

TRATTAZIONE LOGICO-POSITIVA DELL'USURA BANCARIA E IL SOGNO LEIBNIZIANO DEL *CALCULEMUS*: LA BELLEZZA COME METODO, TRA (IN)CALCOLABILITÀ GIURIMETRICA E GIURIDICA... ANCHE DOPO LE SEZIONI UNITE (*)

DI MARCO ROSSI¹

Prolusione

Chi fa il mestiere di giurista – ricorda Natalino Irti – non può non avvertire un disperato bisogno di chiarezza e – aggiungo io – non può quindi non impegnarsi nella ricerca di un metodo, al fine d'individuare e possibilmente imboccare la via (*hodós*) per andare oltre (*metá*) il ginepraio giuridico creato oggi da quel fenomeno di generalizzata nomorrea (nelle sue declinazioni positive e di diritto vivente), che rende l'attività di stima dell'esito di una controversia giudiziale un'arte aruspicina del Fegato di Piacenza.

Tuttavia, poiché il problema (*probállein* "mettere innanzi") viene prima del metodo, lo enucleo qui, subito, salvo approfondirne le varie epifanie nel corso dell'analisi. Lo gnommero gaddiano che vorrei gordianamente sbrogliare o, se si vuole, la *research question* a cui aspiro dare risposta è se l'usura bancaria sia oggi fenomeno giuridicamente calcolabile, nel doppio senso (debole e forte) che attribuisco a tale sintagma: calcolabilità giurimetrica e calcolabilità giuridica *tout court*.

La prima a indicare la calcolabilità matematica del fenomeno, dati però alcuni presupposti (potremmo azzardare: assiomi) giuridici; la seconda a indicare, invece, la prevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia d'usura (²).

Logomachie sull'usura bancaria: *telos* dell'analisi

(*) Dopo il completamento di questo scritto è stata depositata Cass., Sez. Un. 20/06/2018, n. 16303. La sentenza ha confermato il dubbio che avevo espresso nella versione originale del presente scritto overerosia che senza transdisciplinarietà non sia possibile neppure tendere alla bellezza del diritto. La transdisciplinarietà – da non confondere con le più prosaiche multidisciplinarietà o interdisciplinarietà – supera le varie discipline e, al contempo, le attraversa al fine di porre fine alla duplicità di culture (umanistica e scientifica) di cui ha parlato per primo SNOW [C. P.], *The Two Cultures and the Scientific Revolution*, Cambridge, 1959; trad. it., *Le due culture*, Venezia, 2005.

(¹) Avvocato, managing partner dello Studio Rossi Rossi & Partners. Presidente del Comitato scientifico del Centro Studi Alma lura. Collaboratore de Il Sole 24 Ore.

(²) Quest'ultimo concetto risale a Max Weber, che vedeva in esso un «bisogno vitale del capitalismo moderno». Per ampi spunti si veda il bellissimo lavoro seminale sul tema di AA.vv., *Calcolabilità giuridica*, a cura di CARLEO [A.], Bologna, 2017.

Da oltre vent'anni, il contenzioso sull'usura bancaria è torrenziale, a volte carsico, molto più spesso simile a una guerra di religione, un'Amba Aradam etiopico in cui le tesi giuridiche si (con)fondono con quelle di matematica finanziaria – spesso con quelle di semplice aritmetica da scuola primaria – e con quelle di tecnica bancaria o di computisteria ragionieristica.

Su ogni aspetto tecnico e giuridico, entrambe le fazioni (clienti bancari da una parte, banche e società finanziarie dall'altra) riescono policantisticamente a esprimere quasi sempre ⁽³⁾ idee che – *prima facie* – appaiono condivisibili e ciò spiega il *chaos d'idées claires* della giurisprudenza tutta: di merito e di Cassazione.

Spesso, infatti, le tesi opposte, singolarmente considerate, manifestano una coerenza che spiazza. Il marrimento lascia però posto alla serena consapevolezza laddove ci si avvede che si tratta di una coerenza puramente interna, owerosia di una “coerenza, dati alcuni presupposti”. È proprio su questi presupposti che penso valga la pena prendere consapevole posizione scientifica, se non altro per evitare di dare spettacolo da Grand Guignol, ove il prosaico mercato delle opinioni porta spesso a una defatigante logomachia; logomachia che, purtroppo, ha anche assorbito la voce delle Sezioni Unite, non sempre in grado di opporre al *mythos* il *logos* ⁽⁴⁾.

Il *telos* del presente scritto è, quindi, quello d'evidenziare le cecità locali che affliggono le tesi di debitori e creditori, scarnificando i concetti alla ricerca di una teoria ecosistemica, popperianamente falsificabile, che offra una visione satellitare della questione analizzata.

Dall'etico all'(est)etico: *téchne* della presente analisi

La *téchne* del presente scritto è ben rappresentata dall'apoftegma di Ludwig Wittgenstein, che nella sua *Vorwort* al *Tractatus Logico-Philosophicus* scriveva:

«Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen».

«Quanto può dirsi, si può dir chiaro; e su ciò di cui non si può parlare, si deve tacere» ⁽⁵⁾.

Non si può parlare di etica e di metafisica ma solo di logica: il parlare, per avere senso, deve rispondere a regole.

Si parva licet componere magnis, cercherò quindi di:

- 1) seguire il filo d'Arianna del *clare loqui*;
- 2) evitare di fornire valutazioni etiche alle soluzioni giuridiche cui perverrò, senza paura di scatenare gli stridi delle immancabili oche del Campidoglio (le stesse oche che probabilmente starnizzeranno, facendo notare che si dovrebbe dire: *le strida*);

⁽³⁾ Fa eccezione la tesi della “sommatoria *tout court*” di tasso compensativo e tasso di mora, su cui *infra* nel testo.

⁽⁴⁾ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 20/6/2018, n. 16303.

⁽⁵⁾ È singolare che i più siano soliti travisare tale affermazione banalizzandola in «Chi non sa, taccia». Se così fosse, Wittgenstein sarebbe da considerare un più moderno (e solo spiritoso, ma per nulla utile al pensiero) Jacques de La Palice (o, meglio, un modernissimo Massimo Catalano) e ben potremmo considerare il suo *Tractatus* un tipico esempio di *bed side reading*. Per fortuna, non è questo il senso della proposizione.

3) procedere secondo il metodo logico-positivo, facendomi guidare dalla bellezza delle soluzioni come criterio di verità e correttezza. Eliderò, quindi, il piano etico per confrontarmi solo su quello (est)etico, *tmési* che indica che il secondo piano comprende, in sostanza e in etimo, il primo. Andrò alla ricerca di una soluzione giuridica *bella*, convinto che il diritto – come la matematica – debba rispondere a rigorosi canoni estetici. Parafrasando Godfrey Harold Hardy, reputo che i modelli di un giurista, come quelli di un pittore o di un poeta, debbano essere belli; le soluzioni giuridiche, come i colori o le parole, devono legarsi in modo armonioso. La bellezza è il requisito fondamentale: al mondo non c'è posto per il diritto brutto ⁽⁶⁾. Il mio tentativo è quello d'offrire un quadro d'insieme diverso da quello tradizionale, secondo un riordinamento della *gestalt* visiva tipico, secondo la metafora khuniana, di un mutamento di paradigma. Già nella Grecia arcaica, peraltro, il concetto di *kalokagathia* indicava un legame diretto tra il bello e il buono (*kalós kái agathós*), tra l'(est)etica e l'etica ⁽⁷⁾ e, per quanto mi riguarda, tale rapporto esiste non solo per le *hard sciences* ma anche per quella che è la regina delle scienze sociali owerosia il diritto. È doveroso, a questo punto, che m'impegni nello spiegare al Lettore cosa intendo per bellezza di una teoria giuridica, precisando, fin da subito, che essa non corrisponde al concetto di *semplicità pratica*, intesa come facilità di descrizione della teoria stessa. Essa corrisponde al diverso concetto di *semplicità logica* intesa come economia concettuale ⁽⁸⁾. Una teoria giuridica bella è quella che possiede un elevato grado di necessità (overosia d'inevitabilità) e di semplicità logica, in quanto in grado di spiegare molto con pochi concetti (*multa paucis*). Prendendo in prestito la distinzione posta da Abraham Moles tra complicato e complesso, possiamo constatare che una teoria giuridica bella può essere complessa (costituita cioè da più elementi ma raggruppabili in poche categorie) ma mai complicata (costituita cioè da più elementi appartenenti a molte categorie diverse). La bellezza, come io la intendo, è la «bellezza di una struttura perfetta, in cui tutte le parti si adattano l'una all'altra e niente può essere cambiato – la bellezza della rigidità logica». È bella quella soluzione giuridica che presenta un elevato grado d'inevitabilità ed economia ⁽⁹⁾ e, quindi, di calcolabilità giuridica.

Struttura della norma sull'usura

Partirei da tre constatazioni sulla normativa antiusura per poi giungere a una conclusione sulla sua struttura, convinto che si capisca meglio per derivazione che per definizione.

1) L'art. 644, comma 4, cp (*id est* l'art. 1 L. 108/96) introduce nel nostro ordinamento giuridico il concetto di "*tasso di interesse usurario*" (d'ora in avanti, per

⁽⁶⁾ HARDY [G. H.], *A Mathematician's Apology*, Cambridge, 1940; trad. it., *Apologia di un matematico*, Milano, 2002, 67.

⁽⁷⁾ Per una descrizione della bellezza come valore morale supremo si veda MOORE [G. E.], *Principia Ethica*, Londra, 1960; trad. it., *Principia Ethica*, Milano, 1964.

⁽⁸⁾ Sulle diverse tipologie di semplicità si veda BUNGE [M.], *The Weight of Simplicity in the Construction and Assaying of Scientific Theories*, in *Philosophy of Science*, 28, 1961, 120 – 149.

⁽⁹⁾ Per una descrizione delle due versioni (debole e forte) di utilizzo della bellezza come metodo in matematica si veda MCALLISTER [J. W.], *Dirac and the Aesthetic Evaluation of Theories*, in *Methodology and Science*, 23, 1990, 87 – 102.

convenzione, Tiu) ⁽¹⁰⁾, provvedendo poi a indicare le voci di costo che devono essere considerate nel conteggio (la norma dice espressamente: "*si tiene conto*"). Per ora non voglio, però, intrattenermi su tali voci, su cui tornerò oltre;

2) L'art. 644, comma 3, cp introduce, invece, nel nostro ordinamento un ulteriore e diverso concetto ovvero sia "*il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*", che si sarebbe tentati – seguendo la *vulgata* – di ridurre all'acronimo Tsu (Tasso soglia d'usura) ma che chiamerò, suggerendo così di resistere alla forza di gravitazione di tale abitudine, *soglia d'usura*. Mi sia consentita un'osservazione parentetica: tale ultima specificazione, come avrò modo di dimostrare, è importante in quanto sottolinea che Tiu e soglia d'usura sono due concetti ontologicamente differenti. Il Tiu è un vero e proprio tasso ovvero sia un rapporto, inteso come risultato di un'operazione aritmetica di divisione; la soglia d'usura dei finanziamenti a utilizzo flessibile, invece, non è propriamente un tasso ma è un numero percentuale di raffronto risultante dalla somma (senza alcun senso finanziario) tra due tassi, numero percentuale risultante dall'utilizzo di una formula appositamente congegnata con finalità statistica. Svilupperò oltre tale considerazione da cui trarrò le debite conseguenze;

3) Sempre l'art. 644, comma 3, cp indica che è la *legge* a stabilire la soglia d'usura. Quale sia questa legge è facile a dirsi: l'art. 2 L. 108/96, che effettua due deleghe importanti al Ministero delle finanze (Mef) – già Ministero del tesoro – sentita Banca d'Italia ⁽¹¹⁾:

a) la rilevazione, ogni trimestre, di un tasso effettivo globale medio su base annua ⁽¹²⁾ degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari per operazioni della stessa natura. Sarebbe corretto chiamare questo tasso Taegm (per Tasso annuo effettivo globale medio), anche se normalmente viene indicato scorrettamente come Tegm (Tasso effettivo globale medio), elidendo il fatto che si dovrebbe trattare di un tasso annuo. Ma tant'è ⁽¹³⁾.

Tale Tegm è, infine, sottoposto a una correzione in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento ed è, poi, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale (Gu);

b) la classificazione annua delle operazioni per categorie omogenee ⁽¹⁴⁾.

