensata da una successiva a favore del consumatore, così da riequilibrare il contratto. Occorre, pertanto, una *valutazione complessiva* dei diritti e degli obblighi assunti da entrambe le parti al fine di accertare la presenza dello squilibrio contrattuale. Tale potere deve essere esercitato sulla base di alcuni parametri individuati dal legislatore. Il primo è quello del *"significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"*. Esso comprende due valutazioni: l'*esistenza* dello squilibrio, di natura qualitativa; la sua *significatività*, ovvero un giudizio di graduazione quantitativa che sottende l'idea della sussistenza di soglie limite.

Occorre evidenziare che secondo l'opinione assolutamente dominante nella dottrina civilistica, questo sindacato di vessatorietà concerne esclusivamente l'equilibrio *normativo* tra i diritti e gli obblighi assunti delle parti. In altri termini, il sindacato del giudice attiene essenzialmente alla valutazione del profilo regolamentare del contratto,

⁹ La formulazione della norma è caratterizzata da ampiezza e elasticità; la clausola generale, infatti, è destinata a concretizzarsi in una svariata gamma di ipotesi. Peraltro, accanto a tale clausola generale il legislatore ha previsto una lista esemplificativa di clausole che si *presumono* vessatorie fino a prova contraria.

cioè al rapporto tra i diritti e gli obblighi che le parti hanno reciprocamente assunto, all'oggetto del contratto e al corrispettivo del bene o del servizio, con esclusione quindi dell'equilibrio economico, ossia della *convenienza economica* dell'affare: resta, infatti, nella piena disponibilità delle parti l'individuazione delle prestazioni cui ciascuna parte è tenuta, purché il consumatore sia in condizioni di comprenderne il significato e la portata¹⁰.

Il fatto che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attenga all'adeguatezza del corrispettivo dei beni o servizi comporta la codificazione del principio secondo cui è irrilevante – di regola – la congruità economica tra una prestazione e l'altra, salvo che si verifichi una lesione di una certa consistenza (c.d. *ultradimidium*), l'unica che può aprire le porte al rimedio previsto dall'art. 1447 c.c. e alle condizioni in esso previste.

Proprio in questa "falla" normativa (o scelta in ragione del principio liberale secondo cui il contraente è il miglior giudice di se stesso) si inserisce la normativa civile e penale antiusura, la quale interviene a tutela **dell'equilibrio economico** (e non normativo) della regolamentazione contrattuale. In questo segmento di tutela si insinua vigorosamente la fattispecie penale di usura la quale, in astratto o in concreto, affida al giudice una **valutazione sul merito della congruità economica** della regolamentazione contrattuale in sé e per sé considerata (di regola prescinde dalla condizione economica del contraente debole) che richiede il superamento di valori soglia, ma non una lesione *ultradimidium*.

1.7. La tutela del sinallagma contrattuale nell'usura e della libertà contrattuale nella truffa.

Con la nuova versione inaugurata con la riforma del 1996, il legislatore pone a compimento un processo evolutivo, già in atto a livello interpretativo, che tende a cogliere l'essenza del reato di usura **nell'alterazione della causa di scambio, nella sproporzione del valore economico delle controprestazioni**. La scelta a favore di una maggiore obiettivizzazione della fattispecie, realizzata attraverso la determinazione legislativa dei tassi usurari, sembra riflettere l'interesse a garantire il sinallagma contrattuale, l'equilibrio tra prestazione e controprestazione.

La prospettiva di tutela dell'equilibrio del sinallagma contrattuale da una regolamentazione sbilanciata appartiene smaccatamente all'incriminazione dell'usura c.d. in concreto; ma tale prospettiva di tutela è propria anche dell'usura presunta. L'usura in concreto – quale figura sussidiaria ed alternativa rispetto quella presunta – ricorre qualora gli interessi o i vantaggi pattuiti siano inferiori al tasso soglia usurario, ma risultino in concreto *"comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di danaro o altra utilità"*. Essa presuppone l'accertamento da parte del giudice di due elementi: a) da un

¹⁰ Cass. civ., Sez. I, 26 luglio 2016, n. 15408 in tema di vessatorietà della clausola che attribuisce alla banca la facoltà di sospendere il pagamento degli interessi per l'ipotesi di *default* dell'emittente.

lato la “sproporzione” oggettiva tra interessi e prestazione; b) dall’altro, in chiave vittimologica, le condizioni del soggetto passivo di difficoltà economica o finanziaria¹¹.

L’usura in concreto, prevista nella seconda parte del terzo comma dell’art. 644 c.p., si differenzia da quella prevista al primo comma, non perché è presunto lo stato di bisogno, ma perché è rimessa all’accertamento giudiziale in concreto (secondo il classico schema dei reati di pericolo presunto e di pericolo concreto) la verifica della natura usuraria degli interessi o vantaggi dati o promessi come corrispettivo, che invece sono “sempre usurari” quando si supera il tasso soglia stabilito dalla legge.

L’usura concreta si radica in uno squilibrio oggettivo del sinallagma contrattuale non misurabile in base al tasso soglia, nel senso che sono considerati usurari altresì, anche quegli interessi che non superino la soglia legislativa, ma che, in relazione alle *modalità del fatto* e al *tasso medio praticato per operazioni simili*, risultino “*comunque sproporzionati*” rispetto alla prestazione di denaro o altra utilità, ovvero all’opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in *condizioni di difficoltà economica o finanziaria*.

Ebbene, il *kern* comune sia all’usura presunta che a quella in concreto, deve essere individuato nella **sproporzione significativa tra le controprestazioni in danaro**: in quella presunta, basta il superamento del tasso soglia ad indiziare tale squilibrio del sinallagma; in quella concreta, in cui la valutazione legale presuntiva non opera, la proporzione delle controprestazioni è affidata caso per caso all’accertamento del giudice, cui è restituita quella discrezionalità solo in parte eliminata dall’introduzione degli interessi usurari *ex lege*.

La scelta di predeterminare legislativamente il meccanismo di determinazione del valore soglia consente al legislatore di presumere in modo assoluto lo squilibrio contrattuale tra prestazione e controprestazione, al di sotto del quale, in via sussidiaria, tale squilibrio richiede uno specifico accertamento giudiziale in concreto. In questa valutazione torna ad assumere rilievo la condizione di difficoltà economica o finanziaria della vittima.

In altre parole, il legislatore ha optato per una soluzione mista, introducendo sia una figura oggettivizzante e rigida di usura (caratterizzata dalla suddetta predeterminazione della soglia massima oltre la quale l’interesse diviene usurario), sia un modello soggettivizzante ed elastico, che ruota attorno alle condizioni di difficoltà economica e finanziaria del soggetto passivo.

¹¹ Secondo l’unanime dottrina l’elemento della sproporzione postula logicamente un interesse che si collochi entro il minimo costituito dal tasso medio legalmente rilevato per quel dato tipo di operazione ed il massimo rappresentato dal tasso soglia, oltre il quale ovviamente gli interessi già di per sé sarebbero usurari. Di non facile definizione, invece, si presenta il rinvio alle “*concrete modalità del fatto*”, benché l’espressione paia riferirsi a tutti gli aspetti negoziali, difforni da quelli normalmente caratterizzanti operazioni similari, che possano rilevare quale indici sintomatici di un finanziamento usurario. Quanto alle condizioni di “*difficoltà economica o finanziaria*”, ben diverse e meno gravi di quelle di stato di “bisogno”, in quanto non annullano in modo assoluto la libertà di scelta, ma ne compromettono o riducono l’esercizio, possono essere anche solo momentanee ed in astratto reversibili; non devono essere valutate in senso soggettivo, ma in senso oggettivo, alla stregua di parametri tratti dalla prassi di mercato, al fine di evitare eccessive dilatazioni interpretative.



3/2017

Il reato di usura sembra essere tarato sulla oggettiva – presunta o in concreto – **sperequazione sensibile** tra prestazione e controprestazione nell'erogazione di somme di danaro e nell'esercizio del credito sotto il profilo della **convenienza e congruità economica**, più che nel pericolo di un aggravamento della preesistente posizione economica del soggetto passivo, tale da mettere a repentaglio valori primari.

La giurisprudenza di legittimità in un recente caso giudiziario ha delineato i caratteri dell'usura in concreto, evidenziandone i tratti distintivi e differenziali con la truffa contrattuale¹², prototipo di reato in contratto. Quest'ultima sarebbe infatti incentrata sulla tutela della libertà negoziale a prescindere dalle condizioni oggettive della regolamentazione contrattuale, piuttosto che sulla tutela del patrimonio individuale: in proposito si è chiaramente affermato che la fattispecie di truffa non è esclusa dal fatto che il raggirato abbia corrisposto il giusto prezzo della cosa fornitagli dall'agente, quando risulti che la cosa stessa non sarebbe stata acquistata senza gli artifici e i raggiri, o quando, pur avendo il raggirato ricevuto una prestazione equivalente e proporzionale alla propria, tale controprestazione sia inidonea a soddisfare un proprio bisogno personale, e persino qualora vi sia la perdita di diritti o l'assunzione di obblighi futuri.

Si è quindi enucleato il principio secondo cui la truffa contrattuale sia configurabile indipendentemente dallo squilibrio oggettivo ed economicamente accertabile tra le rispettive controprestazioni, sia dal versante dell'agente che della vittima, che ben potrebbero essere addivenuti a regolamento contrattuale sostanzialmente equo e legittimo sotto il profilo formale. Pertanto, nell'ottica penalistica, ai fini della sussistenza di un effettivo danno patrimoniale, l'ingiusto profitto del *deceptor* ed il correlativo danno del *deceptus* consistono essenzialmente nell'aver stipulato un contratto che altrimenti non sarebbe stato stipulato, o che sarebbe stato diversamente regolamentato, a nulla rilevando che venga pagato dal *deceptus* **un giusto corrispettivo** in cambio della prestazione conseguita.

1.8. Misurazione dello squilibrio economico e valori soglia.

¹² Cass. Sez. II, 25 marzo 2014, n. 18778. Nel caso di specie la suprema Corte ha ritenuto che fosse più corretta in astratto la configurazione dei fatti come truffa contrattuale, piuttosto che di usura in concreto, sulla base delle seguenti considerazioni: 1) l'apprezzamento dello squilibrio tra le prestazioni è difficilmente ancorabile a dati oggettivi e certi, pur avendo riguardo al tasso medio praticato in operazioni similari, lascia all'interprete troppo ampi margini di opinabilità; 2) trattandosi di derivati, la valutazione sul piano economico della complessa operazione può essere fatta valere soltanto alla scadenza dei contratti, in relazione all'effettivo andamento dei mercati internazionali, e non risultano configurabili veri e propri profili di danno oggettivamente rilevabili, dovendosi tenere conto – per valutare la proficuità o dannosità dell'operazione – anche degli effetti favorevoli immediatamente conseguiti. La Suprema Corte ha posto l'accento sul processo di formazione della volontà negoziale, che imponeva, di verificare (pur alla stregua del mero *fumus*) se, qualora effettivamente le vittime fossero stati correttamente informati, sarebbe stata evitata la stipula dei contratti dei derivati a condizioni non favorevoli. Sul punto, mi si consenta il rinvio MAGRO, *Truffa contrattuale e derivati: profilazione dell'investitore e standard di tutela penale*, in *Cass. Pen.*, 9, 2015, 437.

Occorre fare luce su un altro importante aspetto attinente alla struttura del reato, la quale è incentrata sulla tecnica normativa consistente nella previsione di “soglie di rilevanza penale del fatto”, ispirate all’esigenza di **misurazione della significatività** dello squilibrio economico del contratto.

Nel settore alimentare, ambientale, finanziario e bancario, il legislatore si avvale spesso della tecnica di descrizione della fattispecie incentrata sulla fissazione di valori – soglia cautelari, il cui superamento comporta automaticamente la consumazione del reato, spesso svincolata da una effettiva messa in pericolo di beni giuridici concreti. La valutazione di minore o maggiore pericolosità è avvenuta a monte ed è espressa dal dato tecnico costituito dalla determinazione di un valore soglia.

Nella fattispecie di usura il valore-soglia non denota una maggiore o minore pericolosità della condotta secondo una scala di progressione dell’offesa, né il limite oltre il quale il fatto – di regola lecito – assume rilevanza penale, ma segna il *discrimen* tra pericolo astratto e pericolo concreto: l’usura presunta, connessa al superamento del valore soglia, presenta la struttura del reato di pericolo astratto o presunto, mentre l’usura concreta, che prescinde dai valori soglia, la struttura del reato di pericolo concreto¹³.

Certamente tale presunzione legislativa di pericolosità nulla ha a che vedere con la sussistenza dello stato di bisogno della vittima e quindi con la sua particolare vulnerabilità, elemento questo scomparso nell’economia della norma. La presunzione legislativa attiene in radice al disvalore della condotta e vede collocare la fattispecie di pericolo astratto come primaria e quella di pericolo concreto come sussidiaria: vi è presunzione astratta nel caso di superamento del tasso soglia, in quanto il legislatore presume che gli interessi pattuiti siano “*sempre usurari*”, ovvero *sempre sproporzionati rispetto l’obbligazione principale* della controparte. Diversamente, nel caso di usura in concreto, gli interessi sono “*altresì*” usurari, *anche al di sotto della soglia legale*, se il giudice accerta in concreto una situazione di notevole o sensibile sproporzione tra una prestazione e l’altra; il giudizio di pericolosità è immediatamente connesso al fatto concreto, senza alcun filtro presuntivo da parte del legislatore, ed affidato al giudice.

Il tratto caratteristico dell’usura presunta, connessa al superamento del valore soglia, è che il livello in cui si colloca il giudizio di pericolosità di cui si accontentano legislatore e giudice appartiene al genere di condotta conforme al tipo, piuttosto che al fatto nella sua specifica ed unica individualità. Promesse o dazioni di interessi superiori del tasso soglia sono sussumibili sotto la classe di condotte che normalmente rivelano la vessatorietà e sproporzione delle condizioni contrattuali. Ma attenzione: il giudizio di pericolosità astratta, pur accontentandosi di una sorta di “idoneità generale” dell’azione che anticipa la soglia della tutela penale, richiede comunque la realizzazione di un pericolo reale e non di un pericolo immaginario o di minima entità. In un’ottica di

¹³ L’uso della tecnica dei valori-soglia non è indicativa in tal caso di una progressività dell’offesa, secondo un giudizio di graduazione minimo, al di sotto del quale il fatto riveste carattere di liceità. Al contrario, la soglia dell’usura presunta costituisce il limite massimo, oltre il quale scatta la presunzione di pericolosità della condotta.

graduazione del giudizio di offensività non è quindi esclusa la possibilità di formulare un giudizio complessivo sull'entità della sproporzione tra prestazioni, ad esempio in caso di sconfinamenti minimi dal tasso soglia.

1.9. *Segue: episodicità e minima entità dei superamenti del tasso soglia.*

Il tema dei valori-soglia e della loro funzione introduce la possibilità di una valutazione giuridica di lievi ed episodici sforamenti dal tasso soglia ai fini della graduazione dell'offesa.

Invero, la formalizzazione di un limite legale "rigido" dei tassi d'interesse non consente di diversificare tra "tassi appena ovvero molto più elevati della soglia consentita", non lasciando dunque alcun margine applicativo alla c.d. esiguità quantitativa, quale possibile indice di inoffensività del fatto¹⁴. L'usura presunta non lascerebbe scampo a minimi superamenti del tasso soglia: la presunzione è assoluta ed impedisce una graduazione dell'offesa. È appena il caso di rilevare che la minima entità dei superamenti del tasso soglia non apre le porte al giudizio complessivo sostanziale di tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* in ragione dei limiti edittali che relegano il delitto di usura tra i reati non bagatellari (gravi per scelta legislativa) per i quali si nega l'applicazione della causa di non punibilità.

Non resta quindi che trasferire la rilevanza della gravità del fatto dal piano dell'offesa al piano della colpevolezza, quale indice fattuale da cui poter dedurre l'assenza di dolo. Sono stati individuati i seguenti criteri funzionali alla verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo¹⁵: a) minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti; b) episodicità dei superamenti della soglia nel corso di rapporti bancari lunghi; c) controprova degli esiti dei diversi criteri di calcolo; d) contraddittorietà della normativa secondaria di settore.

Il primo elemento ("minima entità dei superamenti") sembra attenere più propriamente al piano obiettivo del danno patrimoniale, potendo eventualmente configurare la circostanza attenuante della "speciale tenuità" *ex art. 62, n. 4, c.p.*. Il secondo fattore è costituito dall' "episodicità dei superamenti", invero direttamente connesso alla natura accessoria dei costi eventuali o subordinati ad eventi esterni, piuttosto che in chiave soggettiva.

L'unico fattore effettivamente di natura soggettiva è "la presenza di normativa

¹⁴ MASULLO, *A due anni dalla riforma del delitto d'usura: una riflessione sulla nuova scelta strategica*, cit.; FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, cit., 685.

¹⁵ Cass. Sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro it.*, 2010, parte II, col. 382 "In tema di usura, la minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti, la episodicità dei superamenti stessi nel corso di rapporti bancari analizzati per un lungo lasso temporale (nella specie, sei anni), la presenza di normativa secondaria di settore, solo successivamente rievitata dalla Banca d'Italia, la certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti, costituiscono indici fattuali che depongono per l'insussistenza dell'elemento psicologico, non potendosi, in loro presenza, ragionevolmente ritenere la sussistenza della consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria".

secondaria di settore, contraddittoria, solo successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia"; elemento questo che introduce il tema dell'errore su legge extrapenale integratrice (V. *infra*).

2. Profili oggettivi del reato di usura. La condotta usuraria.

2.1. La promessa o la dazione di interessi usurari: la rilevanza dell'atto o del rapporto negoziale.

Sotto il profilo oggettivo, la struttura della condotta usuraria è incentrata sulla prodromica pattuizione contrattuale o sulla effettiva e materiale corresponsione di interessi a condizioni usurarie. Le due condotte descritte dall'art. 644 c.p. (il "*farsi dare*" o il "*farsi promettere*" interessi o vantaggi usurari) si articolano secondo un peculiare schema comune ad alcuni reati contro la Pubblica amministrazione, in termini di **progressività ed alterità** l'una con l'altra, ma non di reciprocità, nel senso che, una volta verificata la condotta di "*farsi dare*" interessi usurari (la dazione), non rileva giuridicamente quella cronologicamente antecedente del "*farsi promettere*" interessi usurari (la promessa)¹⁶.

Il reato sembrerebbe così costituito da due fattispecie strutturalmente destinate l'una ad assorbire l'altra ed aventi in comune l'induzione del soggetto passivo: la prima, cronologicamente antecedente, vuole che il reato si consumi con l'accettazione dell'obbligazione; la seconda con l'adempimento dell'obbligazione usuraria contratta¹⁷. Pertanto, ai fini del perfezionamento del reato, basta la sola ed istantanea accettazione del regolamento contrattuale usurario, anche se rimasto totalmente inadempito (non sono stati corrisposti né il capitale residuo effettivamente mutuato, né gli interessi usurari). Ma se il regolamento contrattuale ha avuto esecuzione, il reato si perfeziona con la dazione (integrale o anche solo parziale) degli interessi usurari, e la precedente pattuizione viene assorbita dalla successiva dazione, perdendo rilevanza giuridica.

Il *discrimen* tra promessa e dazione andrebbe quindi ricercato nell'esecuzione o meno della "*obbligazione usuraria*" da parte del mutuatario. In sostanza, si tratta della distinzione tra atto negoziale e rapporto giuridico: nella "*promessa*" la condotta rilevante consiste nel raggiungimento di un accordo concernente la corresponsione di interessi usurari (un atto negoziale); nella "*dazione*" la condotta consiste nella esecuzione della prestazione contrattuale di pagamento di interessi usurari, in relazione all'instaurarsi e al perdurare nel tempo del rapporto negoziale (esecuzione dell'obbligazione).

Tuttavia vi sono diverse indicazioni normative che lasciano supporre una progressione inversa tra promessa e dazione, che mette l'accento sulla pericolosità della promessa. La regolamentazione attuale del fenomeno dell'usura lascia intravedere una

¹⁶ Cass. Pen. Sez. II, 2 dicembre 2014, n. 50397.

¹⁷ Cass. Pen. Sez. II, 8 ottobre 2015, n. 40380.

valorizzazione del disvalore dell'atto negoziale, e correlativamente una svalutazione del rapporto negoziale che sembra invertire il rapporto tra promessa e dazione: non è la dazione ad assorbire la promessa, ma la promessa – e ogni nuova promessa – ad assorbire le dazioni. Il tema verrà ripreso in seguito.

L'assunto di una perdita di rilevanza della progressione promessa-dazione sembra supportato dalla posizione giurisprudenziale in tema di consumazione e di continuazione del reato. Se la dazione avviene attraverso una pluralità di corrisposizioni, ogni singola dazione fa parte a pieno titolo del reato di usura, che peraltro resta unico sino a quando non si abbia la stipulazione di un nuovo patto usurario. La condotta usuraria è unica anche in presenza di plurimi versamenti di interessi pur essendo subentrate delle variazioni nelle condizioni del rapporto, sino a quando non si abbia la prestazione di un nuovo capitale, o la fissazione del capitale in diverso importo o di diversi interessi; situazione quest'ultima che determina il configurarsi del reato continuato, in quanto si è in presenza di nuove pattuizioni¹⁸. Ciò significa che ogni volta che si modifica o si rinnova il patto, vi è una *nuova* promessa usuraria ed un *nuovo* reato di usura, magari in continuazione con quello precedente, se vi è continuità cronologica tra le dazioni.

Questa applicazione giurisprudenziale sembra invertire l'originario rapporto di alternatività e progressione tra promessa e dazione: non è la dazione ad assorbire la promessa, ma la promessa – e ogni nuova promessa – ad assorbire le successive dazioni, con conseguente enfattizzazione dei profili di pericolosità del reato¹⁹.

2.2. Pericolo, danno e profitto confiscabile.

Deve ritenersi che l'usura (in astratto e in concreto) – a differenza della truffa contrattuale che è sempre reato di danno – è sempre un reato di pericolo (di pura condotta).

Con la *promessa usuraria* il legislatore ha scelto di punire uno stadio prodromico del giudizio probabilistico di danno, con uno spostamento temporale rispetto la concreta attuazione. La condotta di pattuizione di interessi usurari indizia già a monte una scelta di anticipazione della soglia della punibilità, in quanto condotta destinata ad essere assorbita nell'attuazione di regolamento contrattuale sbilanciato. Se poi si tratta di superamento del tasso legale, la presunzione legislativa di pericolosità è doppia e raggiunge il massimo di astrazione: il pericolo di sperequazione delle condizioni contrattuali è anticipato all'inverosimile, fino a lambire il momento della assunzione di un impegno negoziale squilibrato. Dunque la fattispecie della *promessa usuraria* assume sempre le vesti di reato di pericolo.

¹⁸ Cass. pen., Sez. VI, 27 aprile 1998 n. 1601, Leoni, Rv. 213410; Cass. pen., Sez. II, 18 febbraio 1988 n. 5633, Mascioli, Rv. 178350.

¹⁹ MANTOVANI, *Diritto penale, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, 233, secondo cui nel caso in cui il delitto si perfezioni con la sola promessa si sarebbe in presenza di reato di pericolo con dolo di danno.

Ma la condotta di *dazione* di interessi o vantaggi usurari? Qui il profilo di danno economico sembrerebbe evidente. Tale conclusione deve essere mantenuta anche nel caso di corresponsione parziale degli interessi corrispettivi usurari ultra soglia? Nelle ipotesi assai frequenti di adempimento frazionato e parziale (in cui si è restituita una piccola quota di capitale, o neppure questo), oppure nei frequenti casi di rinnovi e modifiche dei piani di rientro, il reato di dazione usuraria può prescindere dal prodursi di danno economico per la parte contrattuale più debole. La condotta di “*farsi dare interessi o vantaggi usurari*” mantiene la fisionomia di reato di danno anche qualora il danno economico sia futuro e non sia stato ancora subito?

La configurazione attuale della norma lascia propendere per una risposta negativa. Il reato di usura costituisce una fattispecie di pura condotta priva di evento di danno che punisce lo squilibrio economico tra prestazione e controprestazione, in ragione del processo di smaterializzazione dell’interesse protetto che ho cercato di descrivere. Pertanto, anche la dazione (ovvero l’inizio dell’esecuzione dell’obbligazione usuraria) assume i tratti del reato di pericolo.

In più, la soluzione che propende per un inquadramento come reato di pericolo sembrerebbe sostenuta da un’interpretazione coordinata degli articoli 644 c.p. e 1815, co. 2, c.c. da cui si comprende che è sull’originaria pattuizione che si appunta il disvalore del fatto rispetto al quale la successiva condotta del «farsi dare» può solo produrre un incremento di contenuto o, semmai, integrare la circostanza aggravante di cui all’art. 61, n. 8, c.p.²⁰.

Tuttavia, gli aspetti attinenti al danno economico assumano rilevanza sotto il profilo fattuale: ad esempio ai fini dell’accertamento della oggettiva significativa sproporzione nell’usura in concreto²¹.

Ancora, la considerazione del profilo del danno economico ai fini dell’applicazione della confisca obbligatoria. Infatti, in tema di confisca obbligatoria degli interessi o vantaggi usurari, anche per equivalente, si è posta la questione: a) se la confisca possa essere disposta a condizione che il debitore abbia effettivamente rimborsato il capitale erogato; b) se il profitto confiscabile debba includere gli interessi pattuiti, ma non riscossi, o soltanto quelli effettivamente percepiti; c) se debbano essere detratti gli interessi legali al netto dei profitti illegittimi; d) se il profitto confiscabile debba includere oneri e altri vantaggi anche se privi di carattere usurario.

In proposito, la giurisprudenza ha escluso la confiscabilità di vantaggi non ancora conseguiti, ma solo pattuiti, posto che la confisca obbligatoria non può riguardare mere potenzialità che non trovino corrispondenza in dati reali, salvo a precisare che gli interessi non debbono essere “concretamente corrisposti”, ma possono essere corrisposti anche mediante la consegna di titoli di credito, come è avvenuto nel caso di contabilizzazione da parte della banca a proprio favore della voce passiva con

²⁰ BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 141 ss..

²¹ Ritiene che l’aspetto del danno economico sia assai incidente se si tratta di usura in concreto, per la quale viene affidato al giudice il compito di accertare la sperequazione tra prestazione e controprestazione, e quindi la significatività del danno economico, ZANCHETTI, *op.cit.*, 562.

conseguente riduzione dell'esposizione debitoria²². Sebbene il reato debba intendersi consumato con la sola pattuizione degli interessi oltre soglia, è necessario che vi sia stato un effettivo arricchimento patrimoniale a seguito della dazione, affinché sussista un profitto patrimoniale oggetto di confisca.

Per quanto riguarda le altre questioni, si è affermato che non è possibile detrarre dalla somma confiscata la parte di interessi legali che l'imputato aveva comunque diritto ad incassare a fronte di prestiti effettivamente erogati. La qualificazione di interessi usurari ricomprende ed assorbe, per la natura illecita del negozio, anche la parte di interesse che si sarebbe mantenuto nei limiti della legalità²³: da qui la confisca anche di remunerazioni e oneri, a prescindere dalla natura usuraria o meno, o anche di interessi corrisposti a titolo di rimborso di capitale o interesse lecito.

2.3. La promessa usuraria: caratteri.

Occorre a questo punto riflettere sulle caratteristiche della condotta di "*farsi promettere*" o "*farsi dare*" il pagamento di interessi usurari. Entrambe presentano i caratteri propri delle condotte induttive di interferenza motivazionale su di un altro soggetto²⁴.

La promessa usuraria, in particolare, presuppone una proposta ed una accettazione, o comunque il perfezionamento di un accordo tra due soggetti. Sul versante dell'autore, la condotta di "*farsi promettere*" perde fortemente la sua essenza induttiva a causa del venir meno nella fattispecie base di qualunque requisito che la supporti (l'approfittamento dello stato di bisogno), di talché si può ritenere che l'influenza motivazionale che la condotta del reo sortisce sulla decisione della vittima è scarsissima. Anche la condotta induttiva di "*farsi dare*" perde qualunque valenza di coercizione anche lieve sulla volontà della vittima. Non è un caso che la giurisprudenza non attribuisca particolare peso neppure alla richiesta di restituzione del prestito o di pagamento delle rate da parte del reo²⁵.

È invece sul versante della vittima che occorre fare alcune notazioni, alla luce della *ratio* incriminatrice. Il legislatore sostanzialmente dà per scontato un disequilibrio in termini di potere di mercato tra le due parti contrattuali, indiziato dal fatto che una di queste ha accettato un regolamento contrattuale che contiene clausole svantaggiose sotto il profilo economico. È questa situazione di vulnerabilità del contraente debole che sollecita la tutela penale.

²² Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2015 n.1998.

²³ Cass. pen., Sez. II, 03 giugno 2014 n. 32675.

²⁴ PERSIO, *Il concetto unitario di promessa*, in *Riv.pen.*, 2009, 909; PEDRAZZI, *La promessa del soggetto passivo nei delitti contro il patrimonio*, in *Riv.dir.pen.*, 1952, 337.

²⁵ Si è affermato che, sebbene la richiesta possa costituire un elemento logico di determinazione del tasso applicato in origine, non consente di prescindere da una valutazione delle pattuizioni usurarie al fine di chiarire se, quando e con quali modalità, siano stati pattuiti interessi usurari.



3/2017

Alla luce di questa *ratio* di tutela, discende che solo una **promessa seria, effettiva**, assunta con il consapevole impegno di provvedere all'adempimento dell'obbligazione usuraria, **scevro da riserva mentale**, merita tutela e indizia un bisogno di tutela penale. Diversamente, colui che, privo delle necessarie garanzie patrimoniali, accetta e promette qualunque condizione usuraria e sbilanciata, pur di ottenere nell'immediato liquidità, con il proposito contestuale alla promessa, di non restituire né capitale anticipato né interessi, non dovrebbe trovare alcuna tutela.

Inoltre, se è chiara la scelta legislativa di punire la condotta di "pattuizione di pagamento di interessi usurari" anche quando questa sia del tutto inadempita, ci si chiede se e fino a che punto la tutela penale del contraente debole possa legittimamente spingersi fino ad anticipare la soglia della punibilità alla mera promessa o alla mera pattuizione di clausole squilibrate e svantaggiose che oltrepassino (o possano eventualmente oltrepassare) il tasso soglia, nell'ipotesi in cui il contratto non abbia mai avuto esecuzione e sia rimasto "nella carta", ovvero non vi sia stata l'erogazione del danaro. La condotta del *farsi promettere*, sul versante del reo, è a condotta libera e suppone semplicemente l'erogazione del credito e l'impegno del promittente a corrispondere interessi o vantaggi usurari.

È evidente che anche questa ipotesi deve essere esclusa dall'ambito applicativo della fattispecie: se non vi è erogazione del capitale, non vi è promessa che, per quanto possa essere usuraria, sia penalmente rilevante. Il reato di usura implica necessariamente l'esecuzione dell'obbligazione dalla parte del mutuante. Non è concepibile la promessa di adempimento di un'obbligazione usuraria senza il suo antecedente logico e cronologico, costituito dalla corresponsione della somma capitale da parte del mutuante. A ritenere il contrario, si finirebbe per sanzionare penalmente il mero accordo in violazione della disciplina civilistica, ben oltre i limiti costituzionali dell'offensività e della meritevolezza della pena.

A quale idea si ispirerebbe la penalizzazione delle condotte di mera "pattuizione sulla carta" di interessi usurari, non seguita da nessuna effettiva esecuzione da nessuna delle parti obbligate delle prestazioni, compreso il mutuante? Questa lettura coerente con il principio di offensività nega vigorosamente che la mera pattuizione di un contratto usurario che rimane "sulla carta", cui non segue l'esecuzione della prestazione principale di consegna della somma mutuata, meriti tutela penale, in ossequio al principio di ragionevolezza.

La sufficienza del solo accordo ai fini del perfezionamento del reato (che tenga conto persino dei possibili scenari futuri probabilistici) – anche a prescindere dalla corresponsione della somma mutuata – farebbe arretrare l'interpretazione della norma vigente verso un modello etico – paternalistico forte e rafforzato cui mai si era assistito. Così ragionando la promessa di obbligazione usuraria sarebbe un reato senza offesa.