L'art. 2 L. 108/96 stabilisce, infine, che la soglia d'usura è calcolata dalla legge prendendo l'ultimo Tegm pubblicato sulla Gu, relativo alla categoria di operazioni in cui il credito è

⁽¹⁰⁾ Penso che per denominare il tasso d'interesse usurario di cui al comma 3 dell'art. 644 cp sia deceptivo utilizzare sia l'acronimo Teg (che rimanda al Teg delle Istruzioni di Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio) sia Taeg (che rimanda alla differente disciplina sulla trasparenza) e vada quindi preferito quello più immediato – perché parafrasa il testo normativo – di Tiu, che evita confusioni e sinonimie acronimiche.

⁽¹¹⁾ E, in passato, l'Ufficio italiano dei cambi (Uic), che però dal 1° gennaio 2008 è confluito in Banca d'Italia.

⁽¹²⁾ Pare incredibile constatare che, per i finanziamenti a utilizzo flessibile, la formula del Teg (da cui si ricava il Tegm e poi la soglia d'usura) non esprima, contrariamente a quanto suggerisce l'acronimo, un Tasso e che, comunque, esso non sia Effettivo, Globale e neppure Annuo. Su tali aspetti rimando oltre nel testo.

⁽¹³⁾ Ribadisco che il TEG (e quindi il TEGM e la soglia) dei finanziamenti a utilizzo flessibile non è neppure un tasso ma semmai la somma tra due tassi.

⁽¹⁴⁾ Non tratterò qui il tema della legittimità o meno della segmentazione delle categorie, che pur presenta molti aspetti d'interesse.

compreso, aumentandolo della metà (sino al 2011) e aumentandolo di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, con la precisazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali (dal 2011 a oggi) ⁽¹⁵⁾.

La conclusione giuridica che si trae sulla struttura della norma (art. 644 cp) è che essa è norma penale (parzialmente) in bianco, ovvero sia norma che attende da altre fonti la sua integrazione ⁽¹⁶⁾, nello specifico dai decreti ministeriali del Mef di rilevazione del Tegm. Questo è il fomite del problema qui indagato.

Il museo delle aprioristiche: gli interessi moratori tra rilevanza e (in)calcolabilità giurimetrica

Il contenzioso e lo scontro d'idee sull'usura ha spesso l'aspetto di ciò che per de Finetti era la filosofia più deleteria: una sterile arena di acrobazie verbali e di ludi dialettici; vero e proprio museo di aprioristiche.

Vale la pena principiare dalla tesi della sommatoria *tout court* tra tasso compensativo e tasso moratorio nei finanziamenti a piano di rimborso prestabilito (mutui, leasing, prestiti personali o finalizzati), tesi che definirei una vera e propria *coïonnerie* matematica ma la cui analisi critica è utile al giurista per evidenziare un principio matematico che può essere utile altrove.

La tesi sostiene l'insostenibile aritmetico: per esempio, un mutuo con ammortamento alla francese e con un tasso compensativo del 10% e un tasso di mora del 12% (magari – ma non necessariamente – strutturato come tasso compensativo oltre a uno *spread* di mora, nel nostro caso del 2%) darebbe come risultato un tasso complessivo del 22%.

Chi ha perorato tale tesi è evidentemente affetto da analfabetismo aritmetico poiché non s'awede che dire che un tasso è del 10% o del 12% (o complessivo del 22%) non ha alcun significato se tale affermazione non s'accompagna con l'imprescindibile specificazione della base di calcolo su cui effettuare la moltiplicazione del tasso: 10% di cosa? 12% di cosa? un conto è il 10% (o il 12%) di 100 euro, altro è il 10% (o il 12%) di 1 milione di euro.

Il 10% e il 12% si possono sommare (e fornire come risultato il 22%) solo se la base di calcolo delle due percentuali è identica, ma per i tassi compensativi e moratori ciò non

⁽¹⁵⁾ L'originaria formulazione dell'art. 2 L. 108/96 che prevedeva l'aumento del Tegm della metà è stata modificata dall'art. 8, comma 5, lettera d) DL 13/5/2011, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, L. 12/7/2011, n. 106.

⁽¹⁶⁾ ROMANO [M.], *Commentario sistematico al codice penale*, I, sub art. 1, Milano, 2004, 20. In giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 24/3/1984, n. 2372: «costituiscono norme penali in bianco quelle che, contenendo già un precetto e una sanzione determinata (almeno nei limiti massimi), rinviando per la specificazione o integrazione del contenuto del precetto ad un atto normativo di grado inferiore o a un provvedimento della p.a. o ad una legge extrapenale»; Cass. pen., 19/12/2011, n. 46669 «La norma di cui all'art. 644 c.p. configura una norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie incriminatrice giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia ad una fonte diversa da quella penale». Conformi: Cass. pen., Sez. II, 26/3/2010, n. 12028; Cass. pen., Sez. II, 25/2/2009, n. 8551; Cass. pen., Sez. II, 18/3/2003, n. 20148; Trib. Rimini, 10/3/2018; Trib. Padova, 10/3/2017; Trib. Pistoia, 7/3/2017, n. 222; Trib. Cosenza, GIP, 21/9/2016; Trib. Arezzo, 29/1/2013; Trib. Vibo Valentia, 8/2/2011, n. 129.

avviene in quanto i primi (in un classico ammortamento alla francese) si calcolano sul capitale residuo mentre i moratori (normalmente) ⁽¹⁷⁾ sulle rate scadute.

La tesi che pretende di sommare due tassi con basi di calcolo differenti dà luogo a un "non tasso", a un "tasso di fantasia" e merita il destino riservatole dalla giurisprudenza: fonte di responsabilità aggravata ex art. 96 cpc ⁽¹⁸⁾. Per ora teniamo sellato il concetto dell'impossibilità di sommare due tassi con basi di calcolo diverse per poterlo cavalcare più avanti nel discorso.

A ogni buon conto, questo mi pare l'unico vero argomento convincente contro tale tesi, mentre la giurisprudenza si è smarrita in analisi decettive quali quella che la sommatoria non sarebbe possibile in quanto l'applicazione degli interessi di mora escluderebbe l'applicazione di quelli compensativi in quanto i due interessi sarebbero alternativi, senza osservare che ciò è vero solo dopo la dichiarazione di decadenza del beneficio del termine (solo dopo la quale gli interessi moratori si applicano sul preteso capitale residuo) ma non prima di tale momento, poiché, in questo caso, gli interessi di mora si applicano (*rectius* si possono applicare se ciò è contrattualmente previsto) ⁽¹⁹⁾ sull'intera rata insoluta e quindi anche sulla quota d'interessi compensativi ⁽²⁰⁾. Va ulteriormente ribadito, di contro, che tale ultimo aspetto non consente comunque mai di sommare aritmeticamente i tassi, né – si badi – ciò è stato affermato da Cass., ord. 4/10/2017, n. 23192 ⁽²¹⁾ e quand'anche così fosse,

⁽¹⁷⁾ In alcuni contratti bancari la clausola degli interessi moratori prevede la loro applicazione solo sulla quota capitale delle rate scadute, anche se, nella maggioranza dei casi, gli interessi di mora si calcolano sull'intera rata (capitale + interessi compensativi).

⁽¹⁸⁾ *Ex multis*: Trib. Mantova, 13/10/2015, n. 942; Trib. Reggio Emilia, 6/10/2015, n. 1297; Trib. Milano, 6/10/2015, n. 11139; Trib. Verona, 23/04/2015, n. 1070.

⁽¹⁹⁾ In forza dell'art. 3 Delibera CICR 9/2/2000 (in vigore dal 22/4/2000) che prevede testualmente che «nelle operazioni di finanziamento per le quali è previsto che il rimborso del prestito avvenga mediante il pagamento di rate con scadenze temporali predefinite, in caso di inadempimento del debitore, l'importo complessivamente dovuto alla scadenza di ciascuna rata può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi a decorrere dalla data di scadenza e sino al momento del pagamento. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica».

⁽²⁰⁾ Semmai avrebbe senso dire che gli interessi compensativi e moratori non si applicano mai simultaneamente nel medesimo turno di tempo.

⁽²¹⁾ Il passaggio è il seguente «Ha errato, allora, il tribunale nel ritenere in maniera apodittica che il tasso di soglia non fosse stato superato nella fattispecie concreta, solo perché non sarebbe consentito cumulare gli interessi corrispettivi a quelli moratori al fine di accertare il superamento del detto tasso" (Cass. ord. 5598/2017; con principio già affermato da Cass. 14899/2000)». Legge in questo passaggio un *atout* alla tesi della sommatoria/cumulo da parte della Cassazione VALERINI [F.], *Tassi usurari: per la Cassazione l'usura del tasso moratorio travolge anche quelli corrispettivi (e si possono sommare)*, in *Diritto e giustizia*, 2017, 6.

Molto perspicuamente, invece, PASCUCCI [L.], *Interessi moratori e usura: quid sub sole novi?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2018, 230-246, riporta l'unica interpretazione possibile della sintetica ordinanza «Ma è pur subito evidente come detto inciso (*rectius*, l'esplicito richiamo al criterio della sommatoria) non solo sia frutto di una tralatizia riproposizione di precedenti della *Supr. Corte* (trattasi invero di un virgolettato che riproduce ad litteram la sentenza n. 5598/2017, ora richiamata), ma soprattutto non sia da intendersi come effettivamente o sicuramente a favore del cumulo, dalla pur sintetica motivazione dovendo semmai evincersi esattamente il contrario (*id est*, l'impossibilità di accertare l'usurarietà attraverso la sommatoria tra interessi corrispettivi e moratori). Invero, nell'affermare che il tribunale avrebbe errato "nel ritenere in maniera apodittica che il tasso di soglia non fosse stato superato nella fattispecie concreta, solo

si sarebbe trattato di un errore – preoccupante per la fonte da cui sarebbe provenuto – ma pur sempre di un luminoso errore. *De hoc satis*.

Rimaniamo sul terreno degli interessi di mora.

Il quesito è: sono o non sono rilevanti ai fini dell'usura?

Sulla rilevanza usuraria degli interessi di mora, la clientela bancaria adduce argomenti giuridici forti, primo tra tutti il dettato della legge d'interpretazione autentica della normativa sull'usura. L'art. 1, comma 1 DL 29/12/2000, n. 394, infatti, stabilisce che «*Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo*». Secondo questa tesi, l'inciso "a qualunque titolo" rimanderebbe immediatamente ai tre classici titoli in base ai quali si può convenire un interesse: corrispettivo, compensativo e moratorio. A sostenere tale interpretazione vi starebbe la Relazione governativa di accompagnamento al DL 394/2000, ove si legge che la disciplina degli interessi usurari, posta dagli artt. 644 cp e 1815 cc, viene riferita ad ogni tipologia d'interesse «*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*»⁽²²⁾. Questa tesi ha buoni *atout* di fare breccia nel cuore della giurisprudenza poiché è noto che le relazioni illustrative costituiscono – nel *genus* dei lavori preparatori – le migliori fonti interpretative dalle quali ricavare la *ratio legis*⁽²³⁾.

Passando dagli argomenti logico-positivi agli *argumenta ab auctoritate*:

- lo riconosce senza tentennamenti la giurisprudenza tetragona della Corte di Cassazione⁽²⁴⁾;

perché non sarebbe consentito cumulare gli interessi corrispettivi a quelli moratori al fine di accertare il superamento del detto tasso" (corsivo aggiunto), la Corte pare implicitamente confermare come precluso ed infondato il ricorso al cumulo; ed invero censurare la decisione di merito (ancorché, come vedremo, la censura sia soltanto apparente o per meglio dire inconfidente rispetto ai fatti di causa) non già per non aver impiegato detta metodica al fine di verificare l'usurarietà degli interessi moratori, ma per aver apoditticamente escluso la rilevanza usuraria degli interessi moratori senza procedere ad una verifica aliunde. In altri termini, la Corte lascia intendere come non si possa escludere aprioristicamente l'usurarietà degli interessi moratori per il sol fatto che non sarebbe ammesso computarli insieme a quelli corrispettivi, ma che, al contrario, l'accertamento dell'usurarietà possa e anzi debba avvenire a prescindere da detta sommatoria e cioè (ancorché il passaggio non venga esplicitato) confrontando il tasso moratorio autonomamente considerato, o al più conteggiato insieme alle altre voci di costo previste in contratto ma non già agli interessi corrispettivi, con il tasso soglia individuato dalla legge».

Escludono che la Corte suprema abbia confermato la possibilità di una sommatoria Trib. Sulmona, 30.10.2017 e Trib. Velletri, 8.11.2017, entrambe in www.expartecreditoris.it

⁽²²⁾ A dire il vero, l'argomento non è definitivo se è vero che la *ratio legis* è criterio interpretativo subordinato, che, in quanto tale, deve fermarsi davanti a quelli che Irti ha chiamato suggestivamente "i cancelli delle parole", primo tra tutti quello dell'interpretazione letterale delle norme (art. 12 Preleggi), che imporrebbe di valutare se la collocazione dell'inciso "a qualunque titolo" dopo le parole "promessi o comunque convenuti" non stia a significare, invece, interessi promessi o convenuti a qualunque titolo overosia a titolo contrattuale o a seguito di modifica unilaterale ex art. 118 Tub.

⁽²³⁾ Sul tema rinvio a BOCCALATTE [S.], *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; CRISAFULLI [V.], *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Dir. Pubbl.*, 1937, 415 ss.

⁽²⁴⁾ Cass. 22/4/2000, n. 5286; Cass., 4/4/2003, n. 5324 «*il tasso/soglia di cui alla ... legge n. 108/1996 riguarda anche gli interessi moratori*»; Cass., 11/1/2013, nn. 602 / 603 secondo cui, *al di sopra dei tassi soglia, «gli interessi corrispettivi e moratori ulteriormente maturati vanno considerati usurari*». Altre

- lo riconosce la Corte Costituzionale, seppure in un *obiter dictum* (Corte Cost., 25/2/2002, n. 29) ⁽²⁵⁾;
- lo sostiene parte della giurisprudenza di merito ⁽²⁶⁾;
- lo sostiene parte della dottrina ⁽²⁷⁾;
- lo conferma anche Banca d'Italia, la quale riconosce che «*In ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti/usura*» ⁽²⁸⁾;
- lo ha da sempre riconosciuto anche l'Associazione bancaria italiana (Abi) ⁽²⁹⁾.

Esiste, per il vero, altra parte della giurisprudenza di merito ⁽³⁰⁾ e una nutrita dottrina ⁽³¹⁾ che – pur con *nuances* argomentative differenti – nega recisamente la rilevanza usuraria degli interessi moratori.

Poiché le idee non pesano per il numero (né per l'autorità) di chi le sostiene ma per la loro stringente logica, mi sembra opportuno analizzare la forza degli argomenti addotti per negare rilevanza usuraria agli interessi di mora.

L'argomentazione più suggestiva che giustificerebbe l'esclusione di tale tipologia d'interesse dal novero delle voci di costo rilevanti per l'usura è quella che poggia sulla diversa natura e funzione degli interessi di mora rispetto a quelli *soi-disant* corrispettivi del

sentenze assumono come presupposto l'indirizzo in discorso Cass., 26/6/2001, n. 8742; Cass., 13/12/2002, n. 17813; Cass., 22/7/2005, n. 15497; Cass., 13/5/2010, n. 11632; Cass., 22/4/2010, n. 9532. Cass., 9/1/2013, n. 350 con stringata motivazione ha ricordato 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*». Da ultimo, Cass., ord. 06/03/2017, n. 5598 «*In tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della l. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori*» e Cass., ord., 4/10/2017, n. 23192.

⁽²⁵⁾ «*Va in ogni caso osservato - ed il rilievo appare in sé decisivo - che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori*».

⁽²⁶⁾ Trib. Chieti, 23/4/2015; Trib. Reggio Emilia, 24/2/2015, n. 304; Trib. Venezia, 27/11/2014; Trib. Udine, 26/9/2014; GUP Tribunale di Torino, 10/6/2014; Trib. Treviso, 11/04/2014; Trib. Milano, 28/1/2014; Trib. Napoli, 8/7/2013; Corte App. Venezia, 18/4/2013, n. 342; Trib. Vercelli, 16/11/2011; Corte App. Roma, 22/11/2006; Trib. Torino, 3/11/2006; Trib. Bari, 28/9/2005; Trib. Bari, 24/5/2005; Trib. Sulmona, 3/5/2005; Trib. Roma, 15/9/2004; Trib. Brescia, 24/11/2003; Corte App. Milano, 10/5/2002; Corte App. Milano, 9/4/2002; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 4/8/2001; Trib. Bologna, 19/6/2001; Trib. Campobasso, 3/10/2000; Trib. Genova, 10/10/2000; Trib. Napoli, 19/5/2000; Trib. Napoli, 16/5/2000; Trib. Roma, 10/7/1998.

⁽²⁷⁾ Per ampi riferimenti bibliografici a tale dottrina rinvio a PASCUCCI [L.], *La controversa rilevanza degli interessi di mora nella valutazione di usurarietà delle prestazioni creditizia*, in Giustiziacivile.com, 2017.

⁽²⁸⁾ Banca d'Italia, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013.

⁽²⁹⁾ ABI, Lettera circolare LG/OF/RA/00270, Roma 3 aprile 2001.

⁽³⁰⁾ *Ex multis* Trib. Milano, 18/1/2018; Trib. Verona, 27/4/2014; Trib. Milano, 22/5/2014.

⁽³¹⁾ Cita questa dottrina in nota 7 PASCUCCI [L.], *La controversa rilevanza degli interessi di mora nella valutazione di usurarietà delle prestazioni creditizia*, cit. L'Autrice, invece, assume un contegno più sottile, ritenendo che – pur essendo gli interessi di mora rilevanti ai fini dell'usura – essi non potrebbero essere colpiti dalla sanzione di cui all'art. 1815, comma 2 cc poiché altrimenti si avrebbe la decretazione di un «*inedito esonero ex lege dalla responsabilità per inadempimento*».

mutuo. Chi sottolinea tale differenza sostiene che, poiché l'articolo 644, comma 1, cp si riferisce espressamente a chi si fa dare interessi usurari *in corrispettivo* di una prestazione di denaro, tale norma sarebbe applicabile solo agli interessi corrispettivi e non a quelli moratori, che non costituirebbero un corrispettivo bensì solo una liquidazione *ex ante* del danno presuntivo dell'inadempimento del debitore ⁽³²⁾.

Tale tesi rappresenta un esempio eccellente di quanto vicini l'una all'altro, nelle discussioni di questo genere, siano la verità e l'errore. Essa è, per alcuni ⁽³³⁾, fondata su un presupposto sbrigativo, per altri ⁽³⁴⁾, troppo influenzata da una lettura economica del concetto di corrispettivo «*che ricollega la produzione degli interessi al "godimento" di un capitale*» e, al contempo, dimentica di descrivere le ulteriori ipotesi di produzione degli interessi. Questi ultimi, più che un corrispettivo per il godimento di un capitale, andrebbero intesi più correttamente come «*vantaggio per la liquidità monetaria*» di cui ha usufruito colui il quale deve pagare gli interessi ⁽³⁵⁾.

A ciò si aggiunga che la tesi presenta un sottile fraintendimento di fondo, owerosia quello di considerare gli interessi sul mutuo (quelli di cui all'art. 1815 cc) come appartenenti alla categoria degli interessi corrispettivi ex art. 1282 cc e quindi, come tali, unici interessi sottoposti alla disciplina dell'usura. Pongo fortemente in dubbio che la reale natura degli interessi sul mutuo sia corrispettiva (art. 1282 cc) e non, invece, compensativa. Tale questione è una di quelle che, per eccesso di prossimità, ci appare concettualmente opaca e quindi merita una spiegazione. Gli interessi corrispettivi presuppongono che il credito sia liquido ed esigibile (si veda il comma 1 dell'art. 1282 cc) mentre nel mutuo gli interessi vengono calcolati sul capitale residuo che, proprio perché *residuo*, non è ancora immediatamente esigibile ma dovrà essere ripagato nei termini pattuiti nel piano di

⁽³²⁾ Il corifeo di tale suggestivo orientamento è MORERA [U.], *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e ... usurario sopravvenuto*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, 519, il quale osserva che «*basti rilevare come la legge sia chiaramente volta a disciplinare, ed a sanzionare, la dazione di interessi o altri vantaggi usurari «in corrispettivo di una prestazione» altrui, ove all'evidenza, nell'ipotesi di interessi moratori, la dazione di interessi, lungi dall'essere in corrispettivo di una prestazione altrui — è in (melius: il) corrispettivo della propria non prestazione (fattispecie dunque estranea, opposta potrei ben dire, a quella contemplata e sanzionata dalla l. n. 108 del 1996)*». La tesi è stata accolta anche in Cassazione (Cass. pen., 5/2/2013, n. 5683: «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. Da quanto sopra deriva, in via generale, che la "clausola penale" per la sua funzione (desumibile dal dettato degli artt. 1382

- 1386 c.c.) ex se, 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 un inadempimento». Nel medesimo senso Cass. pen., 22/06/2018, n. 29010.

⁽³³⁾ Tribunale di Roma, ord. 27/02/2015.

⁽³⁴⁾ INZITARI [B.], *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO [F.], Bologna-Roma, 2011, 267.

⁽³⁵⁾ La dottrina precedente all'entrata in vigore del Codice civile del 1942 era solita qualificare gli interessi come qualunque obbligazione accessoria a quella principale, caratterizzata dal mutare in ragione del capitale e del tempo, senza distinguere tra i vari titoli degli interessi.

ammortamento (o alla scadenza se si tratta di un finanziamento *bullet*). È quindi evidente che gli interessi del mutuo (art. 1815 cc) non sono un corrispettivo sul capitale esigibile ma semmai un compenso sul capitale di cui il mutuatario dispone e che il creditore non può ancora esigere in restituzione, se non nei tempi pattuiti. Il parallelo tra l'articolo 1815 cc e l'articolo 1499 cc – unica norma nel nostro Codice civile in cui si utilizza espressamente il sintagma *compensativi* – è molto istruttivo per ottenere conferma della natura compensativa degli interessi del mutuo oneroso. Nell'art. 1499 abbiamo una "cosa" consegnata dal venditore all'acquirente e similmente nell'art. 1815 abbiamo una "somma di denaro" consegnata dal mutuante al mutuatario. La cosa venduta produce frutti o altri proventi e anche la somma mutuata è naturalmente produttrice di frutti civili (*alias* di interessi). Il prezzo della vendita non è ancora esigibile come pure gli interessi sull'intero capitale residuo non lo sono, salvo esserlo alle scadenze pattuite nel contratto di mutuo. Ma la conferma palmare che gli interessi di cui all'art. 1815 cc sono compensativi – e non corrispettivi⁽³⁶⁾ – ci perviene dagli stessi lavori preparatori del Codice civile (Relazione del Guardasigilli n. 570) ove si legge testualmente «*Gli interessi compensativi, i quali prescindono dalla mora del debitore (interessi moratori) ed anche dalla semplice scadenza del debito (interessi corrispettivi), appaiono in alcuni casi specificamente previsti (articoli 1499, 1815, 1825)*». La stessa dottrina conferma la natura compensativa degli interessi sul mutuo⁽³⁷⁾, pur con qualche voce discordante⁽³⁸⁾.

Adottata quindi tale ortopedica prospettiva – che vuole gli interessi sul mutuo come interessi compensativi e non già corrispettivi – si palesa in tutta evidenza la natura di gioco di parole della tesi che ritiene applicabile la disciplina dell'usura ai soli interessi corrispettivi. Per il vero, essa soffre anche di un ulteriore difetto overosia quello di considerare quale unica funzione degli interessi moratori quella di penale per il ritardo colpevole. È indubbio, infatti, che gli interessi di mora abbiano funzione di forfettaria predeterminazione del danno ma è anche vero che tale funzione non è la sola che i moratori assolvono, tenuto conto che essi costituiscono anche il compenso per il ritardo, così come espressamente riconosciuto nella Relazione del Guardasigilli (n. 570) ove si precisa che «*a seguito della mora, la prestazione di interessi assume il carattere di compenso per il ritardo e non per l'uso legittimo del denaro, come è nell'essenza della corrispettività*». Come compenso del ritardo, pertanto, gli interessi moratori sarebbero comunque da considerarsi rilevanti⁽³⁹⁾ in quanto l'articolo

⁽³⁶⁾ Parte della confusione è dovuta anche all'approccio un po' *grossier* della Cassazione, la quale spesso utilizza i due termini *corrispettivo* e *compensativo* come sinonimi (salvo aumentare la confusione con l'utilizzo frequente del sintagma *interessi convenzionali*, come se gli interessi di mora non lo fossero). Invero, pare che la Cassazione abbia continuato ad adottare la visuale dottrinarie precedente alla promulgazione del Codice civile del 1942, la quale era solita utilizzare in modo indistinto gli aggettivi *compensativo* e *corrispettivo*, per individuare una unica categoria di interessi contrapposti a quelli moratori. Si veda MESSA [G. C.], *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano 1911, 228 e 233.