La scelta legislativa, più volte ribadita, di punire la mera pattuizione di interessi usurari si deve collocare pur sempre in un'ottica di tutela del contraente debole, svantaggiato da un regolamento contrattuale connotato da un sinallagma sbilanciato, e di prevenzione del rischio del credito. La soluzione suddetta peraltro è coerente con la natura di reato di pericolo, cui discende necessariamente la non configurabilità del tentativo. La mera pattuizione di interessi cui nessuna delle parti abbia dato esecuzione



3/2017

(neppure da parte dell'erogatore del credito, a vantaggio del quale ridonda la regolamentazione contrattuale) sarebbe una sorta di tentativo inidoneo non punibile.

2.4. La dazione (integrale o frazionata) dell'obbligazione usuraria. Consumazione e prescrizione.

Esaminiamo adesso la condotta di "*farsi dare*". *Quid iuris* nei casi assai frequenti di usura bancaria, in cui non vi è un "*adempimento integrale dell'obbligazione usuraria*", ma un adempimento parziale, rateizzato, del solo capitale, o di capitale misto ad interessi usurari, che si inserisce in un piano di rateizzazione e di ammortamento di capitale e interessi, come accade nel caso di contratti di mutuo o di *leasing*?

La dottrina e la giurisprudenza dominante fino alla riforma del 1996, erano dell'opinione che, trattandosi di reato istantaneo che si consuma nel momento della pattuizione, la dazione di interessi usurari frazionata e ripartita nel tempo non determinasse la permanenza del reato ma soltanto la permanenza degli effettivi lesivi del reato: l'effettiva dazione di interessi o vantaggi usurari rimaneva, quindi, estranea alla rilevanza penale, costituendo un *post factum* non punibile.

A questa posizione si contrappose quella più rigorosa sotto il profilo logico, secondo cui la consumazione dell'illecito avrebbe al contrario dovuto coincidere con l'ultima dazione degli interessi usurari, cioè con l'integrale adempimento dell'obbligazione.

Più recentemente, le questioni in tema di consumazione e perfezionamento del reato devono tenere conto dell'art. 644 ter c.p., disposizione che completa il quadro normativo, con la quale è stato modificato il regime della prescrizione del reato, stabilendosi che il termine inizia a decorrere "*dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale*". Sicché deve assolutamente ritenersi che il momento conclusivo dell'iter *criminitis* abbracci tutte le successive dazioni (ricostruzione comune anche ad alcune ipotesi di truffa contrattuale) inerenti allo svolgersi del rapporto negoziale, e la prescrizione non può che decorrere dal momento dell'ultimo pagamento (o dalla cessazione dei pagamenti).

Pertanto, alla luce di questa disposizione, la tendenza è di configurare l'usura sempre e comunque come reato istantaneo (di pericolo) che, nel caso di rateizzazione del pagamento di interessi usurari, si presenta come un'unica condotta frazionata, o a consumazione prolungata, nel senso che la consumazione comprende tutti i successivi atti di riscossione degli interessi usurari, anche se relativi alla sola obbligazione principale di corresponsione della somma capitale mutuata, per tutta la fase della esecuzione del rapporto negoziale sino a quando non cessano le dazioni degli interessi. Poco importa che l'inizio dell'esecuzione riguardi la parziale restituzione del capitale mutuato, oppure che riguardi una parte degli interessi corrispettivi nella misura del tasso legale, o gli interessi usurari, o ancora spese e remunerazioni, il reato si è comunque perfezionato.

Anche in giurisprudenza, sembra essere questa, allo stato, l'interpretazione prevalente: confermata la natura istantanea del reato di usura che si perfeziona con la pattuizione degli interessi, si ritiene che, laddove alla promessa segua la dazione

effettiva, questa faccia parte a pieno titolo del fatto lesivo rilevante segnando il momento consumativo sostanziale del reato²⁶.

La decisione circa il carattere istantaneo o permanente del delitto di usura non è di lieve momento, comportando quest'ultima soluzione la penale rilevanza anche di comportamenti di concorso nel reato che sopravvengano solo nella fase della riscossione²⁷. La giurisprudenza, infatti, si è interrogata sulla penale responsabilità, a titolo di concorso, di colui che, non avendo preso parte alla pattuizione, si occupa soltanto della riscossione degli interessi. Le sentenze prevalenti, ad oggi, parlano di reato a consumazione prolungata o a condotta frazionata e, per questo, concludono che colui il quale riceve l'incarico di recuperare il credito usurario e riesce ad ottenere il pagamento, concorre nel reato di usura, in quanto con la sua azione volontaria fornisce un contributo causale alla verifica dell'elemento oggettivo del reato; viceversa, nel caso in cui il soggetto non riesca a ottenere il pagamento del credito usurario, il momento consumativo del reato resta quello originario della pattuizione, quindi, anteriore alla data dell'incarico, con la conseguenza che il "mero esattore" scelto in epoca successiva non concorre nel delitto di usura²⁸.

2.5. Il tempo della rilevazione del tasso usurario: il doppio ruolo della promessa usuraria nella struttura del reato.

L'art. 1, co. 1, d.l. 29.12.2000, n. 394 (conv. con l. 28.2.2001, n. 24), stabilisce che «*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 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 convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*». In tal modo, se da un lato il reato si consuma – e la prescrizione decorre – solo con l'ultimo pagamento di capitale e interessi, è al momento della pattuizione che occorre fare riferimento nella rilevazione della usurarietà del tasso²⁹.

²⁶ Va rilevato tuttavia che, con l'art. 644 *ter* c.p. il legislatore ha spostato ulteriormente la decorrenza del termine prescrizione, qualora la restituzione del capitale abbia luogo in data posteriore all'ultima corresponsione degli interessi usurari. In dottrina si è giustamente criticata la formula dell'articolo in discorso, che considera rilevante ai fini della prescrizione, a fianco al giorno dell'ultima riscossione degli interessi, anche quello dell'ultima riscossione del capitale (più correttamente, si dovrebbe parlare di una "restituzione"). Invero, si è sottolineato che, da un lato, è il solo interesse ad essere usurario e, dall'altro, la restituzione del capitale è comunque un atto doveroso per il debitore (anche civilisticamente, posto che l'art. 1815 c.c. prevede che, se in un contratto sono pattuiti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi non sono dovuti), ed in quanto tale penalmente indifferente. Inoltre, la norma in discorso appare difficilmente applicabile all'usura reale, ove non esiste un capitale, nonché al caso in cui il corrispettivo usurario sia rappresentato da "altri vantaggi".

²⁷ Si è affermato che con le formule del *farsi dare o promettere* si esprime l'esigenza di un'attività induttiva del soggetto, escludendo dall'incriminazione la semplice riscossione, FIORELLA, *Appunti sulla struttura del delitto di usura*, cit., 230 s.

²⁸ Cass. Pen., Sez. II, 13 ottobre 2005 n. 4104.

²⁹ MUCCIARELLI, *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108*, cit., 537; PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usuraio*, cit., 771 ss.

Da parte di molti si è azzardata l'idea che la legge *de quo* erroneamente sia stata qualificata di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., trattandosi piuttosto di normativa che ha inciso *ex novo* ed assai profondamente sulla portata applicativa del precetto, alterando lo schema di condotta alternativa, a tutto favore della promessa o pattuizione di interessi usurari, con forte esaltazione della dimensione di pericolosità della fattispecie³⁰.

Quest'impostazione può giungere a soluzioni estreme, soprattutto nell'ambito dell'erogazione del credito da parte di istituti autorizzati, ove la pattuizione è sempre scritta e ben regolamentata: *l'absurdum* è ritenere usura anche una dettagliata e minuziosa regolamentazione contrattuale "sulla carta", qualora essa preveda clausole e costi inerenti l'erogazione del credito al momento della pattuizione non produttive di effetti, ma destinate ad azionarsi solo nel futuro, eventualmente, in caso di inadempimento, al verificarsi di condizioni esterne, o di qualunque mutamento degli scenari probabilistici.

Invero, l'introduzione della norma di interpretazione autentica rinnova la questione del rapporto tra promessa usuraria e dazione. Come conciliare la natura di reato istantaneo a condotta duplice e alternativa con la suddetta previsione legislativa che impone di riferirsi alla pattuizione ai fini della determinazione del costo complessivo del credito? Deve essere rivalutata la tesi secondo la quale il reato si perfeziona con la sola pattuizione, mentre il pagamento degli interessi costituisce un *post factum* non punibile? In proposito, si prospettino due strade.

La prima consiste nel ritenere che il legislatore si sia limitato a risolvere questioni concernenti il momento della rilevazione del tasso soglia a prescindere dal momento dell'adempimento, senza alterare il rapporto tra le due condotte alternative. Seguendo questa linea di pensiero, l'atto negoziale della pattuizione costituisce sempre una condotta alternativa di perfezionamento del reato (che resta assorbita dalla dazione dell'obbligazione usuraria) ma che svolge un doppio ruolo ai fini della determinazione del costo complessivo del credito. La promessa rileva come ora condotta, ora come atto giuridico ai fini della determinazione del tasso soglia oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (anche quando come condotta resta assorbita dalla dazione).

La seconda prospettiva è invece quella che valorizza lo spostamento all'indietro della pericolosità: la condotta di pattuizione negoziale esprimerebbe il momento cruciale di disvalore sempre, a prescindere da successive dazioni. L'intervento normativo avrebbe quindi innovato profondamente la struttura del reato, focalizzando il disvalore del fatto sempre sulla promessa usuraria, a prescindere che vi sia stato o meno adempimento, con conseguenze sulla definizione del momento consumativo del reato.

Tuttavia si ritiene comunemente che l'interpretazione autentica operata dal legislatore si sia limitata a risolvere questioni pratiche concernenti esclusivamente il momento della rilevazione del tasso soglia a prescindere dal momento dell'adempimento al fine di negare rilevanza alla c.d. *usura sopravvenuta* nelle ipotesi di

³⁰ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 29 del 14 dicembre 2002, ha dichiarato l'inammissibilità o la manifesta infondatezza delle diverse questioni sollevate con riferimento alla richiamata disposizione interpretativa.



3/2017

dazione rateizzata e frazionata nel tempo, ove la quantificazione e rilevazione del danno patrimoniale potrebbe essere diluita nel tempo e non attuale. Il legislatore ha scelto di fissare, per queste ipotesi, nel momento della pattuizione del regolamento contrattuale il tempo della verifica di legittimità del tasso. Quel tempo coincide con la definizione dell'atto giuridico, che costituisce il presupposto del reato. Deve quindi ritenersi che la promessa costituisca solo una delle **condotte alternative** di perfezionamento del reato che resta assorbita qualora vi sia la dazione dell'obbligazione usuraria, ma se intesa come **atto negoziale**, pur avendo perso rilevanza autonoma, costituisce **comunque e sempre** il momento cui riferirsi ai fini della determinazione del costo complessivo del credito. Ai fini della rilevazione del superamento del tasso soglia, per volontà legislativa, **l'osservazione deve retrocedere al momento della pattuizione.**

3. Il procedimento di determinazione degli interessi usurari.

3.1. Il procedimento legale di determinazione del Tasso Soglia Usura (TUS) (art. 644 comma 3 c.p.).

Il tratto saliente della legge del 1996 è l'introduzione di un criterio obiettivo di qualificazione dell'usurarietà degli interessi, definito attraverso il superamento di un tasso soglia (TUS). Com'è noto, l'incriminazione dell'usura presunta si avvale – non senza destare critiche in termini di legalità e tassatività – della tecnica delle c.d. leggi penali in bianco, in quanto il legislatore ha scelto di rinviare alla legge per la definizione del «*limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*» (art. 644, co. 3, c.p.)³¹.

Alla determinazione del tasso soglia provvede l'art. 2 della l. n.108 del 1997, successivamente modificata dalla legge n. 106 del 2011: il limite soglia coincide con il tasso medio globale effettivo (TEGM), rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale: in particolare, il tasso soglia corrisponde attualmente al predetto tasso medio, aumentato «*di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali*», sempre che la differenza tra i due non superi otto punti percentuali.

La determinazione del tasso usurario, per effetto del rinvio alla legge contenuto al comma 3 dell'art. 644 c.p. è affidata ad organi amministrativi (Ministro dell'economia ea Banca d'Italia) e alla loro produzione normativa. Questi organi amministrativi hanno il compito di rilevare trimestralmente il tasso medio globale effettivo e poi di applicare

³¹ L'art. 644 c.p. effettua un rinvio mobile non solo alla legge che stabilisce il procedimento di determinazione del tasso soglia, ma implicitamente, a tutta la normativa in tema di produzione di interessi e di regolamentazione dei contratti di finanziamento, ovvero anche alla normativa in tema di interessi e di anatocismo, di capitalizzazione degli interessi, più volte rimaneggiata dal legislatore. In questo senso, tutte le modifiche normative sarebbero implicitamente richiamate e confluiscono a valle nella determinazione del tasso soglia ex art. 644 c.p.

le maggiorazioni previste dalla legge³². Il procedimento fa sì che il tasso soglia si ricavi applicando un margine stabilito dalla legge al tasso medio applicato sul mercato, assunto come valore oggettivo di equilibrio nei rapporti tra creditore e debitore.

Il sistema di repressione dell'usura presunta si fonda in definitiva sull'assunto che il meccanismo concorrenziale del libero mercato garantisce, in condizioni di tendenziale parità, un livellamento del tasso medio in modo soddisfacente sia per i creditori (banche e intermediari) che per i debitori (prenditori di finanziamenti e mutui), che concorrono a determinare, con le loro decisioni economiche, il tasso medio, e in definitiva anche il tasso soglia.

3.2. Discrezionalità tecnica e differenza concettuale tra TEGM e TEG.

Occorre innanzitutto distinguere la natura e la funzione del tasso medio globale (TEGM) rispetto al tasso applicato al cliente in relazione al singolo rapporto con la banca, ovvero il costo complessivo del credito (TEG).

Le rilevazioni trimestrali del Ministero del Tesoro hanno la sola ed esclusiva funzione di fissare il tasso globale medio (TEGM), non anche quella di fissare i termini di verifica del giudizio di legittimità della fattispecie concreta (TEG). Da questa premessa, secondo alcuni studiosi della materia, scaturisce la differenziazione concettuale tra TEGM e TEG. Diversa è la prospettiva che guida la rilevazione dei tassi (TEGM) da quella che guida la verifica del rispetto del limite soglia (TEG). Nella rilevazione statistica del tasso globale medio la Banca d'Italia assume un ruolo decisivo, quale organo deputato a fotografare l'andamento dei tassi medi di mercato, praticati da banche e intermediari sottoposti alla sua vigilanza, e distinte per classi di operazioni. In quest'ambito, la Banca d'Italia sceglie la metodologia di rilevazione e organizzazione dei dati da aggregare, anche scegliendo di escludere alcuni costi o oneri. La scelta è di discrezionalità tecnica: un eccessivo ampliamento delle voci di oneri, spese e remunerazioni da includere ai fini del calcolo del TEGM potrebbe essere disfunzionale rispetto agli obiettivi di tutela, determinando un tasso medio più elevato.

Diversamente, quando si tratta di rilevare il TEG della singola operazione creditizia, la Banca d'Italia è soggetta esclusivamente alla legge e il margine di discrezionalità tecnica si appiattisce fino a scomparire. Mentre per quanto attiene la rilevazione statistica del tasso globale medio, l'organo amministrativo gode di un margine di discrezionalità abbastanza ampio, scegliendo parametri e elementi di costo da aggregare, per quanto riguarda la determinazione del TEG i margini si riducono fortemente, posto che, come vedremo, il legislatore ha "vincolato" l'interprete in modo da evitare aggiramenti della norma penale. Nel TEG deve confluire ogni costo, remunerazione, corrispettivo comunque determinato.

³² Ai fini della valutazione della natura usuraria del tasso di interesse in concreto applicato occorre rapportarsi al tasso effettivo globale, indicativo del costo complessivo della singola operazione finanziaria (TEG), precisamente effettuando una comparazione tra TEG e TEGM (tasso effettivo globale medio), a sua volta aumentato di un quarto come TUS.



3/2017

TEGM e TEG si riferiscono dunque a operazioni distinte, rispondenti a funzioni diverse e aventi ad oggetto aggregati di costi non sono perfettamente sovrapponibili: per quanto riguarda la rilevazione del tasso medio, opera una ampia discrezionalità affidata agli organi tecnici; ma gli stessi organi tecnici sono costretti a rispettare la norma penale nella determinazione del tasso soglia e nella verifica della usurarietà del tasso effettivo del credito. Funzione del TEGM (quindi delle istruzioni della Banca d'Italia) è effettuare una rilevazione statistica, ove vengono operate scelte tecniche ed anche esclusioni (ad esempio alcune tipologie di operazioni creditizie, crediti agevolati, difficili etc.). Funzione del TEG è invece quella di definire il limite massimo della forbice all'interno del quale il corrispettivo può essere determinato legalmente e costituisce il parametro di verifica della legalità penale.