⁽³⁷⁾ LIBERTINI [M.], *Interessi*, in *Enc. Dir.*, vol XXII, 1972, 127 ss.; NICOLÒ [R.], *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46, IV, 43; INZITARI [B.], *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO [F.], Bologna-Roma, 2011, 265 ss.

⁽³⁸⁾ SCOZZAFAVA [O. T.], *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001.

⁽³⁹⁾ Anche in forza di una lettura che tenga conto dell'ampio contesto ordinamentale in cui la norma si colloca (Corte Cost., 23/7/2010, n. 282 «*per costante giurisprudenza di questa Corte, per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il*

644 cp fa esplicito riferimento (oltre agli interessi) anche alle *remunerazioni a qualunque titolo*, termine che si riferisce a «*qualunque utilità pecuniaria richiesta al debitore e, quindi, anche a quelle relative agli interessi moratori, facendo ricorso ad una terminologia giuridica non nuova, secondo cui la "remunerazione" ha il significato generico comprensivo di prestazioni a funzione risarcitoria*»⁽⁴⁰⁾. Per concludere la *pars destruens* della tesi secondo cui solo gli interessi "corrispettivi" sarebbero rilevanti ai fini dell'usura in quanto quelli moratori avrebbero una funzione diversa, basti osservare che anche le spese d'istruttoria e d'incasso della rata hanno una funzione (questa sì) molto diversa dagli interessi di cui all'art. 1815 cc e non certo *corrispettiva*, eppure nessuno dubita che di tali spese si debba tenere conto nel calcolo del Tiu.

Sul punto non vale a scalfire la conclusione cui si è giunti neppure l'osservazione per cui, essendo gli interessi moratori una sorta di penale per il ritardo⁽⁴¹⁾ esisterebbe uno specifico presidio per la sua eccessività, owerosia il potere del giudice di ridurre a equità la penale manifestamente eccessiva, in forza dell'articolo 1384 cc.⁽⁴²⁾ Invero, non v'è chi non veda come la disciplina dell'art. 1384 cc ben possa avere applicazione residuale rispetto a

singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce. In particolare, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (ex plurimis: sentenze n. 327 del 2008; n. 5 del 2004; n. 34 del 1995; n. 122 del 1993).

⁽⁴⁰⁾ Tribunale di Roma, 10/07/1998.

⁽⁴¹⁾ Cass., 18/11/2010, n. 23273; Cass. 17/03/1994, n. 2538.

⁽⁴²⁾ Sostengono tale tesi ABF, C. Coord., 28/3/2014, n. 1875; ABF, C. Coord., 23/5/2014, n. 3412 e Trib. Cremona, 30/10/2014. Chi sostiene tale tesi aggiunge che, al fine di evitare pattuizioni elusive, si potrebbe anche applicare la disciplina di cui all'art. 1344 cc sul contratto in frode alla legge, laddove vengano imposti in capo al mutuatario termini di adempimento così ravvicinati da costringere quest'ultimo in una sicura posizione di inadempimento, trasformando così gli interessi moratori da interessi tipici della fase patologica di ritardo a interessi della fase fisiologica. Si veda sul punto ABF C. Coord., 28/3/2014, n. 1875 «Naturalmente la riducibilità degli interessi moratori eccessivi ex art. 1384 c.c. non esclude che ove ne ricorrano i presupposti possa trovare applicazione anche l'art. 1344 c.c. allorché la stipulazione di interessi moratori elevati ed oltre soglia si ponga come parte di un assetto negoziale destinato ad aggirare le disposizioni in tema di contrasto dell'usura ed in tale ipotesi però l'effetto non dovrebbe essere quello di ridurre il tasso moratorio pattuito al tasso legale, ma di dare effetto al disposto dell'art. 1815, 2° comma; mentre la possibilità di considerare la nullità parziale delle clausole che comportano interessi moratori eccessivi per contrasto con l'art. 2 cost. non sembra tener conto che nell'ordinamento esiste già a livello generale il rimedio della riduzione attuabile *ope iudicis* senza necessità di specifica domanda». Contra: Tribunale di Roma, 10/07/1998, il quale osserva acutamente che «la distinzione tra interessi corrispettivi ed interessi moratori è stata definita una "foglia di fico" per rimuovere la quale non è pensabile che un legislatore accorto abbia fatto affidamento non sul testo della legge da esso formulato ma bensì sull'estremo rimedio del contratto in frode alla legge».

quella di cui all'art. 1815, comma 2, cc e possa quindi, in un certo senso, giustificarsi una coesistenza ordinamentale di entrambe le norme:

- 1) se il Tiu è superiore alla soglia d'usura (cd. usura oggettiva o presunta) si applicherà l'art. 1815 cc;
- 2) se il Tiu è inferiore alla soglia, ma sproporzionato rispetto al Tegm e ricorre contemporaneamente la situazione di difficoltà economica o finanziaria del mutuatario (cd. usura soggettiva o in concreto), si applicherà l'art. 1815 cc;
- 3) se, infine, il Tiu è inferiore alla soglia ma sproporzionato rispetto al Tegm (leggasi manifestamente eccessivo) ma non ricorre la difficoltà economica o finanziaria del mutuatario, allora si applicherà l'art. 1384 cc⁽⁴³⁾, il quale richiede, fra l'altro, di tenere in conto l'interesse del creditore all'adempimento, meccanismo del tutto estraneo alla disciplina dell'usura⁽⁴⁴⁾.

«Del resto, la ridicibilità prevista dall'art. 1384 cc trova tradizionalmente il proprio fondamento proprio nella necessità di tutelare il debitore da forme surrettizie di usura, così come attestato dalla relazione del Guardasigilli al codice civile, secondo la quale l'art. 1384 cc "mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario". Ciò testimonia che la ratio su cui poggiano gli artt. 1384 e 1815, comma 2, cc, è la medesima, cosicché tali disposizioni rappresentano in realtà due facce della stessa medaglia. A pensare diversamente si incorrerebbe in un errore logico di ragionamento»⁽⁴⁵⁾. In questo senso si è espressa anche la più recente giurisprudenza⁽⁴⁶⁾ secondo la quale *«di per sé [...] la diversità di funzione nulla dice sulla diversità di regime usurario. La diversità di funzione invero non impedisce che i due tipi di interesse siano assoggettati al medesimo regime di soglia lecita. De resto si fa un ragionamento concettualistico e logicamente scorretto quando si deduce il regime dell'interesse dalla sua natura anziché, per l'appunto, dal regime stesso. A fronte del dato legislativo citato (n.d.r.: L. 24/2001, secondo la quale sono rilevanti ai fini dell'usura gli interessi a qualunque titolo convenuti) si dovrebbe semmai dedurre che il legislatore ha trascurato la diversità di funzione assoggettando i due interessi allo stesso regime usurario»*.

⁽⁴³⁾ In questo senso TARANTINO [A.], *Usura e interessi di mora*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 7-8, 675 ss. «è certamente convincente la tesi che assimila la pattuizione degli interessi di mora alla clausola penale, con la conseguente applicazione dell'art. 1384 cc, ma non si comprende per quale ragione questa tesi debba considerarsi necessariamente «alternativa» e non invece «cumulativa» con quella che riconduce gli interessi moratori nell'ambito di operatività del secondo comma dell'art. 1815 cc. In altri termini, sembra potersi sostenere che le due tesi, apparentemente contrapposte, possano invece concorrere tra loro; cosicché, qualora gli interessi di mora dovessero superare il c.d. «tasso soglia» la relativa clausola dovrà ritenersi nulla, mentre ove gli stessi, pur non superando tale limite, dovessero ritenersi eccessivi ai sensi dell'art. 1384 cc, il giudice potrà ridurne d'ufficio l'ammontare».

⁽⁴⁴⁾ Sottolinea tale aspetto, pur in modo non molto lineare, Tribunale di Roma, ord. 27/2/2015.

⁽⁴⁵⁾ TARANTINO [A.], *Usura e interessi di mora*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 7-8, 675 ss. «Dunque, l'assimilazione della pattuizione relativa agli interessi moratori alla clausola penale, non rappresenta un elemento idoneo ad escludere l'applicabilità ad essi della disciplina in esame. Infatti, la dottrina che utilizza la qualificazione della convenzione sugli interessi moratori ultralegali come clausola penale, al fine di escludere ad essi l'applicabilità del secondo comma dell'art. 1815 cc, anziché dimostrare, presuppone ciò che invece deve essere dimostrato, e cioè che l'interesse moratorio, inteso quale «penale», non possa per sua natura essere usurario. Al riguardo, difatti, non pare esserci alcun rilevante elemento che porti ad escludere gli interessi di mora dall'ambito di applicazione della l. n. 108/96».

⁽⁴⁶⁾ Tribunale di Roma, 27/02/2015.

In conclusione sul punto, mi pare condivisibile l'osservazione fatta da parte della dottrina secondo cui «l'asserita differenza di funzione si risolve in una differenza di prospettiva nella considerazione del fenomeno (i.e., nella prospettiva del debitore, per i cd. interessi corrispettivi, e in quella del creditore, per i cd. interessi moratori)»⁽⁴⁷⁾; non già, quindi, una contrapposizione di funzioni bensì «la gestione articolata di un fenomeno unitario»⁽⁴⁸⁾. Quand'anche si volesse accedere alla diversa funzione degli interessi, ciò non significherebbe riconoscere *tout court* una differenza di disciplina, così come osservato dalla Cassazione⁽⁴⁹⁾ e acutamente dal Consiglio di Stato: «vantaggio del debitore e danno del creditore appaiono così – come realmente sono in un'economia creditizia – fenomeni speculari. Sicché la posizione rispettiva degli interessi moratori e di quelli corrispettivi si presta ad essere rovesciata e quella distinzione diventa tratlazia dopo che il nuovo codice ha adeguato il regime degli interessi legali al principio di corrispettività, secondo le esigenze e le idee di una società caratterizzata da un ampio mercato del denaro e dei crediti»⁽⁵⁰⁾.

Ulteriori elementi testuali consentono di affermare la necessaria rilevanza degli interessi di mora. Infatti, qualora si volesse ostinatamente considerare gli interessi moratori come non rientranti nel concetto di interessi di cui all'art. 644 cp non si potrebbe non osservare che tale norma considera anche gli *altri vantaggi usurari*, concetto nel quale si potrebbe comodamente far rientrare gli interessi di mora. Da ultimo, un'ulteriore indiretta conferma dell'impossibilità di distinguere la funzione degli interessi quando si tratta di usura discende dall'art. 2 bis DL 185/2008, convertito in L. 2/2009, che richiama il generico concetto di *interessi* senza aver operato alcuna distinzione in base al titolo degli stessi, che si intenderebbero quindi tutti rilevanti.

Pertanto, la conclusione che appare più forte è quella secondo cui gli interessi di mora sarebbero, in effetti, rilevanti ai fini dell'usura e, devo confessare, che appaiono *fanè* i tentativi di avversare tale tesi.

A questo punto, la clientela bancaria, facendosi ottundere dalla melassa di tale conclusione, potrebbe plaudervi, non avvedendosi però che il Legislatore del 1996 non si è prefigurato il problema della calcolabilità giurimetrica dell'usurarietà degli interessi moratori ed è su questa scacchiera concettuale che, a mio avviso, si dovrebbe giocare la partita anziché su quella (meno divertente e meno produttiva) della rilevanza o meno degli interessi di mora. Le soluzioni offerte sono molte (e già questa complicatezza manifesta la bruttezza degli approdi):

⁽⁴⁷⁾ LIBERTINI [M.], *Interessi*, in *Enc. Dir.*, vol XXII, 1972, 99 ss.

⁽⁴⁸⁾ QUADRI [E.], *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1984, 103.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 22/4/2000, n. 5286 «Non vè ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge 108 del 1996 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, 3° comma, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall'art. 1224, 1° comma, del codice civile, nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale «gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Il ritardo colpevole, poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge».

⁽⁵⁰⁾ Consiglio di Stato, 27/04/1981, n. 2.