3.3. *Discrezionalità tecnica e determinazione delle categorie creditizie.*

I margini di discrezionalità tecnica non riguardano solo la rilevazione statistica dei tassi medi, ma concernono anche un'importante fase del procedimento di determinazione del tasso soglia: la definizione delle categorie omogenee di operazioni di credito. Infatti l'art. 2 della legge 108/96 stabilisce che la rilevazione statistica del trimestre precedente debba essere differenziata e classificata per operazioni della stessa natura. Attualmente il decreto del Ministero e dell'economia e delle finanze del 23 novembre 2013 classifica 11 operazioni creditizie per categorie omogenee ai fini della rilevazione dei dati effettivi globali medi, escludendone altre (ad esempio, operazioni a tasso agevolato, crediti ristrutturati, operazioni in valuta, posizioni classificate a sofferenza, finanziamenti revocati, etc.).

In quest'ambito la Banca d'Italia esercita una amplissima discrezionalità tecnica che non trova limite nella legge penale e che tuttavia ha una fortissima incidenza sulla definizione del tasso soglia da applicare all'operazione, in quanto sussistono soglie differenti. La classificazione della natura del negozio intercorso tra le parti spesso è affidata all'operatore bancario e dipende da criteri assai flessibili, quali l'importo, la durata del finanziamento, la sussistenza di garanzie prestate in ragione del rischio dell'operazione.

3.4. *Gli aggregati di costi da computare nel calcolo del TEG. L'art. 644 comma 4 c.p.*

Il problema è stabilire *cosa* si possa o debba computare nel TEG (tasso in concreto applicato al cliente) e *cosa* si possa o debba computare nel TEGM.

In proposito, nel comma 4 dell'art. 644 c.p., il legislatore ha inserito una norma: *“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”*. Questa formula ha una funzione esplicativa del precetto previsto al primo comma, in quanto specifica il novero degli elementi o aggregati da considerare come *“corrispettivi”* nella rilevazione del TEG: si intende per *“corrispettivo”* (e quindi



3/2017

rientra nel costo del credito) non solo quanto esplicitamente e formalmente denominato come tale (appunto, gli interessi corrispettivi), ma ogni altro costo, remunerazione, commissione a qualsiasi titolo, ancorché estraneo o in posizione accessoria rispetto al sinallagma, purché *collegato all'erogazione del credito*. Di più: il legislatore specifica che nel calcolo del costo complessivo del credito, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia è irrilevante il *nomen iuris* della remunerazione, costo o commissione pattuita in favore della banca; l'elencazione non è tassativa, in quanto vale ad includere ogni tipo di onere, costo e spesa, comunque denominata, che determini di fatto uno sbilanciamento tra prestazione e controprestazione.

È chiara la *ratio* ispiratrice del comma 4, da leggersi sempre in funzione sostanzialistica di tutela ed esplicativa della nozione penalistica di "*corrispettivo di una prestazione di danaro*" contenuta nel primo comma: evitare condotte fraudolente di elusione formale del divieto penale, laddove sotto la voce "*corrispettivi*" viene indicato un tasso irrisorio, ma in cui compaiono voci di costo e remunerazioni esosissime, tali da determinare una complessiva ripartizione degli obblighi sproporzionata a tutto svantaggio di una parte. Anche una previsione relativa ad obbligazioni accessorie, marginali rispetto l'obbligazione principale, a remunerazioni previste a vario titolo, può sostanzialmente camuffare un interesse usurario, e quindi un sostanziale aggiramento della norma. Il concetto di "*corrispettivo*" della controprestazione è quindi assunto in termini tecnici. Il legislatore penale ne fa un uso improprio, e perciò specifica che, a qualunque titolo tali prestazioni siano assunte, dovranno confluire comunque nella valutazione giudiziale del superamento del tasso soglia.

Ricordiamo la *ratio* del divieto di usura contrattuale: ciò che il legislatore vuole punire è la previsione di un regolamento contrattuale che risulta, in via presuntiva per superamento del tasso soglia o in concreto, squilibrato. Da qui la necessità di sottoporre sempre al vaglio del magistrato, nella verifica della natura usuraria del tasso, tutto il regolamento contrattuale e non solo le previsioni che regolano le controprestazioni, in modo da verificarne il complessivo equilibrio/squilibrio del sinallagma, il rapporto di proporzione tra ciascuna delle controprestazioni, affinché non vi sia una elusione della norma penale mediante la stipula di un negozio simulato. Una previsione di corrispettivi apparentemente equilibrata ben potrebbe celare un'usura occulta o simulata, mediante la previsione di remunerazioni implicite o esplicite talmente costose da far innalzare il costo del credito oltre il tasso soglia. La previsione del comma 4 attribuisce rilevanza ai fini della rilevazione del tasso non solo alla prestazione principale relativa alla dazione del corrispettivo, ma anche tutti gli eventuali oneri e remunerazioni che potrebbero dissimulare la previsione di interessi usurari. Essa si colloca in un'ottica di tutela completa, sostanziale, non formalistica, che la accomuna, sotto il profilo della *ratio*, all'usura in concreto.

Al legislatore penale interessa che non vi sia un sostanziale aggiramento del divieto, descritto in termini presuntivi nel caso di superamento del tasso soglia, o in termini concreti, qualora il complessivo regolamento contrattuale riveli un disequilibrio individuabile *ictu oculi*. Poco importa se la controprestazione risulti sbilanciata per effetto di spese, oneri aggiuntivi e via dicendo, o per effetto della previsione di un tasso usurario secco.



3/2017

Nell'ambito del differenziale tra tasso medio e tasso soglia si colloca la libertà contrattuale del finanziatore che può coprire i costi e i rischi del credito, determinare l'entità delle prestazioni aggiuntive. Se il tasso ordinario praticato si colloca in corrispondenza al valore di mercato, vi sono i margini per una maggiorazione per i costi eventuali. Se invece il tasso praticato si colloca a ridosso della soglia d'usura, ciò significa che il rischio di insoluto è stato già valutato e il margine di oscillazione in caso di inadempimento comporterà un superamento della soglia.

3.5. I limiti della legge penale nella rilevazione del costo complessivo dell'operazione (TEG).

Occorre a questo punto soffermarsi sul tema del ruolo degli organi amministrativi nella individuazione del precetto penale. Ci si chiede se l'art. 644 comma 4 c.p. contenga una delega espressa o implicita alla normazione secondaria non solo ai fini della rilevazione del tasso medio globale (TEGM), ma anche ai fini della individuazione delle voci di costo inerenti alla concessione del credito (TEG), ovvero della verifica di quella sproporzione tra le controprestazioni che, come dicevamo, costituisce il nucleo del divieto. La questione è: la norma penale rinvia alla normazione secondaria e, di rimbalzo, alla fonte ministeriale e alla Banca d'Italia, anche per quanto attiene l'individuazione delle voci di *costo, remunerazioni e spese* inerenti alla concessione del credito, da includere nella voce "corrispettivi" non solo ai fini della rilevazione statistica, ma anche ai fini della verifica della legalità del tasso?

Invero, come si diceva nel paragrafo precedente, il legislatore penale mira a disciplinare esclusivamente il tasso oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, senza occuparsi del tasso medio globale. Per contro, la giurisprudenza è chiara nel precisare che la Banca d'Italia dispone di ampia discrezionalità nell'includere ogni aggregato di costo o onere aggiuntivo ai fini della rilevazione dei tassi medi, ma nessuna nella quantificazione del costo complessivo dell'operazione ai fini della verifica di legittimità del tasso.

Mentre il primo comma dell'art. 644 c.p. contiene un esplicito rinvio alla legge per la determinazione dei tassi usurari, il comma 4 non prevede un analogo rinvio, anzi, la norma è totalmente autosufficiente, in quanto funzionale alla determinazione del tasso complessivo dell'operazione. In questo compito, gli organi amministrativi non godono di nessuna discrezionalità, ma sono al contrario soggetti ai vincoli che la legge pone. L'intento è di non eludere il precetto penale, evitare aggiramenti del precetto, mediante una previsione formale di oneri e costi che mascherano la corresponsione di interessi usurari come corrispettivo. Elementi di costo non inclusi nella rilevazione statistica assumono comunque rilevanza ai fini penali, nella misura in cui possono comportare un surrettizio aumento del tasso di interesse. La giurisprudenza ha affermato la prevalenza e ampia operatività della norma penale sulla discrezionalità tecnica degli organi amministrativi, sebbene tali vincoli normativi non condizionino la fase a monte della rilevazione dei tassi medi. Tuttavia, a causa di un contorto meccanismo giuridico, è accaduto che, di fatto, la Banca d'Italia ha svolto un ruolo che è andato ben oltre il compito di mero accertatore tecnico, di mero rilevatore dei tassi, un ruolo fondante nella



3/2017

determinazione del procedimento di definizione del tasso e nell'interpretazione della norma penale, sostanzialmente aggirando il precetto penale, non nella fase della verifica del tasso soglia ma, ma a monte, in quello della determinazione del TEGM.

3.6. Vincolatività delle Istruzioni della Banca d'Italia L'apporto (illegittimo) degli organi amministrativi nella rilevazione del TEG.

La determinazione del tasso soglia, lungi dal rappresentare una operazione meramente tecnica e automatica, ha di fatto affidato ai soggetti deputati ampi margini di discrezionalità, tanto da aver generato in passato un meccanismo chiuso e tautologico: l'atto amministrativo cui il legislatore penale rinvia finiva per prescrivere le medesime indicazioni per la verifica dell'usura e per rilevare il tasso di mercato.

Ai fini delle segnalazioni periodiche e della rilevazione dei tassi medi di mercato Banca d'Italia adotta specifiche Istruzioni con carattere vincolante destinate a banche, intermediari e soggetti operanti nel settore del micro-credito. Tali istruzioni indicano gli schemi segnalatici, le categorie di credito, i criteri di calcolo dei dati da inviare con cadenza trimestrale, quali voci e costi includere nel calcolo, al fine da avere dati coerenti e omogenei comparabili per la determinazione del TEGM.

Tuttavia la normativa di settore (art. 3 comma 2 dm. Del MEF) stabilisce altresì che le banche e intermediari finanziari devono attenersi ai quei medesimi criteri di calcolo contenuti nelle istruzioni anche al fine di verificare il rispetto del limite soglia. Questa norma chiude il cerchio tra TEGM e TEG prescrivendo alle banche di verificare la legittimità del tasso utilizzando le istruzioni dell'organo amministrativo.

Banche e intermediari si sono quindi attenuti alle Istruzioni sia ai fini degli schemi segnalatici nella fase di invio dei dati alla Banca d'Italia per fini statistici sia ai fini della verifica del rispetto dei limiti dei tassi con riferimento ai contratti conclusi con la clientela. In altre parole, i criteri di determinazione del tasso effettivo globale medio (TEGM) rilevato trimestralmente e i criteri di verifica del tasso soglia (TEG) hanno coinciso.

Le Istruzioni che la Banca d'Italia ha impartito agli operatori bancari e agli intermediari hanno svolto una doppia funzione: da un lato sono confluite nella rilevazione trimestrale del tasso medio da parte del Ministero dell'Economia, dall'altra hanno condizionato il comportamento degli operatori, i quali si sono attenuti ai criteri di calcolo indicati non solo per la rilevazione del TEGM, ma anche per la verifica del superamento o meno del tasso soglia.

Questo doppio uso delle istruzioni della Banca d'Italia, sia ai fini della definizione del TEGM che ai fini della verifica del TEG crea un effetto paradossale: se le Istruzioni orientano anche la verifica della legalità del tasso, la discrezionalità della Banca d'Italia non è solo tecnica e relegata al momento della rilevazione statistica, ma finisce per coinvolgere il momento della determinazione del TUS, in violazione dell'art.



3/2017

644 c.p.³³. In sostanza, è accaduto che il sistema procedurale delineato dalla legge penale partorisce un risultato abnorme, in aperto contrasto con quanto stabilito dalla legge penale.

La violazione della legalità penale è avvenuta in quanto la Banca d'Italia ha inopinatamente e in violazione del comma 4 art. 644 c.p. non incluso (o rilevato separatamente) voci di costo che sarebbero dovute confluire anche nella rilevazione statistica del tasso medio, e non solo nella verifica del costo complessivo dell'operazione. In questi casi, la mancata considerazione a fini statistici del tasso medio da parte delle Istruzioni della Banca d'Italia di voci di costo che rientravano, a tutti gli effetti, nella fisiologia del rapporto di credito si è tradotta in una opinabile e censurabile sottostima del costo del credito (TEG), aprendo un varco ad una sostanziale elusione del tasso soglia³⁴. I decreti ministeriali hanno ignorato del tutto voci di costi ai fini della verifica di legalità del tasso, in violazione di quanto statuito dal comma 4 dell'art. 644 c.p., che invece imponeva di includere ogni forma di remunerazione. Proprio ciò che il legislatore penale voleva evitare. Così, grazie al sistema di eterointegrazione della norma penale, l'organo tecnico ha elaborato un tasso soglia in violazione della norma penale.

Gli operatori bancari, obbligati ad ossequiare i criteri di calcolo indicati nelle suddette Istruzioni, hanno finito per escludere tali voci di costo anche ai fini della verifica del superamento del tasso soglia. Queste esclusioni contenute nelle Istruzioni erano in palese violazione dell'art. 644 c.p. e quindi, avrebbero dovuto essere disattese, in quanto non vincolanti³⁵.

D'altra parte, deve ammettersi che vi sono forti ragioni che inducono a ritenere che il giudice nella sua attività di accertamento della liceità dei tassi praticati dall'intermediario dovrebbe procedere al calcolo del TEG applicato dalla singola banca utilizzando la stessa metodologia di calcolo che la Banca d'Italia utilizza per rilevare il tasso medio effettivo globale, perché solo un confronto tra dati omogenei potrà condurre ad una decisione giusta, intesa come indirizzata ad assicurare una giustizia ed equità nel risultato. Se, infatti, la verifica dell'usura del tasso è l'esito di un confronto tra il tasso effettivo globale convenuto tra le parti e il tasso di riferimento costituito dal tasso soglia rilevato secondo i criteri elaborati dalla Banca d'Italia è evidente che per aversi una rappresentazione obiettiva e realistica dell'effettivo scostamento esistente tra i due tassi, questi ultimi devono essere necessariamente calcolati utilizzando lo stesso criterio di determinazione e le voci di costo che sono incluse nella determinazione del TEGM devono necessariamente coincidere con quelle da inserire per la determinazione del TEG. L'uso *ex post* da parte del giudice di metodologie di calcolo differenti rispetto a

³³ ASTUNI, partecipazione a Convegno *L'usura bancaria nel conto corrente e nel mutuo*, Milano, 27 marzo 2015.

³⁴ Le istruzioni della Banca d'Italia aggiornate al febbraio del 2006 specificavano che *"la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG."* Così pure, nei decreti emessi trimestralmente dal Ministero dell'economia e delle finanze per rilevare il *"tasso-soglia"* del periodo era espressamente precisato che *"i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata"*. L'esclusione è stata sostanzialmente giustificata affermando che si tratta di una remunerazione dell'impegno assunto dall'intermediario finanziario a tenere a disposizione liquidità indipendentemente dal suo effettivo utilizzo e dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente non considerate degli oneri.

³⁵ GRINDATTO, *Sul computo della commissione di massimo scoperto nella determinazione del tasso usurario*, cit., 2410.



3/2017

quelle indicate dalla Banca d'Italia nelle relative Istruzioni condurrebbe ad un risultato iniquo, oltre che metodologicamente inattendibile.

3.7. I limiti della legge penale. Il caso della commissione di massimo scoperto.

In conclusione, deve affermarsi l'idea secondo cui la discrezionalità tecnica degli organi amministrativi è circoscritta dal vincolo del rispetto del comma 4 dell'art. 644 c.p. il quale pone delle precise indicazioni che si rivolgono a tutti gli interpreti su *come* debba essere calcolato il tasso soglia TEG, ma non ne pone nessuna su *come* debba essere rilevato il TEGM. Tutte le voci escluse o negate nella rilevazione statistica, debbono rilevare ai fini della verifica della legalità perché così vuole la legge penale, che si è preoccupata di specificare che non solo il corrispettivo, ma tutti gli oneri e spese, qualunque sia il *nomen juris*, confluiscono nella definizione della soglia massima di liceità penale³⁶.