- a) raffronto atomistico: secondo alcuni si dovrebbe confrontare semplicemente la misura percentuale del tasso di mora prevista in contratto con la soglia d'usura. Tale tesi ha, dalla sua, la semplicità d'implementazione ma è insensibile al fatto che una percentuale – di per sé – non manifesta alcun significato se non è accompagnata dalla specificazione della base di calcolo. È quindi imprescindibile prendere atto che la percentuale del tasso di mora indicato in un contratto è applicata – non già al capitale erogato/mutuato/utilizzato – bensì a una somma (le rate insolute e il capitale residuo dopo la decadenza dal beneficio del termine) di cui, al momento del contratto (l'unico momento rilevante per l'usura, come dice il Legislatore del 2000), non è dato sapere nulla, neppure se esisterà. Di contro la soglia d'usura è una percentuale che si riferisce al capitale erogato e non già a una o più rate insolute. Se si adotta tale prospettiva atomistica, pertanto, si commette lo stesso errore metodologico che commettono i sostenitori della tesi della sommatoria tra tassi compensativi e moratori: confrontare le mele con le pere. Tale tesi dimentica che ciò che va raffrontato con la soglia d'usura non è ogni singola voce di costo (perché magari suggestivamente espressa in forma percentuale) ma il Tiu ⁽⁵¹⁾, ovvero sia l'aggregato di costo complessivo, il quale non potrà che essere raffrontato con l'erogato, come espressamente richiede l'art. 644 cp. La tesi atomistica, quindi, non è adottabile;
- b) la tesi del *worst case scenario*: a fronte delle difficoltà concettuali di cui sopra, vi è stato chi in dottrina ⁽⁵²⁾ e in giurisprudenza ⁽⁵³⁾ si è posto un obiettivo utopistico, condivisibile nei fini ma irrealizzabile in pratica: quello di calcolare un Tiu comprensivo degli interessi di mora. Il concetto teorico è corretto e l'ho appena espresso: la legge richiede di confrontare il Tiu complessivo (e quindi, in linea teorica, comprensivo degli interessi di mora) con la soglia d'usura. Il problema (anche questo appena espresso) è che il Legislatore non si è posto il problema di consentire concretamente tale calcolo. Posto che il Tiu va calcolato giuridicamente al momento della pattuizione (e solo in questo momento), bisogna arrendersi alla constatazione che – in quel momento – non è dato sapere neppure se si realizzerà l'inadempimento, quando e con quali caratteristiche e ciò impone – se si vuole comunque ostinatamente produrre un calcolo – d'ipotizzare scenari in cui si producono interessi di mora teorici (*scilicet* inventati); se il peggiore di questi scenari (il *worst* appunto) è usurario, allora – questa è la conclusione talebana cui giunge tale tesi – il finanziamento è usurario, anche nel caso in cui gli altri cento (o più) scenari ipotizzati ci restituiscono l'immagine di un finanziamento entro soglia. Siamo quindi nel regno dell'ucronia o dell'*usura a tutti i costi* e la colpa non è tanto di chi ha ideato tale tesi (per certi versi, interessante dal punto di vista speculativo) bensì nella mancanza di presa d'atto che il Legislatore non si è posto il problema di come gli interessi di mora possano essere calcolati ai fini dell'usura, soprattutto con l'imposizione del limite legislativo della necessità di un calcolo *ex ante* ovvero sia al momento della pattuizione. L'intero apparato matematico utilizzato

⁽⁵¹⁾ In questo senso Trib. Udine, 26/9/2014.

⁽⁵²⁾ MARCELLI, [R.], *Usura Bancaria: ad un ventennio dalla Legge: un impietoso bilancio*, Milano, 2017.

⁽⁵³⁾ Trib. Udine, 26/9/2014.

per calcolare l'usura (overosia il Tasso interno di rendimento – Tir) presuppone, invece, che siano noti al momento del calcolo (overosia al momento della stipula o, più in generale, della pattuizione del tasso) tutti gli elementi per effettuarlo, mentre nel caso degli interessi di mora non si può conoscere se ci sarà un base di calcolo (*id est* se ci sarà il ritardo nel pagamento), le somme su cui calcolare la mora (*id est* la o le rate insolute), quali rate saranno insolute (la prima e la terza? O la ventesima, la ventunesima e la trentesima? *Et cetera*) e per quanto tempo saranno insolute (un giorno? Una settimana? Una rata per un giorno e la seconda rata per venti giorni? *Et cetera*). È inutile: un calcolo affidabile e reale non è possibile *ex ante*; l'alternativa sarebbe quella di un calcolo a cose fatte (*ex post*), matematicamente affidabile ma giurimetricamente illegittimo;

- c) la tesi milanese e cremonese: il Tribunale di Milano⁽⁵⁴⁾ e quello di Cremona⁽⁵⁵⁾ hanno proposto tesi per considerare la rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'usura, tesi che scontano tuttavia il difetto (si badi: un difetto giuridico e non matematico) di valutare l'usurarietà degli interessi di mora *ex post* overosia in un'ottica di usura sopravvenuta che – in quanto contrastante con il chiaro tenore letterale della legge d'interpretazione autentica del 2000 – non ha rilevanza giuridica nel nostro ordinamento, come hanno finalmente ribadito le Sezioni unite della Cassazione⁽⁵⁶⁾, ma soprattutto – come nessuno ha mai osservato – sconta problematiche di calcolo: se una rata non viene pagata per quattro mesi, con quale soglia d'usura dovrà essere confrontato il tasso di mora applicato? Con quella del primo trimestre o con quella del secondo? E se la mora si protrae per anni?

L'analisi del tema della rilevanza usuraria degli interessi di mora è il displuvio che ci porta inevitabilmente a un fenomeno di zemblanità overosia alla necessitata constatazione giurimetrica che, sebbene vi siano validi argomenti per sostenere – in via teorica – la rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'usura, occorre prendere atto che il vincolo giuridico, che impone di verificare l'usurarietà solo al momento della pattuizione (art. 1 DL 394/2000), impedisce matematicamente di calcolare l'incidenza di tali interessi, con buona pace del sogno leibniziano del *calculemus*.

Occorre prendere atto che neppure i matematici possono preconizzare il futuro.

Qualcuno si è mai domandato se il Tir (Tasso interno di rendimento di un finanziamento a piano di rimborso prestabilito) sia sempre affidabile? Una risposta, tra le tante⁽⁵⁷⁾, è: solo se il tasso è pattuito in misura fissa (*scilicet* prestabilita) poiché, solo in questo caso, sono noti/prestabiliti al momento della pattuizione tutti gli elementi necessari per il calcolo (capitale, interessi e tempo del pagamento). In caso di finanziamento a tasso variabile, invece, si vorrebbe verificare (anzi è proprio ciò che accade) l'usurarietà, ipotizzando – in modo evidentemente non realistico – che il tasso variabile rimarrà fisso per tutta la durata del finanziamento: un evidente anacoluti. Ora, se il Tan (costituito da tasso variabile oltre

⁽⁵⁴⁾ Trib. Milano, ord. 28/1/2014.

⁽⁵⁵⁾ Tib. Cremona, ord. 30/10/2014.

⁽⁵⁶⁾ Cass., Sez. Un., 19/10/2017, n. 24675.

⁽⁵⁷⁾ Sui molti limiti ma anche sui pregi del Tir si veda D'AMICO [M.], LUCIANO [E.], PECCATI [L.], *Calcolo finanziario. Temi di base e temi moderni*, Milano, 2011. Peraltro, il TIR si basa sull'ipotesi che la banca reinvesta i pagamenti ricevuti a un tasso pari al TIR stesso.

spread) è già di per sé superiore alla soglia d'usura, non vi sono dubbi che – almeno per la durata del giorno della stipula ⁽⁵⁸⁾ – il tasso sarebbe da considerarsi usurario; ma, in caso contrario (overosia Tan inferiore alla soglia), v'è da tener conto che il Tir di un finanziamento a tasso variabile è frutto di un'ipotesi impossibile. Diverso sarebbe il caso in cui nel nostro ordimento fosse possibile calcolare *ex post* il Tir, poiché, in questo caso, il tasso variabile non sarebbe più un'incognita ma un dato noto, rendendo così possibile il calcolo, ma contestualmente dubbio l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'usura.

Traggo da ciò due conclusioni (una diretta e una indiretta):

- conclusione diretta: anche ammettendo la rilevanza usuraria degli interessi di mora – come sostengono i clienti bancari – la loro incidenza è giurimetricamente (overosia matematicamente, dati alcuni vincoli giuridici) incalcolabile, come dovrebbero eccipire in giudizio i prestatori di fondi;
- conclusione indiretta: il principio teorico della rilevanza degli interessi di mora è una palata di sabbia nell'ingranaggio del ragionamento fondato sulla necessaria omogeneità tra Tiu e soglia d'usura, su cui ci soffermeremo più avanti.

L'usura nei finanziamenti a utilizzo flessibile: tra formule, commissioni e (nuovamente) (in)calcolabilità giurimetrica

Che il problema di calcolo *ex ante* o *ex post* del Tiu sia centrale per la tematica dell'usura è questione poco nota e dibattuta, ma intellettualmente ingombrante. Ci si è mai domandati perché le Istruzioni di Banca d'Italia prevedano due formule di rilevazione diverse per il Teg nelle forme tecniche di finanziamento a utilizzo flessibile (aperture di credito in conto corrente, anticipi su crediti e sconto di portafoglio commerciale, factoring e credito revolving) e a piano di rimborso prestabilito (mutui, leasing, prestiti personali o finalizzati)? Nel primo caso si utilizza il Teg (tasso *ex post*) e nel secondo il Teg/Tir (tasso *ex ante*)

Li presento al Lettore nella versione attualmente vigente:

$$Teg = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri su base annua} \times 100}{\text{accordato}}$$
$$\sum_{k=1}^m \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{m'} \frac{A'_{k'}}{(1+i)^{t_{k'}}$$

Come detto, il primo è un tasso calcolato *ex post* e ciò si spiega con il fatto che, al momento della stipula di un'apertura di credito non è possibile conoscere quale sarà il capitale utilizzato dal cliente e il periodo di tale utilizzo; eppure per effettuare il calcolo, il capitale e il tempo devono necessariamente essere noti in quanto i *numeri debitori* della formula altro non sono che il prodotto del primo per il secondo.

Torno per un attimo sul tema dei moratori domandandomi: se la necessità di conoscere (solo *ex post*, è evidente) ogni elemento del calcolo vale per i finanziamenti a utilizzo flessibile perché mai non dovrebbe valere per quelli a piano di ammortamento predeterminato? In altre parole, perché non è possibile fare ipotesi sul capitale utilizzato in una apertura di credito (calcolando *ex ante*) ma lo è, nel pensiero di alcuni, per le rate insolute di un mutuo? La risposta è che non si può né nel primo caso (e lo ammettono tutti)

⁽⁵⁸⁾ Ma è sufficiente per parlare d'usura?

né nel secondo (e ciò conferma che l'usurarietà dei moratori non può essere calcolata *ex ante*, piaccia o non piaccia).

Ma il quesito fondamentale che ci si sarebbe dovuto porre è: la formula matematica del Teg per i finanziamenti a utilizzo flessibile è compatibile con il principio giuridico secondo cui l'usurarietà di un finanziamento va calcolata necessariamente al momento della pattuizione? Anche in questo caso la risposta [(est)etica e non etica] è no, senza che possa calere se tale conclusione verrà tacciata di giacobinismo. Anche in questo caso il problema è di (in)calcolabilità giurimetrica, dato il presupposto dell'esclusiva rilevanza dell'usura pattizia.

Anche per i finanziamenti a utilizzo flessibile – se è vero che è giuridicamente rilevante solo un tasso promesso – si dovrebbe calcolare un Tir alla stipula (*ex ante*), ma, come detto, ciò non è possibile perché non si conosce il capitale che verrà utilizzato dal cliente né il tempo di tale utilizzo. Inoltre, per motivi matematici ⁽⁵⁹⁾, nei finanziamenti a utilizzo flessibile non sempre (anzi quasi mai) sarebbe possibile neppure calcolare un unico Tir *ex post*.

A questa latitudine dell'approfondimento, parrebbe una superfetazione trattare il tema della rilevanza usuraria o meno della Commissione di massimo scoperto (Cms) e, invece, come sarà evidente più avanti, ciò è utile.

Anche sulla Cms si è detto di tutto e il contrario di questo tutto e, pochi giorni dopo aver concluso il presente scritto, le Sezioni unite si sono espresse affermandone la rilevanza ai fini dell'usura ⁽⁶⁰⁾.

Uno dei motivi di questa babelica pluralità d'opinioni è che nei discorsi su tale commissione rimane sempre sotto traccia la reale natura dell'oggetto di discussione il che è un errore concettuale dei più banali se si pensa che la Cms non è un costo tipizzato (per il quale si dispone quindi di una precisa definizione valida *urbi et orbi*) bensì un costo germogliato dalla prassi bancaria, che ne ha offerto una pleiade di varianti, non sempre presenti al pensiero chi ne discute ⁽⁶¹⁾.

Va *in apicibus* sottolineato che per comprendere che cosa sia la Cms non è assolutamente sufficiente, ed è anzi decettivo, rifarsi alla sua nomenclatura di commissione applicata sul massimo scoperto raggiunto su un conto corrente ed è, invece, necessario verificarne l'applicazione in concreto, posto che sotto tale nome si può nascondere il più vario *bouquet* di accenti applicativi ⁽⁶²⁾. Se ciò è teoricamente vero lo è altrettanto che, nella prassi, le banche ne hanno fatto (dal 1952, anno in cui è stata introdotta nelle Norme uniformi bancarie - Nub) un'applicazione più o meno uniforme. Rimanendo alle più recenti applicazioni, la Cms è normalmente un importo percentuale applicato sulla punta massima di scoperto, indipendentemente dal tempo in cui tale scoperto è stato mantenuto. Come si percepisce, si tratta di una commissione (e non già di un tasso, in quanto prescinde dal

⁽⁵⁹⁾ Lo spiegano bene D'AMICO [M.], LUCIANO [E.], PECCATI [L.], *Calcolo finanziario. Temi di base e temi moderni*, cit. laddove esemplificano i limiti del Tir.

⁽⁶⁰⁾ Ha rimesso alle Sezioni Unite la questione Cass., ord. 29/06/2017, n.15188. La sentenza delle Sezioni Unite è Cass., Sez. Un., 20/6/2018, n. 16303.

⁽⁶¹⁾ Anche dei giudici di Cassazione (Cass., 18/1/2006, n. 870), che confondono la commissione di massimo scoperto con la provvigione di conto o commissione sull'affidato.

⁽⁶²⁾ Per uno studio completo sulla Cms si legga MAIMERI [F.], *La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge*, Bari, 2010, cui rinvio volentieri quale consapevole scelta di disimpegno.

tempo) applicata sulla somma effettivamente erogata dalla banca e di converso utilizzata dal cliente; nulla a che fare, pertanto, con le somme accordate e ciò spiega perché non è condivisibile il tentativo di definizione anfibologica che ne ha offerto la Cassazione⁽⁶³⁾ quale commissione bicipite di contestuale remunerazione dell'utilizzo del capitale (con varianti "entro e fuori fido" o "solo fuori fido") e per la messa a disposizione dello stesso.

A ogni buon conto, per decidere se essa sia o meno rilevante ai fini dell'usura (e intendo ai fini dell'art. 644 cp) occorre verificare in questa sede – rinviando più avanti al problema dell'omogeneità con il Tgm – se essa sia una commissione, oppure una remunerazione a qualsiasi titolo collegata alla somma erogata. La risposta che viene è evidentemente positiva sia se ci si appoggia al piano definitorio sia se ci si appoggia a quello funzionale.

Che cos'è la Commissione di massimo scoperto se non una commissione? E se tale piano non desse soddisfazione – in quanto ne percepisco pure io il carattere retorico – si potrebbe mai negare che la Cms è una remunerazione (non importa il titolo, visto che qualsiasi titolo è rilevante) collegata all'erogazione del finanziamento? Non è un caso che l'intera arena di dibattito su tale commissione si sia cristallizzata attorno all'asse dell'omogeneità tra Tiu e Tgm e abbia dato, invece, per implicito presupposto che la Cms sarebbe altrimenti rilevante ai fini dell'usura. Le stesse Sezioni Unite (16303/2018) – assumendo la definizione fornita da Banca d'Italia nelle Istruzioni sulla rilevazione del Tgm come «corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto» – hanno ribadito che la Cms rientra sicuramente «tra le "commissioni" o "remunerazioni" del credito menzionate sia dall'art. 644, comma quarto cod. pen. (determinazione del tasso applicato in concreto) che dall'art. 2, comma 1, legge n. 108 del 1996 (determinazione del TEGM), attesa la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca».

Ma anche in questo caso, come per gli interessi di mora, si sviluppa quella dicotomia tra plausibile rilevanza ma certa incomputabilità giurimetrica. Se la Cms si applica sulla punta massima di capitale utilizzato nel trimestre, pur conoscendo alla stipula la sua aliquota, per poterne *tenere conto* ai fini dell'usura è necessario poter conoscere tale punta massima, rendendo perciò impossibile un calcolo *ex ante*, l'unico giuridicamente rilevante per il tema in discussione.

Eppure, nella generalizzata indifferenza, la vischiosità concettuale formatasi sul tema non ha mai consentito ad alcuno (neppure alle Sezioni Unite) di rilevare che la formula del Tg nei finanziamenti a utilizzo flessibile consente solo un calcolo *ex post*.

È, quindi, su questo piano che il dibattito dovrà, d'ora in avanti, incanalarsi se vorrà rifuggire la qualifica di inconcludente e barbogio. Purtroppo il nostro più alto consesso giurisprudenziale ha mancato l'obiettivo e ha perso un'importante occasione.

La "maledetta" penale d'estinzione anticipata e le spese d'assicurazione

⁽⁶³⁾ Cass. pen., 27/3/2010, n. 12028 che definisce la Cms come «costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché 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».

Sono consapevole che in questo scritto, fino a ora, vi sia stato un invitato di pietra (il principio d'omogeneità) ma, prima di affrontarlo frontalmente, preferisco sfiorare altri due temi: quello della penale d'estinzione anticipata e delle spese d'assicurazione.

La prima l'ho definita "maledetta" nel senso letterale del termine: detta male. Se per penale d'estinzione anticipata intendiamo, infatti, l'importo monetario che il cliente promette contrattualmente di pagare all'erogatore del credito per acquisire il diritto di recedere anticipatamente da un contratto a tempo predeterminato, davvero non riesco a vedere alcuna penale (art. 1382 cc) ⁽⁶⁴⁾ e ciò non tanto per personale miopia giuridica (che pure c'è, è forte e mai eliminabile definitivamente) ma perché semmai vedo chiaramente da vicino una multa penitenziale (art. 1373, comma 3 cc) ⁽⁶⁵⁾.

Il primo corno del problema è che la multa penitenziale, come detto, non è collegata all'erogazione del credito bensì al fenomeno inverso, owerosia alla sua restituzione ed è pattuita proprio in corrispettivo del diritto d'estinzione anticipata del contratto. A questa osservazione se ne può però opporre un'altra secondo cui tale commissione/multa è volta a remunerare il mutuante proprio per l'ipotesi in cui il cliente decida di non rispettare l'originario piano di rimborso del finanziamento ed è quindi comunque una forma di remunerazione alternativa per l'erogatore del credito, ma soprattutto è un costo per il cliente ed è la visione di quest'ultimo a essere rilevante, come risulta espressamente dal fatto che l'art. 644, comma 4 cp sussume tra i costi rilevanti ai fini dell'usura le spese, che per il mutuante non sono certo un compenso mentre sono, comunque, un costo per il cliente. Ne discende che la posizione di chi ritiene la commissione per estinzione anticipata rilevante ai fini dell'usura presenta profili di indivisibilità ⁽⁶⁶⁾, anche se devo confessare che sul piano della rilevanza non riesco ancora a decidere con sufficiente sicumera (a riprova della mia ontologica miopia giuridica) quale delle due opinioni sia quella corretta.

Il secondo corno – il più ingombrante – è connesso, invece, alla circostanza che per tale multa – come per gli interessi di mora – non è dato sapere se verrà pagata né quando, poiché non è dato sapere se e quando il diritto di recesso verrà esercitato e ciò evidenzia la differenza ontologica con gli interessi compensativi per i quali (almeno nell'ipotesi di tasso fisso) ⁽⁶⁷⁾ le parti, con il piano di ammortamento, convengono che verranno pagati, in quale quantità e quando, con la conseguenza che per essi la promessa è definibile/calcolabile e quindi punibile, se usuraria. Questa considerazione mi porta quindi alla conclusione che,

⁽⁶⁴⁾ Non è penale in quanto non è pattuita per fronteggiare ipotesi d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento del cliente bancario. Sulla differenza tra penale e multa penitenziale, si veda PADOVINI [F.], *Il recesso*, in *Trattato del contratto*, diretto da Rescigno, *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, 1401.

⁽⁶⁵⁾ Così anche Trib. Torino, 13/09/2017; Trib. Como, 21/6/2016, n. 904; Trib. Bergamo, 10/5/2005.

⁽⁶⁶⁾ Trib. Fermo, 1/03/2018; Trib. Chieti, 28/02/2018; Trib. Busto Arsizio, 26/01/2018; Trib. Siena, 21/11/2017; Trib. Chieti, 10/02/2017; Trib. Pescara, 21/11/2014; Trib. Ascoli Piceno, 13/10/2015; Trib. Chieti, 27/01/2016; Trib. Avellino, 28/09/2015; Trib. Benevento, 30/12/2015; Trib. Bari, 14/12/2015; Trib. Ancona, 04/10/2016; Trib. Bari, 27/11/2015; Trib. Bari, 01/12/2014; Trib. Bari, 19/10/2015; Trib. Ancona, 21/09/2015; Trib. Asti, 06/07/2015; Trib. Bari, 16/01/2016; Trib. Bari, 05/07/2016; Trib. Bologna, 09/05/2017. Si veda anche NARDONE [D.] e CAPPELLUTI [F.], *Usura pattizia, costi eventuali e penali da inadempimento nei contratti di finanziamento e di leasing: un approccio "virtuoso"*, in *almaiura.it*, 2016.

⁽⁶⁷⁾ Se il tasso d'interesse è variabile occorre sottostare all'infingimento di ritenere comunque il tasso come fisso per tutta la durata del mutuo.

quand'anche vi fossero buone ragioni per ritenere la multa penitenziale rilevante ai fini dell'usura, si porrebbe per essa lo stesso problema d'incalcolabilità giurimetrica di cui abbiamo riferito sopra per gli interessi di mora e per la Cms.

Potremmo, quindi, affermare che tale commissione qualora rilevante ai fini dell'usura lo sarebbe solo ai fini di quella che – prima delle Sezioni Unite ⁽⁶⁸⁾ – era indebitamente chiamata usura sopravvenuta.

Sulle spese d'assicurazione a tutela del mutuante il discorso è diverso e s'incentra solo sulla rilevanza o meno ai fini dell'usura, posto che la loro incidenza sul costo complessivo è normalmente calcolabile già al momento della loro pattuizione.

La recente posizione della Cassazione ⁽⁶⁹⁾ sembra ormai tetragona:

- a) esse rilevano, sostiene la Corte, se collegate all'erogazione del credito ⁽⁷⁰⁾;
- b) e la «*sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa ed erogazione*» ⁽⁷¹⁾.

Il primo principio mi pare sia estrapolato *à rebours*: sono rilevanti ai fini dell'usura gli oneri collegati all'erogazione del credito e posto che le spese d'assicurazione lo sono, esse sono rilevanti ai fini dell'usura. Bonifacio VIII avrebbe di sicuro preferito tale circolarità a quella di Giotto.

Più *intriguing* verificare, in concreto, se una spesa assicurativa possa ritenersi collegata all'erogazione di un finanziamento: su un punto penso si possa trovare accordo ovvero sia che lo è se l'assicurazione è obbligatoriamente imposta dal mutuante a tutela di propri diritti. Se, tuttavia, essa è facoltativa e il finanziatore lo scrive *expressis verbis* nel contratto e il mutuatario sottoscrive tale affermazione (magari apponendo la propria sottoscrizione in un riquadro apposito) mi sembra che la rigidità dell'affermazione della Cassazione sulla presunzione di collegamento in caso di contestualità possa essere smussata, alla luce del fatto che la dichiarazione di facoltatività potrebbe essere considerata come una confessione stragiudiziale da parte del cliente (art. 2735 cc), costituente prova *iuris et de iure*. In ogni caso, in presenza di tale dichiarazione (quand'anche non la si volesse ritenere a carattere confessorio) mi parrebbe doveroso considerarla almeno come un indizio di facoltatività, così imponendo al cliente la prova del contrario.

⁽⁶⁸⁾ Cass., Sez. Un., 19/10/2017, n. 24675.

⁽⁶⁹⁾ Cass., ord. 16/4/2018, n. 9298; Cass. 6/3/2018, n. 5160; Cass., 5/4/2017, n. 8806. Si veda CAMPAGNA [B.], *Usura bancaria: anche le spese di assicurazione devono essere incluse nella clausola di determinazione del Taeg*, in *dirittobancario.it*, settembre 2017.