L'indicazione della giurisprudenza di legittimità è chiarissima: l'aggiramento della norma penale può derivare anche da una determinazione del TEGM in violazione del comma 4 dell'art. 644 c.p. che non tenga conto di oneri obbligatori³⁷. Per quanto riguarda la rilevazione del tasso medio, opera una ampia discrezionalità affidata agli organi tecnici. Ma gli stessi organi tecnici sono costretti a rispettare la norma penale nella determinazione del tasso soglia e nella verifica della usurarietà del tasso effettivo del credito.

Malgrado la previsione del comma 4 dell'art. 644 c.p., la questione relativa a *quali* costi e remunerazioni debbano essere inclusi nel calcolo continuava ad essere fonte di discordie interpretative. Al fine di correggere una prassi amministrativa illegittima, è dovuto scendere in campo il legislatore con l'art. 2 bis della legge n. 2 del 28 gennaio 2009, che ha sancito *l'assoggettamento ai limiti della soglia di usura di tutte le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente*. La norma ha previsto la nullità delle *commissioni di massimo scoperto* e di tutte quelle clausole comunque denominate che prevedano una remunerazione accordata alla

³⁶ Tuttavia la giurisprudenza civile di merito obietta che la formula per la rilevazione del TAEGM e quella del costo effettivo dell'operazione sono dati numerici disomogenei, ovvero che il conteggio sia determinato comparando dati disomogenei e diversi, così Tribunale di Milano, 19 marzo 2015, in www.expartecreditoris.it.

³⁷ Cass. 19 febbraio 2010 n. 12028, B.G. e altro, DeJure: si tratta di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, atteso che ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo per l'onere a cui l'intermediario finanziario si sottopone di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente; Tribunale di Palmi 27 novembre 2007, D.M., in *Guida al dir.* 2008, 5, 79. La commissione di massimo scoperto, in assenza di una definizione normativa, costituisce una voce di costo assai diffusa nella prassi bancaria, connotata dalla progressiva onerosità rispetto al decrescere degli interessi. Essa viene ritenuta comunque una forma di remunerazione che come tale costituisce un elemento che "entra" nella remuneratività del denaro per la banca che deve tenere a disposizione i fondi per il cliente anche nel caso di mancato utilizzo.



3/2017

banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma e dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi, decretandone la rilevanza penale ai fini della normativa anti usura.

La necessità che si proceda ad un confronto tra dati omogenei sia ai fini della rilevazione dei tassi medi che ai fini della verifica di legalità sembra, d'altro canto, il criterio che il legislatore ha mostrato di prediligere con la citata legge 2 gennaio 2009, n. 2. sulla computabilità della commissione di massimo scoperto tra gli oneri rilevanti in materia di usura. È noto, infatti, che la commissione di massimo scoperto è stata per lungo tempo esclusa *ingiustificatamente* dalla Banca d'Italia dall'ambito degli oneri rilevanti ai fini della determinazione del TEGM e tale prassi è stata costantemente stigmatizzata dalla magistratura, appunto perché non appariva conforme al dettato normativo.

Le recenti Istruzioni della Banca d'Italia si sono pertanto adeguate a questo orientamento ampliando la platea delle spese e dei costi da includere nel calcolo del TEGM. Le nuove Istruzioni sulla rilevazione richiedono agli intermediari di segnalare i tassi medi inclusivi di ogni onere connesso con il finanziamento a carico del cliente, in modo da incrementare la trasparenza sul mercato del credito, nonché per contrastare le prassi di applicare costi non inclusi nel limite anti usura e consentire verifiche incisive sulle condizioni economiche applicate alla clientela (ad esempio il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo, indipendentemente dalla forma tecnica del finanziamento; i costi relativi alle operazioni di pagamento e di prelievo; i costi connessi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permetta di effettuare pagamenti e prelievi; i costi assicurativi obbligatori per legge, i recuperi di spese)³⁸.

4. Eterointegrazione della norma penale e usura sopravvenuta.

4.1. Usura sopravvenuta nella fase della riscossione a causa dei periodici mutamenti del tasso soglia (TUS).

È possibile riconoscere rilevanza ai periodici mutamenti del tasso soglia? Assume

³⁸ Ai fini della definizione del tasso soglia, Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni, evidenzia che vanno considerate, oltre al tasso di interesse, anche tutte le spese connesse con l'operazione di finanziamento quali le polizze assicurative, i compensi di mediazione, nonché tutte le forme di remunerazione diverse dal tasso di interesse, relative alla messa a disposizione dei fondi, nei limiti e alle condizioni consentiti dal legislatore. In definitiva, nella voce "oneri" rientrano: i costi di tenuta del conto corrente e per operazioni; le commissioni per messa a disposizione fondi (o commissioni similari); le commissioni di massimo scoperto; qualsiasi altro costo sostenuto dal correntista non riconducibile per sua natura ad "imposte e tasse". L'unica categoria di costo che rimane esclusa dalla diretta imputazione dalla voce conto corrente sono i "bolli su estratto conto". Sono certamente escluse anche le spese addebitate indipendentemente dall'affidamento quali ad es, bonifici, commissioni per pagamento di bollette, costi del carnet di assegni e simili. Le spese addebitate indipendentemente dal fatto che il conto sia a credito o a debito non rientrano nel calcolo del TEG.

rilevanza l'usura sopravvenuta? La risposta alla questione da parte del legislatore e della giurisprudenza all'unisono è di segno negativo, ovvero nel senso dell'irrelevanza delle modifiche normative di fonte secondaria. Onde evitare che il fatto di reato possa essere soggetto a discontinue oscillazioni delle modifiche normative o alle oscillazioni dei tassi, il legislatore da un lato e la giurisprudenza dall'altro, hanno suggerito una lettura della norma blindata. L'usura è solo originaria ed è esclusa la figura dell'usura sopravvenuta.

La spinosa questione dell'eventuale usurarietà sopravvenuta dei tassi nella fase di riscossione – ma non sussistente al momento della pattuizione – è stata dunque risolta facendo applicazione del criterio introdotto con la legge n. 24 del 2001, criterio che vale, evidentemente, anche per i mutui a tasso variabile, i cui criteri siano predeterminati in modo oggettivo senza la necessità di un nuovo incontro delle volontà delle parti. Si è posta dunque fine alla *querelle* relativa all'ipotesi in cui si sia continuato a dare esecuzione ad un contratto concluso ad un tasso originariamente lecito, ma successivamente divenuto usurario, corrispondendo gli interessi nella misura pattuita originariamente. È al “*momento in cui sono promessi o comunque convenuti*” che occorre fare riferimento nella rilevazione della usurarietà del tasso.

Anche la giurisprudenza ha elaborato un'interpretazione della norma che cristallizza il reato al momento della pattuizione, negando quindi rilevanza alla legge extrapenale integratrice di fonte subordinata.

Il rinvio effettuato dall'art. 644 c.p. alla normativa di settore costituisce eterointegrazione di un **elemento normativo**, o meglio un richiamo espresso ad una legge extrapenale integratrice del precetto. La struttura degli elementi normativi è data da un substrato di fatto al quale si applica una qualifica discendente da norme diverse da quella incriminatrice. La norma extrapenale, richiamata da quella penale attraverso un elemento normativo o il rinvio ad essa, imprime un determinato significato al substrato di fatto; di regola, essa integra il precetto penale, assumendo così anch'essa la natura di norma *strictu sensu* penalistica, ma potrebbe non integrare la norma penale, qualora non fornisca nessun apporto, neanche in via meramente tecnica e specificativa, alla descrizione del fatto³⁹.

³⁹ La distinzione tra norma extrapenale integratrice o non integratrice non è stata mai tematizzata dalla giurisprudenza, che al contrario sostanzialmente riconduce ogni tipo di apporto di fonte subordinata nella descrizione del fatto alla prima categoria. In questa prospettiva, la prevalente giurisprudenza di legittimità ha affermato il carattere integrativo di quasi tutte le disposizioni extrapenali: tutte le norme che determinano il contenuto precettivo o ne costituiscono il presupposto sono norme penali. In tal modo la giurisprudenza di legittimità, attraverso un concetto sostanzialmente onnicomprensivo di legge extrapenale integratrice del precetto, ha escluso quasi sempre la rilevanza dell'errore su legge extrapenale. Le applicazioni giurisprudenziali si risolvono infatti, quasi sempre, per la qualificazione di ogni norma, comunque richiamata nella descrizione della fattispecie astratta (anche implicitamente), come norma integratrice, con conseguente applicazione dell'art. 5 c.p. Non vi è alcun modo per distinguere norme extrapenali che si incorporano nella legge penale da norme che non si incorporano. La norma richiamata, in quanto extrapenale, ha sempre una propria autonomia nel suo campo originario e, in quanto inserisca il proprio effetto di qualificazione nella fattispecie penale, diventa sempre un elemento determinante di quest'ultima. Partendo da questo rilievo autorevole dottrina ritiene che la distinzione sia inutile, in quanto le norme extrapenali integrano sempre il precetto penale, facendo corpo con esso. Le ragioni di questo atteggiamento giurisprudenziale di pressoché totale chiusura vanno ricercate nella preoccupazione, di politica criminale,

In tema di eterointegrazione della fattispecie incriminatrice, la giurisprudenza ha osservato che l'art. 644 c.p. darebbe vita ad una **norma solo parzialmente in bianco**, in quanto la concreta precisazione **dell'elemento costitutivo** di più significativa portata, intorno al quale si concentra il disvalore del fatto, è demandata attraverso un rinvio esplicito ad una complessa procedura di natura amministrativa, cui sono chiamati a partecipare differenti soggetti con diversità di ruoli e di rilevanza. Tale meccanismo, da un lato consente di mantenere un costante contatto con la realtà economica finanziaria, dall'altra consente di "agganciare" a parametri predefiniti legislativamente l'apporto delle fonti subordinate. Secondo la giurisprudenza, dunque l'atto amministrativo sarebbe chiamato soltanto a **fotografare, o comunque a quantificare in via tecnica**, l'elemento "interesse usurario" già compiutamente descritto dalla norma incriminatrice, senza interferire sulla descrizione dell'illecito, affidata unicamente al monopolio della legge penale. Il concetto stesso di fotografia richiama direttamente l'idea di un meccanismo automatismo implicito nella metodologia di rilevazione che si avvale di rigorosi criteri matematici.

La circostanza che le modalità per il calcolo del citato limite siano prefissate per legge, con attribuzione del relativo potere al Ministero con la partecipazione della Banca d'Italia, appare garanzia sufficiente a rispettare il principio costituzionale di riserva di legge e a limitare la discrezionalità tecnica dell'organo di settore, mentre il rilievo che il valore per tal modo determinato, così come la classificazione delle tipologie delle operazioni, vengano periodicamente pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale, consente di ritenere soddisfatta l'esigenza di conoscibilità di tutti gli estremi della fattispecie incriminatrice⁴⁰.

La letteratura penalistica afferma comunemente che il fenomeno di eterointegrazione e specificazione della norma penale è rispettoso del principio di legalità nella misura in cui il rinvio alla norma secondaria incida nella specificazione in

di far prevalere il principio di obbligatorietà della legge penale, onde evitare un indebolimento della norma penale. In senso contrario la dottrina più recente, allo scopo di contrastare la sostanziale disapplicazione giurisprudenziale dell'art. 47 comma, riconduce la conoscenza o (l'erronea conoscenza) di tutti gli elementi giuridicamente qualificati da norme extrapenali nell'ambito dei comuni principi che presiedono alla responsabilità dolosa: l'errore su legge extrapenale diviene errore sul fatto, in quanto si traduce in un errore o falsa rappresentazione di uno degli elementi del fatto corrispondente alla fattispecie astratta. La distinzione, pertanto, secondo quest'orientamento ermeneutico, non va posta tra norme extrapenali che «non si incorporano» e norme penali che «si incorporano» nel precetto, poiché tutte le norme extrapenali integrano il precetto, bensì tra errore che preclude al soggetto la comprensione del significato del fatto ed errore che non preclude tale comprensione. Occorre dunque distinguere a seconda che l'elemento normativo sia o meno in grado di incidere sulla portata e sul disvalore astratto della fattispecie incriminatrice, condizionandone l'ampiezza. Resta tuttavia assai arduo stabilire con chiarezza in quali casi la modifica mediata incida realmente sulla fattispecie astratta e quando no, ovvero quando l'errore precluda la comprensione del significato sociale del fatto e quando non precluda tale comprensione, soprattutto qualora la modifica contenga specificazioni tecniche del precetto o disposizioni definitorie.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148. Sul punto, MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 109; FIADINO, *Irretroattività ed istantaneità del nuovo reato di usura nell'ultima giurisprudenza*, cit., 362 ss.; MANNA, *Usura (la legge sui tassi)*, cit., 837 ss..

via tecnica di elementi normativi descritti esaustivamente dal legislatore. La determinazione del tasso soglia sarebbe pertanto priva di profili di discrezionalità e l'apporto tecnico, al termine di una procedura complessa e determinata dalla legge penale, farebbe corpo con la norma penale, formando un tutt'uno con essa.

Pertanto, l'apporto fornito dai diversi soggetti coinvolti nella rilevazione del tasso medio, ed infine nella definizione del tasso soglia, avrebbe una funzione meramente esecutiva, di integrazione tecnica, non discrezionale, priva di creatività, tale da non interferire con il volto dell'illecito penale, pienamente descritto dalla norma penale, compatibilmente con la riserva di legge. Le disposizioni contenute nei decreti ministeriali e le istruzioni degli organi di vigilanza hanno natura di **norme tecniche autorizzate extrapenali integratrici che non incidono sul volto del precetto**.

Coerentemente con questo assunto, il ruolo della Banca d'Italia è stato rigorosamente delimitato dalla Suprema Corte, laddove in virtù del principio di riserva di legge, si è ridimensionata la funzione integratrice del precetto affidata alle circolari della Banca d'Italia, nonché degli stessi decreti ministeriali, sostanzialmente calibrati sulle indicazioni della Banca d'Italia. Le Istruzioni della Banca d'Italia sono vincolanti solo nella misura in cui risultano coerenti con il dettato normativo posto dalla norma penale. Ove emerga una dissonanza, e dunque un ragionevole dubbio sulla liceità del tasso applicato, l'operatore bancario deve astenersi, non potendo giovare dell'errore in cui è occorso e opporre il dovere di attenersi a tali indicazioni⁴¹.

L'art. 644 c.p. configura una norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia, ad una fonte diversa da quella penale, ma che riveste carattere di *temporaneità*, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole.

4.2. Usura sopravvenuta a causa di modifiche regolamentari della normativa extrapenale nella determinazione del TEGM. L'errore di diritto e l'errore di fatto.

La giurisprudenza nega vigorosamente che l'errore dovuto ad una sopravvenuta modifica delle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia (che invero tardivamente si è adeguata ad indirizzi interpretativi fatti propri dalla giurisprudenza) costituisca un errore su legge penale non evitabile, secondo la lettura correttiva dell'art. 5 c.p. apportata dalla Corte costituzionale. Si è negato che l'oscurità, complessità e contraddittorietà della

⁴¹ "Le circolari o direttive della Banca d'Italia, 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 qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito", Cass. Sez. II, 23 novembre 2011 n. 46669.

normativa bancaria e di settore cui sono sottoposti gli operatori sia tale da escludere l'imperativo assoluto della conoscenza della legge penale⁴².

La giurisprudenza ha escluso che la situazione determinatasi a seguito della diffusione di Istruzioni della Banca d'Italia in violazione dell'art. 644 c.p., si sia tradotta in un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, coerentemente al principio enunciato secondo cui le modifiche normative e ancor di più quelle sub normative, non interferiscono con il volto dell'illecito penale, non svolgendo una funzione integratrice del precetto⁴³.

La modifica delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia non dà luogo ad alcun fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, rappresentando una normativa secondaria che non modifica il precetto penale. In caso di superamento dei tassi soglia per effetto del conteggio della commissione di massimo scoperto, quindi, il tasso applicato deve ritenersi a tutti gli effetti usurario. La Suprema Corte, in difetto di un orientamento giurisprudenziale di legittimità che ritenesse illecita la prassi bancaria oggetto di contestazione in tema di determinazione del tasso soglia – orientamento emerso soltanto dopo lo svolgersi dei fatti – ha, da un lato, dato rilievo alle difficoltà interpretative della norma, ma dall'altro si è stabilito che l'errore di diritto scusabile, ai sensi dell'art. 5 c.p., è configurabile soltanto in presenza di una oggettiva ed insuperabile oscurità della norma o del complesso di norme penali o extrapenali aventi incidenza sul precetto penale. Ne consegue, che **non è scusabile ex art. 5 c.p. l'errore riferibile al corretto calcolo** dell'ammontare degli interessi usurari, sulla base di quanto disposto dall'art. 644 c.p., trattandosi di interpretazione che, oltre ad essere nota all'ambiente del commercio, non presenta, in sé, particolari difficoltà⁴⁴.

Rispetto la corretta conoscenza della normativa, si è affermato dunque in giurisprudenza che i presidenti dei consigli di amministrazione delle banche non possono invocare, relativamente all'errore sul tasso di usura, l'inevitabilità dell'errore sulla legge penale, svolgendo attività in uno specifico settore, nel quale gli organi di vertice hanno il dovere di informarsi, con diligenza, sulla normativa esistente, poiché i relativi statuti attribuiscono loro poteri in materia di erogazione del credito, rientranti nell'ambito dei più generali poteri di indirizzo dell'impresa, sussistendo in capo ad essi una posizione di garanzia, a tutela dei clienti degli istituti bancari, quanto al rispetto

⁴² "L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma, non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364 del 1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità. (Fattispecie in tema di usura, nella quale la Suprema Corte, in difetto di un orientamento giurisprudenziale di legittimità che ritenesse illecita la prassi bancaria oggetto di contestazione in tema di determinazione del tasso soglia – emerso soltanto dopo lo svolgersi dei fatti – ha ritenuto che nessuna censura potesse essere posta a carico degli imputati, presidenti di banche)", Cass. pen., Sez. II, 23 novembre 2011 n. 46669.

⁴³ DOLMETTA, *Usura sopravvenuta per modifiche regolamentari della Banca d'Italia*, in *Diritto bancario*, febbraio 2014; RAMPIONI, *La fattispecie di usura presunta nel crogiuolo della pratica applicativa*, cit., 385.

⁴⁴ Cass. Sez. II, 23 novembre 2011 n. 46669; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2003, n.36346, C.E.D. Cass. n. 226911.

delle disposizioni di legge in tema di erogazione del credito⁴⁵. Pertanto, l'errore o l'ignoranza nella corretta individuazione del tasso di usura, da parte di un operatore bancario, è priva di effetti e non può essere invocata come scusante, risolvendosi in una ignoranza della legge penale (errore di diritto).

Circolari e istruzioni della Banca d'Italia, se erranee ed in violazione della legge penale, non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi con efficacia vincolante per gli istituti bancari, che hanno al contrario il dovere di informarsi correttamente, anche autonomamente, di verificare la legittimità della prassi bancaria alla stregua delle norme penali, non escludendosi, in caso contrario, la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo.

Al contrario, il **dubbio e l'incertezza sulla liceità di una prassi** deve indurre il soggetto che svolge una attività specializzata e di settore ad un atteggiamento più attento, fino cioè all'**astensione dall'azione**, ove, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato di inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità. Nell'ipotesi di giurisprudenza non conforme, di orientamenti contrastanti, o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire, non è possibile invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile; si determina l'obbligo di astenersi dall'agire e di espletare ogni utile accertamento per conseguire la corretta conoscenza della legislazione vigente in materia⁴⁶.

Non resta quindi che verificare se l'errore su legge extrapenale non integratrice non si sia tradotto in un errore sul fatto. In tal senso, l'aver pattuito un tasso che appariva non usurario alla luce delle istruzioni precedentemente date da Banca d'Italia, ma che assume tale natura alla luce delle istruzioni successivamente modificate, potrebbe essere sufficiente ad escludere il dolo⁴⁷.

La Cassazione ha recuperato la severità dell'interpretazione della norma, sul piano del fatto, negando la sussistenza dell'elemento soggettivo⁴⁸. Infatti gli operatori bancari avevano riposto un legittimo affidamento sulla legittimità delle indicazioni fornite dall'organo amministrativo, in assenza di pronunce contrarie della giurisprudenza. Neppure si può ritenere che vi sia stato uno stato di dubbio, richiesto per la configurazione dell'accettazione del rischio di usura. Se non in chiave oggettiva, si è riconosciuta rilevanza al fenomeno delle modifiche interpretative della norma di fonte subordinata sotto il profilo soggettivo dell'errore di fatto. Il comportamento dell'operatore creditizio che si attiene alle istruzioni dell'organo di vigilanza che non ricomprendono le spese di assicurazione obbligatorie nel calcolo del TEG (verranno incluse nelle solo dopo il 2010, con un tardivo adeguamento dell'organo di vigilanza alla

⁴⁵ Cass., Sez II, 23 novembre 2011 n. 46669, C.E.D. Cass., n. 252196.

⁴⁶ Cass., Sez. III, 16 aprile 2004, n. 28397, C.E.D. Cass., n. 229060; Cass. Sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, C.E.D. Cass., n. 252197, in senso conforme, Cass., Sez. III, 4 giugno 2014, n. 37851.

⁴⁷ Accade più spesso e che l'operatore bancario lamenti di aver errato nella classificazione dell'operazione creditizia e in definitiva, nella conoscenza del tasso soglia. L'errore nell'inquadramento giuridico dell'operazione in una o nell'altra categoria costituisce un errore di fatto.

⁴⁸ CUGINI, *La valutazione del carattere usurario del tasso di interesse praticato dagli istituti di credito*, cit., 4410.

normativa), per un errore di calcolo, incorre in un errore di fatto, e non in un errore di diritto⁴⁹.

4.4. Usura sopravvenuta a causa della modifica legislativa dei criteri algebrici di determinazione del tasso soglia (TUS).

Occorre soffermarsi infine all'ipotesi di modifiche normative apportate al meccanismo di quantificazione del tasso legale, nella doppia versione *pre* e *post* d.l. 70/2011, per saggiare le conseguenze del mutamento di disciplina in chiave di (parziale) *abolitio criminis* ovvero di mera successione di norme "integratrici".

Prima delle modifiche apportate nel 2011, l'art. 2 comma 4 l. 108/1996 disponeva che il tasso soglia fosse calcolato aumentando della metà il tasso medio relativo al tipo di operazioni in cui il credito è compreso. Successivamente, l'art. 8 comma 5 lett. *d*), convertito con l. 106/2011 ha apportato profonde modifiche alla materia. Non più variazioni di un tasso quantificato pur sempre tramite la medesima operazione matematica; bensì riscrittura dello stesso procedimento algebrico di determinazione. Non c'è dubbio che, letta con le lenti del penalista, questa nuova disposizione è destinata ad assumere un rilievo piuttosto significativo in termini di definizione legale del concetto di interessi usurari.

Il principio enunciato dalla giurisprudenza, nel caso in cui si modifichi (anche in senso più favorevole) il criterio di determinazione del tasso soglia di cui all'art. 2 l. n. 108/1996 è quello della successione di norme "extrapenali" o "secondarie" idonee a determinare una mera «variazione del contenuto del precetto con decorrenza dall'emanazione del successivo provvedimento»; non rientrante quindi nella disciplina dell'art. 2 c.p. Il principio enunciato dalla giurisprudenza è che anche la successione delle norme extrapenali (e non soltanto delle norme tecniche autorizzate) non influisce sul volto dell'illecito. La tesi è che la legge modificatrice non ha introdotto una differente valutazione dell'astratta fattispecie incriminatrice e del suo significato di disvalore, ma

⁴⁹ Il principio è stato recepito anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui: "Non costituisce reato ex art. 644 c. p. la condotta dei direttori di filiale degli istituti di credito che abbiano concesso finanziamenti a tassi rivelatisi usurari, ma determinati in misura conforme alle prescrizioni periodicamente impartite dai decreti ministeriali in materia di individuazione del tasso-soglia antiusura, **per mancanza dell'elemento soggettivo**". "Se, da una parte, è condivisibile l'orientamento espresso dalla Cassazione circa la possibilità, per ciascun operatore bancario di livello e in posizione verticistica, di rilevare la palese contrarietà alla legge (per l'esattezza al disposto normativo di cui all'art.644, 4 comma c.p.) della norma extrapenale (Istruzioni della banca d'Italia) che individuava, all'epoca dei fatti di causa, il metodo per la determinazione del tasso soglia senza computare la CMS, d'altro canto, non sarebbe neppure logicamente e concretamente esigibile affermare che, a fronte di espliciti decreti ministeriali che andavano periodicamente ad integrare il precetto della norma incriminatrice i singoli organi apicali delle Banche e ancor più i singoli direttori di filiale preposti alle sedi periferiche degli Istituti di credito, potessero mettere in discussione tali modalità di computo. Come peraltro osservato dalla Suprema Corte, potrebbe ritenersi che fosse addirittura preclusa la possibilità, per i singoli direttori di filiale, anche i più attenti alla ratio della norma incriminatrice dell'art.644 c.p., di discostarsi dai criteri predeterminati dai sistemi operativi centralizzati delle varie banche, strutturati su conteggi conformi alle direttive della Banca d'Italia", Tribunale di Arezzo, 29 gennaio 2001, n.519.



3/2017

si è limitata a modificare disposizioni extrapenali che influiscono **solo sul singolo caso**, sulla concreta applicabilità della norma incriminatrice.

Tuttavia, mentre appare chiaro che la semplice modifica del tasso medio conseguente ad una nuova rilevazione non dia luogo ad una successione di leggi penali (trattandosi di norme non integratrici) altrettanto non si può dedurre nel caso di una vera e propria riscrittura della definizione legale del procedimento di calcolo dell'interesse usurario, ove non vi sono variazioni di un tasso quantificato pur sempre tramite la medesima operazione matematica, bensì riscrittura dello stesso procedimento algebrico di determinazione.

5. Interessi moratori, clausola di estinzione anticipata e usura.

5.1. Oneri eventuali e promessa usuraria. Definizione del problema.

La storia si ripete e le questioni interpretative, in modo quasi annoso, si atteggiano sempre negli stessi termini. Attualmente si pone la questione del computo di costi eventuali e di interessi moratori ai fini della normativa antiusura, similmente a quanto accadde a proposito della commissione di massimo scoperto. Ed invero, come si diceva, né l'art. 644 comma 4 c.p. né l'art. 2 *bis* della legge n. 2 del 2009 contengono un elenco tassativo di tutti i costi, remunerazioni e spese addebitabili all'utente da includere nel concetto di "*corrispettivi della prestazione di danaro*". Il che, bisogna ammetterlo, lascia ampi margini di interpretazione.

Il nucleo della questione è se nella nozione di "*corrispettivo*" possa essere inclusa qualunque previsione contenuta nell'atto, compresa quella che attiene alla fase patologica del rapporto contrattuale, che subordina al verificarsi di condizioni future ed incerte (quali ad esempio il recesso anticipato o l'inadempimento) costi, remunerazioni, interessi o vantaggi aggiuntivi rispetto l'obbligazione principale.

La *questio iuris* quindi è se debbano essere inclusi nel computo del TEG anche interessi moratori, oneri eventuali, penali e costi di estinzione anticipata del credito, spese tutte che attengono alla **dimensione patologica del rapporto contrattuale**. Ogni accordo di natura economica previsto al momento della pattuizione, sebbene non immediatamente produttivo di effetti, assume rilevanza ai fini della qualificazione usuraria del corrispettivo promesso per la erogazione del credito? Occorre effettuare, al momento della promessa, una previsione *ex ante* sull'evoluzione di tutti i possibili scenari futuri che potrebbero, un domani, determinare un innalzamento dei costi e dei vantaggi oltre il tasso soglia?

La risposta sembrerebbe essere scontata: poiché il reato si perfeziona con la sola promessa, che costituisce nell'economia dell'art. 644 c.p. sia condotta del reato che atto giuridico cui riferirsi nella determinazione della misura usuraria dell'interesse, si deve necessariamente ritenere che il contratto sia usurario perché contempla, già al momento della pattuizione, la previsione di interessi moratori, costi e penali per anticipato inadempimento usurari, a prescindere dal fatto che si verifichino le condizioni cui il



3/2017

pagamento è subordinato (l'inadempimento o l'esercizio del diritto potestativo di recesso unilaterale) e a prescindere dal fatto che tali costi o interessi vengano concretamente corrisposti. È dunque necessario verificare, con un giudizio *ex ante*, che il mutuatario abbia promesso di pagare alla banca un costo complessivo usurario. In buona sostanza, così ragionando, per verificare se il finanziamento concesso rispetti la normativa antiusura, occorrerebbe – oltre che rilevare l'usurarietà dell'interesse corrispettivo – prevedere *ex ante* tutte le diverse possibili o probabili ipotesi di evoluzione fisiologica e/o patologica del contratto in modo da comprendere tali oneri nel computo del costo complessivo del credito; così analizzando non solo il costo **attuale**, ma anche quello **potenziale, possibile o probabile del finanziamento**.

Il punto è che tali interessi e oneri, se inclusi, potrebbero comportare un effetto distorsivo nell'interpretazione della norma penale, una sorta di eccesso di tutela; per converso, se esclusi, potrebbero comportare una sottostima del costo complessivo del credito. Da un lato si appresterebbe una tutela completa e sostanziale al consumatore/cliente dell'istituto bancario, ma dall'altra verrebbe eccessivamente irrigidito, anche a scapito dello stesso beneficiario del credito, il sistema creditizio, in considerazione della normale fluttuabilità e mutevolezza dei tassi di interesse.

5.2. *Gli interessi moratori: la tesi della giurisprudenza civile favorevole al computo.*

Analizziamo separatamente la questione del computo degli **interessi moratori**.

L'assenza di una presa di posizione da parte della giurisprudenza penale di legittimità, di fatto ha affidato il campo dell'interpretazione dell'art. 644 c.p. alla giurisprudenza civile, la quale tuttavia, a fronte di un testo legislativo solo in apparenza chiaro, assume posizioni assai frastagliate: da un lato quella di legittimità afferma la necessità di tenere conto anche dei moratori, dall'altra gran parte di quella di merito e la stessa Banca d'Italia sostiene la tesi opposta.

L'orientamento favorevole, cristallizzato nella sentenza della Cassazione civile n. 350 del 9 gennaio 2013 stabilisce il principio secondo cui anche gli interessi di mora pattuiti contrattualmente vanno valutati ai fini della verifica dell'usuraria della linea di credito concessa (TEG)⁵⁰: nella valutazione della natura usuraria degli interessi deve tenersi conto non solo del tasso di mutuo, ma anche della maggiorazione dei punti percentuali prevista in caso di mora⁵¹. Con la conseguenza che se – per effetto del risultato economico totale prodotto da detti interessi (cui bisogna aggiungere eventuali commissioni, oneri e spese a qualsiasi titolo) – si supera il tasso soglia usura vigente nel momento della conclusione del contratto, questo è usurario. Ne segue che, oltre alle conseguenze penali, in applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c., gli interessi non sono

⁵⁰ Cass. Civ. Sez. I, 09 gennaio 2013, n. 350, la quale ha precisato che “*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori*”.

⁵¹ In questi termini, sull'interesse di mora, Cass., 4 aprile 2003, n. 5324; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602; Cass., 11 gennaio 2013, n. 603; Cass., 22 aprile 2010, n. 9532.

dovuti (e se pagati, vanno restituiti), il finanziamento diviene gratuito e tutto ciò che è stato corrisposto dalla parte finanziata deve essere imputato alla sola quota capitale del finanziamento cui il credito della banca va circoscritto, a nulla rilevando una eventuale c.d. clausola di salvaguardia entro il tasso soglia, pattuita per i soli interessi moratori.

Anche la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi sulla legge di interpretazione autentica del 2001 n. 24 – sembrerebbe affermare, sebbene in un *obiter dictum*, la rilevanza degli interessi di mora ai fini della normativa antiusura⁵².

La giurisprudenza civile di merito, anche la più recente, condivide di massima la tesi per cui per stabilire se vi è usura si devono considerare tutte le remunerazioni pattuite con il cliente a qualsiasi titolo. Stando alla lettera della legge, anche gli interessi moratori devono essere concettualmente inclusi alla nozione di “*corrispettivo*” della prestazione di danaro di cui al comma 1 dell’art. 644 c.p.. Si tratta di una linea di pensiero basata su alcuni argomenti testuali.