⁽⁷⁰⁾ Sul punto Cass., 5/4/2017, n. 8806 «*Appare invero sistematicamente conforme al principio segnato dal disposto dell'art. 644, e pure più semplice, dare al richiamato passo delle istruzioni un significato diverso. Che viene a fare perno, in particolare, sulla circostanza che normalmente i contratti di credito bancari sono predisposti - nelle varie componenti in cui si vengono ad articolare, spese di assicurazione e garanzia ricomprese dall'impresa bancaria; e così di solito proposti, secondo un blocco unitario (seppure in sé scomponibile in vari segmenti) cioè, al mercato dei clienti. Il riferimento va, in definitiva, alle correnti modalità di offerta del prodotto, dove il collegamento tra concessione del credito e voce economica risulta evidente. Il tutto senza alcun pregiudizio, va da sé, per le situazioni in cui l'offerta avviene secondo altre, diverse modalità: in cui, per l'appunto, la sussistenza o meno di un collegamento tra credito e voce economica (qui, spesa di assicurazione) - secondo quanto prescritto dalla parte finale del comma 5 dell'art. 644 - resta questione del tutto aperta*».

⁽⁷¹⁾ Cass., 5/4/2017, n. 8806.

L'aspetto interessante di tali pronunce è comunque collegato al fatto che, implicitamente o esplicitamente, contravvengono al principio di omogeneità di calcolo ⁽⁷²⁾ che secondo alcuni – tra cui parte della Cassazione recente (Cass. 12965/2016 e Cass., 22270/2016) – dovrebbe sussistere tra modalità di calcolo del costo di un singolo finanziamento (Tiu) e modalità di rilevazione del Tegm e ciò ci conduce nei penetrali della questione, nella sua parte interessante (perché più bella).

Interludio: conclusione sull'incalcolabilità giurimetrica

Traggo qui le prime conclusioni sull'incalcolabilità giurimetrica e lo faccio con voluta esposizione spigolosa, evitando di giocare a nascondino con la verità:

- 1) Discutere – come si è fatto e come si continua a fare – sulla rilevanza usuraria o meno di interessi di mora, Cms e commissioni d'estinzione anticipata non risponde ai criteri di bellezza di cui ho sopra trattato e non consente neppure una precisa calcolabilità giuridica delle controversie. Più rigida logicamente è la constatazione che – fermo l'assioma dell'esclusiva rilevanza dell'usurarietà al momento della promessa – i predetti elementi di costo non possono essere giurimetricamente calcolati in quel momento;
- 2) Nell'analisi dei finanziamenti a utilizzo flessibile, il tentativo del calcolo *ex ante* a ogni costo (perché d'altronde così impone la legge) collassa di fronte alla constatazione che l'unico calcolo possibile è quello *ex post*, al termine del trimestre, calcolo che è però giuridicamente illegittimo;
- 3) Per i finanziamenti a piano di rimborso prefissato, la matematica ci offre la possibilità di calcolare all'oggi i flussi che si verificheranno domani (il Tir) ma, anche in questo caso, non si può ignorare che ciò è possibile se si è in grado all'oggi di conoscere i flussi di cassa di domani e ciò accade solo nei finanziamenti a tasso fisso. Nel calcolo dell'usurarietà di un finanziamento con clausola d'indicizzazione ciò non è possibile e d'altronde *ad impossibilia nemo tenetur*, neppure gli amici matematici.

Continuare a credere nella calcolabilità giurimetrica dell'usura è autoinganno, ciò che Alexandre Kojève avrebbe stigmatizzato come il tentativo di un prestigiatore di credere alla magia attraverso i propri trucchi.

Ritengo che le conseguenze giuridiche di questa incalcolabilità giurimetrica meritino di essere ulteriormente dimergolate. Se è vero che la norma impone di tenere conto di tutte le voci di costo ma se lo è altrettanto che – nei casi indagati *supra* – ciò non è matematicamente possibile al momento della pattuizione, mi domando se non si ponga un problema d'incostituzionalità della norma penale per difetto di sua determinatezza. Il ricordo va alla vicenda del reato di plagio (art. 603 cp), norma che è stata dichiarata incostituzionale ⁽⁷³⁾ in quanto le conoscenze scientifiche non riuscivano a riempire di contenuto il concetto di *totale stato di soggezione*.

⁽⁷²⁾ Almeno fino all'adozione delle Istruzioni per la rilevazione del Tegm del 2009, in quanto, prima di tale momento le Istruzioni includevano nel Tegm solo «*le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore, intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito*».

⁽⁷³⁾ Corte Cost., 8/6/1981, n. 96 «*In riferimento all'art. 25 della Costituzione questa Corte ha più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di*

Mi pare d'aver dimostrato che, nel nostro caso, le conoscenze matematiche non consentono di riempire di contenuto il concetto di *tasso di interesse usurario* promesso al momento della pattuizione. Non basta, infatti, che la norma sia precisa sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità ma è necessario anche che essa esprima fattispecie corrispondenti alla realtà. «*Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelligibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non averabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili*» (sottolineatura mia) ⁽⁷⁴⁾.

Le parole della Corte Costituzionale lanciano un monito: «*la compiuta descrizione di una fattispecie penale non è sufficiente ai fini della legittimità costituzionale di una norma che, data la sua struttura e la sua formulazione astratta, non consenta una razionale applicazione concreta*» ⁽⁷⁵⁾.

L'introduzione del concetto d'incalcolabilità giurimetrica schiude strade onuste di possibili riflessi, la cui analisi lascio ad altri migliori di me, sapendo che chi introduce un'idea nuova è il meno adeguato a svilupparla perché ha paura di portarla alle sue estreme conseguenze. Non voglio quindi sviluppare oltre l'osservazione né parlare con il tono di chi sa.

Omogeneità «ingenua» e calcolabilità giuridica

misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore (cfr. ad es. sentenze 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. Implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali questa giurisprudenza si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intellegibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelligibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non averabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili. La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche».

⁽⁷⁴⁾ Corte Cost., 8/6/1981, n. 96.

⁽⁷⁵⁾ Corte Cost., 8/6/1981, n. 96.

Se voglio rimanere fedele al criterio di bellezza espresso in esergo a questo lavoro, non posso non constatare che la soluzione dell'incalcolabilità giurimetrica, pur potendo apparire inevitabile, manca del requisito dell'economicità in quanto implica l'utilizzo di più categorie giuridiche e matematiche.

Ho necessità di una teoria più bella.

Per come è strutturata la normativa sull'usura, il contenzioso si è sviluppato diacronicamente su due assi:

- 1) le modalità matematiche con cui effettuare il calcolo del Tiu;
- 2) i costi (per il mutuatario) da includere o escludere nel calcolo del Tiu.

Entrambi questi piani si sono avvitati attorno al principio di necessaria omogeneità, che dovrebbe sussistere – secondo il vettore di una lettura presuntivamente logica del dettato normativo – tra formule e costi utilizzati per la determinazione del Tiu e quelli utilizzati per la rilevazione del Tegn.

Sul primo aspetto, la problematica si è posta e si pone, invero, solo per i finanziamenti a utilizzo flessibile, in quanto, solo per queste forme tecniche di finanziamento ⁽⁷⁶⁾ la formula inclusa nelle Istruzioni di Banca d'Italia per la rilevazione del Teg medio:

$$Teg = \frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri su base annua} \times 100}{\text{accordato}}$$

è differente da quella universalmente nota di matematica finanziaria per il calcolo del Tiu ⁽⁷⁷⁾, proposta dalla clientela bancaria:

$$Tiu = \frac{(\text{Interessi} + \text{Cms} + \text{oneri}) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

Le fazioni in contesa si sono dilungate in lunghe disquisizioni per ottenere l'applicazione dell'una formula piuttosto che dell'altra da parte dei giudici nei vari giudizi civili o penali instaurati.

I clienti bancari sostengono con la forza di argomenti matematici che l'unica formula che restituisce il reale costo di un finanziamento è l'ultima ⁽⁷⁸⁾. Quest'ultima formula è universale e non ha bisogno di difesa più di quanto non l'abbia l'equivalenza matematica secondo cui $2 + 2 = 4$. Le ragioni addotte per sostenere ciò sono molto forti ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ Per i finanziamenti a piano di ammortamento predefinito, invece, la formula utilizzata da Banca d'Italia è identica a quella di matematica finanziaria (l'unica che abbia un qualche valore): Tir.

⁽⁷⁷⁾ Il fatto che alcuni giudici mettano in dubbio la valenza di tale formula (per esempio Trib. Treviso, 14/4/2016) dimostra l'urgenza della necessità sollevata da LEGNINI [G.], *Introduzione*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., 15, secondo il quale «La prevedibilità va garantita con i processi di formazione, con la diffusione di una cultura nuova e sensibile alla multidisciplinarietà e all'integrazione con gli altri saperi». Peraltro, il ragionamento del Tribunale di Treviso è interessante per il criterio di verità adottato: non logico ma di plausibilità. Se il risultato è vero ma non plausibile (perché il tasso è molto elevato), non è accoglibile; se è plausibile (perché fisiologico) ma non vero, è accoglibile.

⁽⁷⁸⁾ Per motivi di economia espositiva tralascio, in questa sede, ogni considerazione sulla necessità o meno di tenere conto dell'aumento del costo connesso all'anatocismo e del conseguente necessario utilizzo (o meno) della formula di equivalenza finanziaria per trasformare il Tiu da tasso nominale a tasso effettivo. Tralascio, peraltro, il problema di tenere specularmente conto dell'anatocismo in sede di rilevazione del Tegn, cosa che Banca d'Italia ha ommesso di fare.

⁽⁷⁹⁾ Secondo tale visuale, il Giudice (che non può che voler conoscere il tasso reale e globale di un prestito, in qualunque forma tecnica erogato) deve obbligatoriamente servirsi delle conoscenze di matematica finanziaria per il calcolo del costo di un finanziamento, a meno che non si voglia

A questa constatazione, gli intermediari oppongono l'esistenza/resistenza di un principio logico di omogeneità, che dovrebbe necessariamente sussistere tra procedure di calcolo del Tiu di un singolo rapporto e procedure di rilevazione del Tegn, con l'importante precisazione (per il vero presentata apoditticamente) che le prime dovrebbero adeguarsi isomorficamente alle seconde.

L'omologia strutturale così declinata solleva, tuttavia, alcuni problemi matematici e logici di non poco momento, in quanto la formula del Teg di Banca d'Italia, se utilizzata per il calcolo del costo di un singolo finanziamento a utilizzo flessibile:

- 1) denuncia la sua non conformità al dettato dell'art. 644 cp, che fa esclusivo riferimento al concetto di *erogazione* del credito. La formula del Teg, invece,

trasformare il ditteo *lex facit de albo nigrum* in *iudex facit de albo nigrum* e quindi sostenere che un giudice possa sostenere che $2+2=5$. Tralasciando il tema dell'anatocismo e quindi l'utilizzo della formula di equivalenza finanziaria, la formula base per il calcolo del Tiu è questa:

$$Tiu = \frac{(Interessi + Cms + oneri) \times 36.500}{\text{numeri debitori}}$$

Al giurista digiuno di nozioni di matematica, l'affermazione di cui sopra non può che apparire dogmatica, come in effetti è, ma d'altronde la matematica si nutre di assiomi. Userò quindi un espediente retorico per dimostrare gli aspetti convincenti dell'affermazione. Parto dal presupposto empirico che nessuno (né lato banca né lato cliente) ha mai contestato la formula utilizzata anche da Banca d'Italia nelle Istruzioni per il calcolo del Teg dei finanziamenti a rimborso prestabilito (overosia quella che in matematica finanziaria è denominata Tasso interno di rendimento o Tir). Ammettiamo di dover calcolare il Tiu di un'apertura di credito in conto corrente a tempo determinato (da gennaio a marzo 2018: 90 giorni), con accordato di € 10.000, Tan del 10% e oneri collegati all'erogazione del credito di € 10 (rilevanti ai fini dell'usura). Ammettiamo che il cliente si sia assunto l'obbligo contrattuale di utilizzare, esclusivamente e in un'unica soluzione (esemplificazione che consente di utilizzare la formula del Tir), l'importo di € 1.000, che restituirà, assieme alle competenze trimestrali (interessi e oneri per un importo complessivo di € 35), alla fine del trimestre. Per semplicità di calcolo adotterò la convenzione dei giorni (*days count convention*) 30/360 overosia l'anno commerciale. Proviamo a calcolare il Tiu con la formula incontestata del Tir:

$$\sum_{k=1}^m \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{m'} \frac{A'_{k'}}{(1+i)^{t_{k'}}$$

Il risultato è un Tiu del 14% (qui un po' di fiducia è richiesta).