1) L’art. 1 comma 1 della l. 7 marzo 1996, n. 108, dispone: “*per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*”.

2) L’art. 1 d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in l. 28 febbraio 2001, n. 24 ribadisce che ai fini dell’applicazione dell’art. 644 c.p. e dell’art. 1815, comma 2, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge “*nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*”.

3) Gli interessi di mora, infine, sarebbero anch'essi comunque “*collegati alla erogazione del credito*”, ed avrebbero una funzione remunerativa, soprattutto se determinati operando una maggiorazione (c.d. spread di mora) degli interessi corrispettivi⁵³.

4) In ogni caso, anche a non voler considerare gli interessi moratori come “*corrispettivo della prestazione di danaro*”, essi costituirebbero comunque un costo (implicito o palese) connesso alla erogazione del credito, sebbene futuro ed eventuale, che la parte finanziata ha promesso di pagare all'intermediario.

5) Infine, rileverebbero senz’altro quali ipotesi di “**usura in concreto**” qualora il tasso di mora, *ex se* non superiore al tasso soglia, fosse palesemente sproporzionato rispetto ai valori medi di mercato e il debitore si fosse trovato in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁵⁴.

Malgrado questa apparente chiarezza dei massimi organi giurisdizionali, il problema continua tuttavia a sussistere. Le numerose pronunce di merito e di legittimità civile propendono per una rilevanza degli interessi di mora ai fini della valutazione

⁵² Corte cost., 25 febbraio 2002 n. 29.

⁵³ Tribunale di Torino 31 ottobre 2014; Tribunale di Pescara 30 aprile 2015.

⁵⁴ ZANCHETTI, *Cronaca di un reato mai nato: costruzione e decostruzione normativa della fattispecie di «usura sopravvenuta*», cit., 333 ss.

dell'equilibrio contrattuale, senza tuttavia individuare un chiaro criterio di rilevanza degli stessi⁵⁵.

La questione è se sia possibile utilizzare l'unico tasso soglia determinato in sede di rilevazione trimestrale per i soli interessi corrispettivi, anche come indicatore per valutare la usurarietà degli interessi di mora. Si pone poi l'ulteriore questione delle modalità di calcolo degli interessi di mora e cioè se sia possibile che quelli di mora siano sommati e cumulati a quelli compensativi. E ancora più a monte: tali oneri e costi eventuali confluiscono nelle rilevazioni statistiche dei tassi medi (TAEG) o solo nel costo complessivo del credito (TEG)? Occorre che le previsioni contrattuali si traducano nell'effettivo pagamento degli interessi moratori, affinché vi sia un danno, o basta la mera promessa, senza nessuna esecuzione contrattuale?

La tesi favorevole al computo degli interessi moratori ormai recisamente esclude che, in una verifica dell'usura che ricomprenda anche le remunerazioni richieste al cliente in caso di inadempimento, si debba procedere a sommare l'interesse corrispettivo all'interesse di mora. Si è chiarito che una simile operazione, talora alla base di alcune pronunce civili, è del tutto priva di fondamento logico, matematico ed infine giuridico. Vero è che spesso il tasso di mora è espresso come maggiorazione del tasso corrispettivo pattuito, ma ciò non significa che il tasso di mora debba essere sommato al tasso corrispettivo, visto che i due tassi si succedono, non si sommano: a seguito dell'inadempimento non si realizza alcun cumulo, sono dovuti solo gli interessi di mora. Inoltre il tasso di mora deve essere conteggiato non già sull'intero capitale (come i corrispettivi) ma sulla frazione mensile di capitale riportata in ammortamento; pertanto la sommatoria di un tasso corrispettivo e di un tasso moratorio, entrambi al di sotto del tasso soglia, solo in ipotesi estreme potrebbe determinare un superamento complessivo del tasso usura.

Inoltre il ritardo nel pagamento della prestazione, per ciascuna delle rate di rimborso, apre scenari futuri diversi, ciascuno con il proprio tasso di rendimento, quasi incalcolabili; sarebbe difficile, se non impossibile, prevedere l'effettivo impatto del tasso di mora sul costo complessivo del credito.

L'equivoco del calcolo degli interessi moratori e compensativi, cumulati entrambi nel medesimo conteggio come dati omogenei, è quindi stato sciolto. Si è specificato che solo ove la previsione di un tasso moratorio che in sé considerato, e non in forma additiva rispetto al tasso corrispettivo e ad alle altre voci di costo, sia tale da oltrepassare il tasso soglia, scatta la sanzione penale e la sanzione civile della nullità e dell'abbattimento del tasso di interesse ex art. 1815 comma 2 c.c., ferma restando la validità degli interessi corrispettivi. In poche parole, solo una previsione contrattuale che *ex ante*, al momento della pattuizione, preveda un tasso nominale di mora che oltrepassi il tasso soglia, integrerebbe la fattispecie di usura originaria.

⁵⁵ COLOMBO, *Riflessioni sull'usura bancaria, tra Shakespeare e le Istruzioni della Banca d'Italia*, in *Corr. Giur.*, 12, 2014, 1461 ss.; DOLMETTA, *Regole nuove per le rilevazioni usurarie*, in [questa pagina web](#).

5.3. La soluzione contraria alla rilevanza della mora.

A soluzione opposta giungono coloro che escludono radicalmente il computo del tasso degli interessi di mora pattuito contrattualmente ai fini della normativa anti usura, riservando, in tal caso, a tutela del debitore, il rimedio civilistico della eccessiva onerosità sopravvenuta. Nel senso della non incidenza degli interessi moratori sul tasso soglia per la configurabilità del delitto di usura depongono diversi decreti ministeriali trimestrali, in cui si sono espressamente esclusi dalla base di calcolo «gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo»⁵⁶.

La dottrina contraria al computo degli interessi moratori ha puntato sulla tradizionale distinzione tra interessi corrispettivi e moratori, fondata sulla diversa funzione che li caratterizza, rappresentando i primi la remunerazione per l'uso del denaro, mentre i secondi, dovuti a causa del ritardato pagamento, un risarcimento del danno in misura forfettaria; diversa è la natura, diversa la funzione economica, diversa l'operatività, già al momento della pattuizione.

Il tasso di mora costituisce una penalità contrattualmente prevista per il ritardato adempimento imputabile al debitore solo in via ipotetica ed eventualmente, la cui incidenza va rapportata all'entità del capitale non restituito e al protrarsi dell'inadempimento. Sono quindi vantaggi o interessi collegati, più **direttamente all'inadempimento** contrattuale, piuttosto che alla erogazione del credito. È evidente che, in ragione della natura risarcitoria e non compensativa del tasso di mora, a questo vada attribuita funzione sostitutiva e non additiva del tasso corrispettivo, venendo questo ad essere solo in via residuale ed eventuale. Non mancano quindi soluzioni più nette che escludono la rilevanza degli interessi di mora ai fini della verifica di usura, alimentando un netto *dietro front* da parte di alcune pronunce della giurisprudenza civile di merito che, sul presupposto che l'interesse di mora non è aggregato numerico facente parte delle rilevazioni statistiche della Banca d'Italia, nega che venga incluso tra i costi dell'operazione ed utilizzato nelle rilevazioni del tasso soglia globale di una singola operazione di credito⁵⁷. Più radicalmente, in assenza di una mancata rilevazione della mora nel procedimento di determinazione del tasso soglia, non sarebbe corretto includere nell'ammontare del costo complessivo del credito pattuito anche tassi non presi in considerazione⁵⁸.

Ma l'argomento forte è un altro. L'equiparazione tra interesse corrispettivo e moratorio trova limite nel fatto che il secondo è giuridicamente dovuto solo in caso di ritardo nell'adempimento. Non vi è un'obbligazione immediatamente azionabile, se non nel

⁵⁶ Decreto ministeriale 24 settembre 1998.

⁵⁷ Tribunale di Roma, 7 maggio 2015, n. 9168, in www.dirittobancario.it. Il Tribunale ha affermato il principio. Lo strumento attraverso il quale il mutuatario può ricevere tutela nel caso in cui gli interessi di mora siano pattuiti in misura eccessiva è quello offerto dall'art. 1384 c.c., strumento giudiziale dettato in tema di clausola penale, alla quale eziologicamente sarebbero riconducibili gli interessi di mora proprio in considerazione della funzione che gli stessi assolvono nella liquidazione forfettaria del danno da inadempimento della irrilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura.

⁵⁸ Tribunale di Milano 28 gennaio 14; Tribunale di Milano 8 marzo 2016.



3/2017

caso in cui si verifichi l'evento, **futuro ed incerto**, costituito dall'inadempimento. L'interesse moratorio non attiene all'originario sinallagma contrattuale, alla corrispettività e reciprocità tra prestazione e controprestazione, in quanto ipotizza una situazione di disequilibrio sopravvenuti determinato dall'inadempimento e dipendente esclusivamente dal comportamento del debitore. L'interesse moratorio può svolgere un ruolo dissuasivo, di intimidazione rispetto all'inadempimento, ricordando l'aggravio economico che ne deriverebbe, ma non è collegato alla erogazione del credito. Siamo dunque al di fuori del fenomeno dell'usura⁵⁹. In conclusione, la disciplina anti usura opera sul piano della **fisiologia del rapporto contrattuale**, e non qualora insorgano questioni patologiche; esclusa l'applicabilità della normativa (civile e penale) antiusura agli interessi di mora, residuerebbe, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, esclusivamente il rimedio ex art. 1384 c.c. o, al più, la disciplina del contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c., qualora l'esclusione degli interessi moratori dal conteggio di quelli rilevanti ai fini usurari abbia in concreto offerto all'usuraio la possibilità di eludere agevolmente il divieto legale, pattuendo, ad esempio, interessi corrispettivi appena al di sotto del limite legale e termini di pagamento delle rate di improbabile rispetto, al solo scopo di far decorrere interessi di mora, rendendo "normale" e legittima la corresponsione di interessi sostanzialmente usurari ed evitando così di incorrere nella relativa sanzione.

5.4. La soluzione mediana: eventuale rilevanza della mora nel calcolo del TEG.

La posizione più flessibile e mediana è quella secondo cui gli interessi moratori, sebbene esclusi dal calcolo del TEGM periodicamente rilevato dalla Banca d'Italia, possano essere tuttavia inclusi nella verifica empirica del rispetto dei limiti d'usura (TEG).

La posizione assunta della Banca d'Italia e dal Ministro dell'economia e delle Finanze, espressa nelle vigenti Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio sembra essere di quest'avviso: esclude espressamente che gli interessi di mora e gli oneri ad essi assimilabili contrattualmente previsti in caso di inadempimento siano oggetto di rilevazione ai fini del computo statistico dei tassi effettivi, in quanto essi si riferiscono a situazioni di deterioramento del rapporto contrattuale che normalmente

⁵⁹ ABF collegio di Napoli decisione n. 125/2014. Il collegio di coordinamento degli arbitri ha negato la sommatoria di interessi moratori e corrispettivi contrattualmente previsti, stante il rapporto di alternatività l'uno con l'altro. Anche la ricostruzione dell'arbitro bancario e finanziario ha enfatizzato la differenza funzionale tra interessi corrispettivi e moratori in ragione dell'assenza di una diretta correlazione tra condizioni di erogazione del credito e gli interessi di mora. Gli interessi moratori hanno un carattere risarcitorio che li pone su un piano assai diverso da quelli corrispettivi: la loro potenziale, possibile, applicazione impedisce che possano essere inclusi in una valutazione formale del regolamento contrattuale. Gli oneri di mora sono eventuali, non strettamente collegati all'erogazione del credito, svolgono una funzione risarcitoria assimilabile alla clausola penale, e quindi non sono computabili.

determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente previste⁶⁰.

Si consideri che l'eventuale inclusione degli interessi di mora nel conteggio del TEGM andrebbe ad innalzare le soglie applicabili ai normali rapporti contrattuali, contrassegnati da un puntuale adempimento. Gli interessi di mora sono dovuti solo a seguito di un eventuale inadempimento, e pertanto la loro inclusione nella rilevazione includerebbe un dato anomalo, con eccessivo innalzamento del tasso medio, e quindi di quello sogli, con un perverso effetto dannoso. Dall'alto lato, la Banca d'Italia non ha affermato che essi siano estranei alla normativa anti usura: per evitare il confronto con tassi disomogenei (TEG che include la mora, TAEG che la esclude) ha quindi individuato un indice percentuale di innalzamento del TEG.

Ma la questione attiene al quando possa operare questo indice di innalzamento. Occorre attendere che la previsione contrattuale produca effetti e che si verifichi l'inadempimento? In questo contesto così frammentato si collocano alcune tentativi della giurisprudenza civile di merito di "quadrare il cerchio", facendo confluire interessi moratori e spese eventuali nel conteggio del TEG purché **siano stati concretamente corrisposti**, ovvero purché si sia verificata la condizione cui è subordinato l'adempimento. Preso atto che l'art. 644 c.p. include, nel computo finalizzato alla verifica dell'usurarietà dei tassi di interesse *"commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito"*, e dunque anche i c.d. *oneri eventuali*, si afferma che la rilevanza degli interessi moratori «da risarcimento» non può prescindere *«dall'essersi verificato il medio logico che è pur necessario per la loro effettiva applicazione (mentre i corrispettivi corrono, per contro, proprio in ragione dell'avvenuta consegna del denaro ex art. 821 c.c.)»*. Ciò posto, prosegue la decisione, l'«interesse moratorio, ovvero ogni onere eventuale, entra ... nel calcolo del TEG solo se si sia **verificato ritardo** nel pagamento della rata (o le diverse condizioni di contratto cui era subordinata la sua applicabilità). Segue, a contrario, l'irrilevanza, ai fini della verifica di usurarietà, delle voci di costo, bensì collegate all'erogazione del credito, ma meramente potenziali o del tutto irreali»⁶¹. Sembrerebbe quindi far di nuovo capolino l'usura sopravvenuta. La questione è ancora aperta e gravida di perplessità.

5.5. Orientamenti recenti della giurisprudenza civile in tema di estinzione anticipata.

Medesima soluzione viene affermata in tema di chiusura anticipata del credito. La più recente giurisprudenza civile si è espressa nel senso che anche questo costo

⁶⁰ Nel *Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura* del 12 agosto 2009, Banca d'Italia ha chiarito che gli interessi di mora sono esclusi dalla rilevazione del TEGM, in quanto «riferiti a situazioni di deterioramento del rapporto ed a casi di inadempimento, che normalmente determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente applicate», sicché la loro eventuale inclusione nel TEG «andrebbe ad innalzare le soglie applicabili ai rapporti "normali" lasciando margini per ingiustificati arricchimenti nell'onerosità del finanziamento»; aggiungendo che è allo studio «una rilevazione degli interessi di mora, separata dal TEG, che potrà fornire utili informazioni per le valutazioni sulla usurarietà dei tassi, anche nei casi di morosità del debitore».

⁶¹ Tribunale Torino, 27 aprile 2016.

promesso in pagamento dal mutuatario per l'esercizio del relativo diritto potestativo, debba rilevare ai fini della normativa antiusura, determinando, in caso di debordo del tasso soglia, la gratuità del finanziamento ai sensi dell'art. 1815, 2° comma, c.c. Nessun ostacolo si rinviene nella vigente normativa che fa riferimento solo alla promessa usuraria e al momento in cui questa viene resa, *disinteressandosi del successivo svolgimento del rapporto*. Non v'è una disposizione normativa né una ragione plausibile che autorizzi a conferire tutela *ex artt. 644 c.p. e 1815, 2° comma c.c.*, alla fase della mora solo perché questa trova ingresso per inadempimento del mutuatario, mentre la neghi alla ipotesi di estinzione anticipata solo perché qui vi è esercizio di un diritto potestativo, svincolato dal verificarsi di ogni condizione futura ed incerta. In entrambi i casi, tali costi trovano ingresso nel computo per un comportamento imputabile alla parte finanziata; in entrambi i casi, costituiscono obblighi assunti dal debitore al momento della pattuizione del contratto bancario.

In buona sostanza, non solo gli interessi convenzionali o moratori debbono sottostare al vaglio della normativa antiusura, ma anche **qualsiasi altro costo** (escluse imposte e tasse) connesso al finanziamento che il cliente ha anche solo promesso di pagare, ma non ha mai pagato. Si argomenta quindi che, dal momento che la legge punisce la sola promessa di pagare costi usurari (qualora non sia seguita dalla dazione), è sufficiente la semplice stipula della clausola senza necessità che il fatto ivi ipotizzato si concretizzi, ovvero che il cliente ne paghi il costo convenuto. Trattandosi di promessa usuraria da valutarsi con giudizio prognostico *ex ante* al momento della pattuizione del finanziamento, è sufficiente la sola potenzialità che il costo usurario si verifichi sulla scorta delle condizioni contrattuali, a nulla rilevando persino che detto costo, già al momento della contestazione o dell'azione legale, non possa più verificarsi.

In conclusione, il costo promesso per l'estinzione anticipata, eventuale ma potenzialmente verificabile, soggiace alla normativa antiusura. L'onnicomprensività della locuzione adoperata dal legislatore in tema di usura, è tale da non lasciare fuori dal computo del TAEG nessun tipo di costo collegato all'erogazione del credito⁶².

5.6. La giurisprudenza penale in tema di estinzione anticipata.

In senso del tutto opposto alla giurisprudenza civile si muove invece la giurisprudenza penale, chiamata a pronunciarsi in caso di penale per estinzione anticipata del mutuo. A differenza del tema della rilevanza e del computo degli interessi corrispettivi, del tutto assente nelle pronunce sia di merito sia di legittimità, la questione degli oneri eventuali è stata affrontata efficacemente dalla Cassazione.

⁶² Tribunale di Udine, Sez. II, 26 settembre 2014; Tribunale di Pescara, ordinanza del 28.11.2014; Tribunale di Bari, ordinanza del 1 dicembre 2014; Tribunale di Bari, ordinanza del 19 ottobre 2015; Tribunale di Bari, ordinanza del 27 novembre 2015; Corte di Appello di Venezia, 18 febbraio 2013; Tribunale di Padova, ordinanza 13 maggio 2014; Tribunale di Udine del 26 settembre 2014; Tribunale di Rimini, ordinanza 27 aprile 2015; Tribunale di Padova, Sez. I Civ., 30 giugno 2015, n. 1999; Tribunale di Rovereto, 30 giugno 2015, n.178; Tribunale di Torino, ordinanza 20 giugno 2015.

L'iter argomentativo della Suprema Corte si articola secondo i seguenti: 1) l'art. 644 c.p. sanziona la ricezione (anche sotto forma di sola "promessa") di "interessi o vantaggi usurari" quale "corrispettivo" di una prestazione di denaro o di altra utilità; 2) i vantaggi sono gli illegittimi profitti, di qualsivoglia natura che l'*accipiens* riceve e che hanno un valore eccedente la norma, raffrontato alla controprestazione; 3) il collegamento che il legislatore, ex art. 644 c.c. pone tra le prestazioni, rispettivamente dovute dall'*accipiens* e dal *solvens*, con l'uso del termine "corrispettivo", rende evidente come il "pagamento" (usurario) debba trovare causa e relazione diretta con quanto dato dal soggetto attivo; 4) il dato testuale pone in stretta correlazione diretta gli interessi o i vantaggi (usurari) conseguibili all'*accipiens*, con la prestazione da quest'ultimo effettuata (dazione di denaro o di altra utilità).

Da quanto sopra deriva, in via generale, che la "clausola penale" per la sua funzione (desumibile dal dettato degli artt. 1382 - 1386 c.c.) non può essere considerata come parte di quel "corrispettivo" che previsto dall'art. 644 c.p. può assumere carattere di illiceità, poiché sul piano giuridico l'obbligazione nascente dalla clausola penale non si pone come corrispettivo dell'obbligazione principale, ma come effetto derivante da **una diversa causa che è l' inadempimento**, e pertanto rimane estranea rispetto al sinallagma pattuito, determinando nuove condizioni di equilibrio del rapporto negoziale tra le controparti.

La "clausola penale" sfugge, per sua natura, dalla previsione prevista dall'art.644 c.p. che contempla la diversa ipotesi di sperequazione fra prestazioni reciproche; essa ha funzione "sanzionatoria" e "risarcitoria" e non "corrispettiva" o "retributiva" ed è quindi soggetta al diverso regime giuridico previsto dall'art. 1384 c.c. (norma per la quale la clausola penale può essere diminuita "equamente" dal giudice)⁶³.

Tale principio vale, ovviamente nella misura in cui le parti, con la "clausola penale" non abbiano **dissimulato** il pagamento di un corrispettivo (usurario), attraverso un "simulato", "preordinato" e consapevole inadempimento. In quest'ultimo caso, la clausola penale assume una funzione **integrativa del corrispettivo** dovuto dall'affittuario, e la complessiva prestazione assume un carattere decisamente usurario per manifesta sproporzione con la controprestazione o per superamento del tasso soglia. in tal caso la clausola penale si presta a strumento di una simulazione con finalità elusive del precetto penale a tutela del regime negoziale delle prestazioni corrispettive

La Cassazione ha quindi ritenuto che i giudici di merito debbano spiegare sulla base di quali fatti giuridicamente apprezzabili si possa desumere che le parti abbiano inteso la "clausola penale" come componente (illegittima) di un "corrispettivo" direttamente connesso alle reciproche obbligazioni principali derivanti dal contratto, non essendo consentita una semplicistica equiparazione tra usura contrattuale e clausola penale in assenza di eventuali accordi simulatori tra le parti. Da questo punto di vista è del tutto insufficiente se non illogico, l'affermazione per la quale il carattere di "corrispettività" dovuta a "titolo di penale", è desumibile dal fatto che la clausola in

⁶³ Anche la direttiva 2008/48/CE (art. 19 par. 2) confora il principio secondo nel Tasso annuo effettivo globale del consumatore si deve conteggiare l'intero costo, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi contrattuali.

esame avesse il carattere di essenzialità. Infatti, sul piano giuridico, l'assunto non spiega le ragioni per le quali alla clausola debba essere attribuita una **funzione causale diversa** da quella apparente, derivante dalla lettura del contratto.

Solo allorquando la previsione di interessi moratori oltre il tasso soglia **dissimuli un accordo** (non un contratto) **usurario**, queste voci di costo confluiranno nel TEG. Se l'accordo prevede un preordinato inadempimento, che cela artificiosamente un contratto usurario, magari di quasi certa o altamente probabile attuazione, si riattiva la tutela penalistica. E in questo caso poco importa che l'usura si sia rilevata con la mera promessa o con l'effettiva dazione. Sarà una valutazione complessiva del caso concreto, piuttosto che un rigido automatismo, a guidare il giudice, ove l'elemento del dolo assume un ruolo centrale ⁶⁴.

Il dolo assurge quindi a chiave di soluzione del problema, consentendo di tracciare strade sempre più nette e distinte tra usura penale e usura civile (persino giungendo ad escludere sia l'una che l'altra), delimitando l'assetto sanzionatorio antiusura che il legislatore ha predisposto per situazioni specifiche di effettivo danno o pericolo.

5.7. Il dolo (diretto) dell'usura.

L'indagine si sposta quindi sulla componente soggettiva del reato⁶⁵. Del tutto pacifica è la genericità del dolo richiesto dalla norma incriminatrice: basta che l'agente si rappresenti e voglia farsi dare o promettere, tramite la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive, interessi usurari *ex lege*, oppure interessi usurari in concreto da persona in difficoltà economico-finanziaria⁶⁶. Nell'oggetto della rappresentazione dell'agente dovrà necessariamente essere compresa l'entità illegale del corrispettivo ottenuto in promessa. E poiché la conoscenza e consapevolezza della natura usuraria degli interessi pattuiti è garantita dalla pubblicazione del tasso soglia nella Gazzetta Ufficiale, l'elemento conoscitivo del dolo risulta di facile accertamento.

Le questioni maggiormente pregnanti involgono la configurabilità o meno dell'usura sorretta da **dolo eventuale**. L'ammissibilità del dolo eventuale è stata

⁶⁴ Cass. Sez. II, 25 ottobre 2012 n.5683, dep. 05 febbraio 2013. La fattispecie riguarda un contratto di affitto di azienda che prevede una "clausola penale" per il caso di inadempimento (o di ritardo) delle obbligazioni attinenti al pagamento del canone di locazione, degli oneri accessori e delle spese condominiali. A seguito dell'inadempimento della società conduttrice, l'indagato, facendo valere la clausola penale otteneva un decreto ingiuntivo che prevedeva la condanna della società conduttrice al pagamento di una somma assai cospicua. Contestualmente al giudizio civile, veniva iniziato procedimento penale nei confronti della società locatrice per il delitto di usura, in relazione all'esecuzione della clausola (penale) prevista nel contratto di locazione prevista per le ipotesi di inadempimento o di ritardo.

⁶⁵ Rispetto la disciplina originaria, quella attuale ha realizzato l'obiettivo della semplificazione anche sotto il profilo psicologico, semplificando i problemi concernenti il dolo e il suo accertamento, così MUCCIARELLI, op. cit., 518.

⁶⁶ In proposito, MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., 46-47; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte speciale, vol. II, t. II, *I Delitti contro il patrimonio*, Bologna, V ed., 225.

sostenuta talora dalla giurisprudenza che ha ritenuto che l'elemento soggettivo sussista anche quando vi sia la prova che l'agente "abbia accettato il rischio che la controprestazione fosse usuraria, cioè che il corrispettivo ottenuto in promessa o percepito fosse superiore alla soglia legale"⁶⁷. L'affermazione va certamente ridimensionata: essa non può essere intesa come accettazione del rischio che il tasso divenga usurario, in quanto, come sappiamo, è solo al momento della pattuizione che occorre guardare per definire la natura usuraria o meno. Invero, questo aspetto cognitivo attiene alla questione ben diversa, della conoscenza e conoscibilità del tasso usurario, tema che attiene all'errore su legge penale integratrice, e che è anch'esso risolto in modo *tranchant* dalla giurisprudenza nel senso, più volte ribadito, dell'irrelevanza.

Alla conoscenza presunta del tasso usura si collega inscindibilmente la volontà di contrarre un contratto usurario. Ne segue che la conoscenza legale presunta del tasso soglia impedisce la configurazione del dolo eventuale, il quale è strutturalmente incompatibile con il delitto di usura originaria, poiché connesso ad una dimensione cognitiva consistente nell'accettazione del rischio di verificazione di un evento futuro, non di un evento passato. Ma, prescindendo dal fatto che l'usura è un reato di pura condotta, ammettere il dolo eventuale corrisponderebbe ad ammettere il rischio di una possibile e futura evoluzione in senso oltre soglia del tasso originariamente pattuito (magari a seguito dell'azionarsi di clausole che regolano l'inadempimento o il recesso anticipato). Ma esiste solo l'usura originaria, e l'usura sopravvenuta è categoricamente esclusa nel nostro ordinamento. È il momento della pattuizione che cristallizza la natura illecita o meno del rapporto di credito.

È evidente che la configurazione normativa attuale della fattispecie esclude in radice che possa configurarsi un'usura sopravvenuta, e con essa, il dolo eventuale di una futura evoluzione oltre soglia del tasso.

Neppure il dolo eventuale può consistere nell'accettazione del rischio che il contratto sia usurario *ab origine*. Infatti, il dolo eventuale o indiretto postula una pluralità di eventi (conseguenti all'azione dell'agente e da questi voluti in via alternativa o sussidiaria nell'attuazione del suo proposito criminoso) che non è propria del reato di usura, in cui vi è l'attingimento dell'unico evento di ottenere la corresponsione o la promessa di interessi o vantaggi che hanno oggettivamente natura usuraria, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, e non conta affatto il falso o erroneo convincimento dell'operatore, trattandosi di errore non scusabile ex art. 5 c.p..

In questa direzione si registra un risalente orientamento, anteriore alla riforma, ma recentemente ribadito dalla Cassazione, secondo cui il reato di usura è punibile solo a titolo di dolo diretto, che consiste nella cosciente volontà di conseguire i vantaggi usurari⁶⁸. Inoltre occorrerebbe anche dimostrare la componente volitiva, sia pur minima,

⁶⁷ MANNA, *La nuova legge sull'usura: un modello di tecniche incrociate di tutela*, Torino 1997, 69; ID., *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 607.

⁶⁸ Cass. pen., 21 novembre 2016, n.4; Cass. pen., Sez. II, 21 giugno 1983 n. 178, dep. 01 marzo 1984, Gaiotto, Rv. 162875; Cass. pen., Sez. II, 12 gennaio 1983, n. 6611 - Priotti, Rv. 159935.

del dolo eventuale, ovvero la volizione del sacrificio – pure eventuale – arrecato al bene tutelato dalla norma.

Per queste ragioni si potrebbe al più considerare compatibile il dolo eventuale solo per l'usura in concreto, qualora colui che si sia fatto dare o promettere prestazioni sproporzionate non possa non essersi rappresentato che la controparte versasse in condizioni di difficoltà economico finanziaria⁶⁹.

5.8. La promessa di interessi o vantaggi solo eventualmente usurari. Prove tecniche di lettura della norma penale.

Ci si chiede ora se la tutela penale del contraente debole possa legittimamente spingersi fino a comprendere la mera promessa o mera pattuizione di clausole squilibrate e svantaggiose che possano **solo in ipotesi e in futuro eventualmente** oltrepassare il tasso soglia. È corretto, come fa la giurisprudenza civilistica, ritenere che la promessa segna il perfezionamento del reato anche se le condizioni economicamente sfavorevoli non sono immediatamente azionabili e non producono effetti? Basta la mera previsione di clausole accessorie che prevedano il possibile superamento del tasso soglia in caso di inadempimento, interessi moratori, clausole eventuali, a dipingere di illiceità penale la pattuizione del regolamento contrattuale?

La soluzione correttiva a questa evidente distorsione della norma penale tocca due piani. Il primo è quello dell'offesa e indaga sulla *ratio* di tutela e sulla struttura di reato, il secondo tocca l'elemento soggettivo, attiene al fatto, ed è stata percorsa dalla giurisprudenza penale.

La norma, si è detto, non pone un divieto formale di pattuizione di interessi usurari; essa vieta di creare una negoziazione sproporzionata e sbilanciata economicamente a favore di una sola parte. La "sufficienza della promessa", non può snaturare il giudizio di reale pericolosità della condotta, fino ad includere il pericolo futuro. Gli interessi eventuali, potenziali, non possono entrare nel computo perché si tratterebbe di un'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità ben oltre i confini del pericolo. La punizione della promessa di pagamento di interessi originariamente ma anche contestualmente e concretamente usurari segna il limite estremo oltre il quale non è possibile anticipare la soglia di punibilità, se non sostituendosi al legislatore.

La formalistica costruzione effettuata dalla giurisprudenza civilistica tradisce la *ratio* di tutela della norma penale. Costi meramente potenziali, non dovuti, subordinati al verificarsi di eventi futuri, solo possibili, ma non probabili, non possono essere conteggiati *ex ante*, se non a pena di anticipare oltre misura la soglia della punibilità, oltre lo stadio del pericolo presunto. Non basta la possibilità di verifica del danno, ma occorre una valutazione probabilistica che tenga conto complessivamente del regolamento contrattuale, di eventuali accordi, della condizione economica del cliente.

⁶⁹ Così Cass. pen., Sez. VI, n. 36346 del 2003, in *Cass. Pen.*, 2004, 4082; Cass. pen., Sez. III, n. 7630 del 2000, in *Guida al diritto*, 2000, fasc. 33, 73.



3/2017

L'onere potenziale ed eventuale, solo perché promesso, non è rilevante. Il giudizio di sproporzione, cristallizzato nel tasso soglia, è un giudizio probabilistico *ex ante e a priori* che non può includere, come base ontologica, anche le ipotesi solo possibili e astrattamente disciplinate, ma non immediatamente azionabili.

Il punto è che la tutela formale e sostanziale del contraente debole si arresta allorché questi, da parte debole, meritevole di tutela, si comporti in modo difforme rispetto le obbligazioni principali corrispettive assunte e fuoriesca dall'ottica della fisiologia del rapporto contrattuale.

Pur ammettendo che vi sia usura sul piano oggettivo in caso di pattuizione di oneri eventuali che, solo in caso di scenari futuri, siano esigibili, verrebbe a mancare l'elemento soggettivo, trattandosi di fattispecie punibile esclusivamente a titolo di dolo diretto, che non comprende la possibile futura usurarietà del tasso.

La previsione di clausole vessatorie eventuali se può far scattare gli effetti civili della rescissione del contratto, certamente non può integrare usura penale, se non stravolgendo la *ratio* di tutela della norma e i principi fondamentali del diritto penale.