Calcolando il Tiu con la formula di matematica finanziaria (modificata per tenere conto della *days count convention* adottata) suggerita dai clienti bancari, il risultato è il medesimo:

$$Tiu = \frac{(Interessi + Cms + oneri) \times 36.000}{\text{numeri debitori}}$$

$$Tiu = \frac{(25 + 10) \times 36.000}{1.000 \times 90} = 14\%$$

Se, invece, si utilizza il Teg di Banca d'Italia (anche qui con anno commerciale), si produce un tasso più basso:

$$Teg = \frac{Interessi \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri su base annua} \times 100}{\text{accordato}}$$

$$Teg = \frac{25 \times 36.000}{1.000 \times 90} + \frac{10 \times 100}{10.000} = 10,1\%$$

Q.E.D.

- considera (nel suo secondo addendo) il capitale *accordato* che, in quanto tale, non necessariamente è erogato;
- 2) non restituisce un tasso, inteso come rapporto/divisione tra un costo globale e il capitale erogato. Il Teg è matematicamente la sommatoria di due tassi con basi di calcolo differenti e quindi soffre della medesima infondatezza matematica di cui soffre la tesi della sommatoria tra tasso degli interessi compensativi e degli interessi di mora. Il Tiu calcolato con la formula del Teg di Banca d'Italia è un "non tasso" overosia un "tasso fantasioso";
 - 3) per come è costruita, restituisce – il più delle volte – un tasso più basso di quello reale, provocando così le ire degli utenti bancari, ire che vengono ingiustamente rivolte a Banca d'Italia, tacciata di voler difendere illegittimamente il sistema bancario. Su quest'ultima critica vorrei soffermarmi per farne apprezzare i profili d'errore e per dimostrare che, in realtà, la critica dovrebbe essere semmai rivolta a quella giurisprudenza che ritiene di poter applicare la formula del Teg al di fuori dell'unico ambito nel quale è applicabile overosia quello della rilevazione statistica. È davvero ingeneroso (oltre che contrario ai fatti matematici) accusare le Istruzioni di Banca d'Italia di essere lo strumento per favorire le banche. Chi solleva tale accusa non considera che l'utilizzo, in fase di rilevazione del Tegm, della formula del Teg (che, come abbiamo detto, deprime il tasso risultante dal suo utilizzo) non solo non avvantaggia le banche e le società finanziarie ma, al contrario, le penalizza e mi stupisce molto che nessuna di esse abbia mai sollevato la questione (ma su questo tornerò a breve). Infatti, un Teg più basso, perché calcolato con quella formula, si tramuta in un Tegm più basso e quindi in una soglia d'usura più bassa, con la conseguenza che le banche sono costrette a limare i tassi applicabili alla propria clientela. Peraltro, la Banca d'Italia lo ha chiaramente ribadito a chi le chiedeva di modificare la formula di rilevazione del Teg ⁽⁸⁰⁾. Va, inoltre, rilevato che la medesima finalità (overosia quella di *winsorizzare* il Tegm, eliminando gli *outliers*) è stata perseguita da Banca d'Italia non solo con l'utilizzo della formula del Teg ma anche eliminando dalla rilevazione alcune tipologie di rapporti (Sezione B.2 delle Istruzioni "*Operazioni escluse*") ed escludendo alcune voci di costo non ritenute fisiologiche (interessi di mora e Cms *in primis*). A ogni buon conto, è facile concludere che l'errore più evidente non è tanto di Banca d'Italia, la quale propone, invece, tale formula (su cui si può comunque discutere) nel contesto corretto (rilevazione del Tegm), semmai lo è dei giudici che ne esportano l'utilizzo al di fuori di tale contesto, inconsapevoli del fatto che tale

⁽⁸⁰⁾ Si vedano le *Considerazioni della Vigilanza ai Commenti pervenuti* contenute nel *Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura – 2009* ove, a fronte del seguente commento: «Altre proposte propendono per una modifica più radicale della formula che vedrebbe al numeratore interessi e oneri di ogni specie e al denominatore i numeri debitori $Teg = \frac{(Interessi+oneri) \times 36500}{numeri debitori}$. Un'ulteriore proposta prevede l'utilizzo dell'interesse composto anziché di quello semplice», Bankit ha risposto correttamente che: «L'accoglimento di proposte relative a nuove modalità di calcolo del TEG avrebbe comportato ulteriori elementi di discontinuità nella serie storica dei tassi. Si è ritenuto pertanto di confermare nelle nuove Istruzioni la struttura della formula già consolidata che presenta il vantaggio di non generare tassi soglia molto elevati (derivanti per esempio dall'inclusione di TEG calcolati su contratti con un utilizzato molto basso)».

formula non fornisce loro ciò che ricercano, overosia il costo reale complessivo del finanziamento.

È, quindi, assolutamente infondata l'accusa a Banca d'Italia di essere in mala fede mentre merita approfondimento quella d'aver commesso diversi errori matematici e di eccesso di potere.

Affronto qui l'accusa sugli errori di Banca d'Italia, concludendo il discorso sulla formula e principiando contestualmente quello dei costi da includere o meno nel calcolo.

Abbiamo già notato che, benché il Tegn su base annua (⁸¹) sia un acronimo che dovrebbe stare matematicamente per Tasso effettivo globale annuo, esso non ha alcuna di tali caratteristiche (anche se va detto che la critica vale solo per i finanziamenti a utilizzo flessibile):

- non è propriamente un tasso ma una somma tra due tassi (un tasso d'interesse propriamente detto e un tasso di oneri – prima trimestrali e poi annualizzati – rapportati all'accordato);
- non era certo un tasso effettivo, posto che – quando era consentita la capitalizzazione infrannuale delle competenze – esso non teneva conto dell'aumento di costo connesso all'anatocismo (da considerarsi quale "*remunerazione a qualsiasi titolo*") e ciò indipendentemente dalla sua liceità o meno);
- non è globale ma semmai semi-globale, posto che Banca d'Italia ha escluso e continua a escludere alcune voci che, invece, dovrebbero (si veda *infra*) rientrare nel calcolo, in base al chiaro dettato normativo dell'art. 2 L. 108/96;
- non è propriamente annuale in quanto il secondo addendo della formula non è espresso in riferimento all'anno (mentre il primo addendo sì).

Queste osservazioni sugli sfondoni di Banca d'Italia suggeriscono un quadro avvertito e spingono alla domanda se vi siano – e quali siano – i limiti che Banca d'Italia ha nella fase di rilevazione del Tegn.

Il primo dubbio che va sciolto a riguardo si riconnette alla possibilità di usare in sede di rilevazione del Tegn una formula diversa da quella di matematica finanziaria vista sopra, alla luce del fatto che l'art. 2 L. 108/96 non indica quale formula utilizzare per la rilevazione. Un indizio del fatto che Banca d'Italia potesse prescindere dalla formula di matematica finanziaria può essere desunto da una minima (ma non adiafora) differenza lessicale tra l'art. 1 e l'art. 2 L. 108/96. L'art. 1 L. 108/96 (che si riferisce al momento della determinazione del Tiu di un singolo rapporto di credito) prevede che vengano presi in considerazione i costi collegati all'*erogazione del credito*, precisazione quest'ultima che manca nel – per il resto identico – fraseggio dell'art. 2 L. 108/96 (che si applica alla fase di rilevazione statistica del Tegn) e ciò potrebbe giustificare il fatto che Banca d'Italia abbia ritenuto di esercitare una propria discrezionalità rapportando gli oneri – non già al capitale erogato – bensì al capitale accordato.

(⁸¹) Un Tegn su base annua sarebbe correttamente un Taeg, ma usando tale acronimo si corre il rischio di confonderlo con il Taeg del credito al consumo che è indicatore diverso, se non altro perché il primo è calcolato *ex post* (alla fine del trimestre) mentre il Taeg del credito al consumo è un semplice indicatore di costo calcolato *ex ante* (e, dal 2011, comprensivo anche di imposte e tasse, invece, escluse dalla disciplina sull'usura). Per questo motivo continuerò a utilizzare l'acronimo Tegn, specificando che è espresso su base annua.

Tuttavia, può essere di contro osservato che questa scelta di una formula il cui effetto è quello di deprimere il tasso è frutto di un potere discrezionale che mai è stato concesso a Banca d'Italia e al Mef, i quali quindi non si sono limitati a *rilevare* il Tegm – come richiesto dall'art. 2 L. 108/96 – ma hanno svolto scelte discrezionali (di politica criminale?), eccedendo dai poteri loro conferiti dalla legge.

A riprova di ciò si osservi che, in più di un'occasione, Banca d'Italia (e l'opinione è divenuta mito cui la giurisprudenza si è spesso rivolta) ⁽⁸²⁾ ha dichiarato che il fine ultimo delle Istruzioni sarebbe quello di rilevare un tasso *fisiologico* di mercato ⁽⁸³⁾, eliminando quindi tutte quelle operazioni in cui fossero applicati tassi troppo alti o troppo bassi (si veda la Sezione B.2 "*Operazioni escluse*" delle Istruzioni) e tutte quelle voci di costo ritenute non fisiologiche (*in primis* gli interessi di mora e le Cms) e, per i finanziamenti a utilizzo flessibile, adottando scientemente una formula con finalità depressiva del tasso.

La ricerca di un tasso fisiologico (con eliminazione/winsorizzazione dei valori estremi/*outliers*) non solo non è richiesta dalla norma (art. 2 L. 108/96) ma è anzi esclusa esplicitamente dall'utilizzo dei sintagmi "*tasso ... medio*" e "*valori medi*". Sembra proprio che Banca d'Italia abbia – si badi, in buona fede e, nei fatti, a tutto sfavore di banche e finanziarie – confuso banalmente il concetto di tasso medio con una sorta di tasso mediano (*rectius* di un tasso medio normalizzato).

Il tasso medio altro non è che il rapporto tra la somma di tutti i tassi applicati da banche e finanziarie e il complesso dei dati rilevati, mentre il tasso medio normalizzato (quello che ha in mente Banca d'Italia) è il valore normale, fisiologico, che risulta dalla media aritmetica semplice, una volta eliminati i valori estremi ⁽⁸⁴⁾.

Le legge non ha chiesto a Banca d'Italia di eliminare dalla rilevazione né categorie di operazioni né costi peculiari e, anzi, su quest'ultimo aspetto l'indicazione opposta della norma (art. 2 L. 108/96) è chiarissima: «*Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di*

⁽⁸²⁾ A titolo d'esempio si veda Trib. Torino, 3/1/2017: «*Il TEGM rappresenta un indicatore fisiologico medio del mercato*». Trib. Torino, 13/9/2017;

⁽⁸³⁾ Così, ad esempio, in riferimento agli interessi di mora nei *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura* del 3 luglio 2013 (sottolineatura mia): «*Gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente. L'esclusione evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo. Infatti, essendo gli interessi moratori più alti, per compensare la banca del mancato adempimento, se inclusi nel TEG medio potrebbero determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela*». In modo ancora più esplicito su interessi di mora, Cms, operazioni in valuta, crediti ristrutturati e formula matematica nel *Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di usura* – 2009 Banca d'Italia dichiara apertamente che il suo intento è quello di evitare che il Tegm (e quindi la soglia d'usura) si elevasse in modo eccessivo rispetto a quello che Banca d'Italia ritiene il livello normale dei tassi.

⁽⁸⁴⁾ È un non condivisibile tentativo di coonestazione quello di MARCELLI [R.], *Usura bancaria ad un ventennio dalla legge: un impietoso bilancio*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, suppl., 4, 2017, 82, laddove afferma che il valore medio starebbe a indicare il «*tasso che ricomprende tutti i costi che normalmente, ordinariamente e fisiologicamente vengono sopportati nell'erogazione del credito*». Un conto (e qui l'Autore ha ragione) è la scelta (discrezionale di Banca d'Italia) tra le varie forme di media (aritmetica semplice, ponderata, geometrica, armonica, di potenza *et cetera*) altro è la prodromica winsorizzazione del campione, con successivo calcolo della media.

commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno ...». È vero, invece, che il ruolo di Banca d'Italia è semplicemente quello di *fotografare* il tasso medio, così come ribadito dalla Cassazione⁽⁸⁵⁾ e dalla giurisprudenza di merito⁽⁸⁶⁾ e così come emerge chiaramente dall'utilizzo del termine *rilevare*.

Va da ultimo osservato sul punto che, se davvero si fosse voluto/potuto individuare un tasso "di mercato" non sarebbe stato logico eliminare gli estremi, che sono, invece, la coda grassa che compare quando il prezzo si forma su un mercato, overosia secondo il ditterio *res tantum valet quantum vendi potest* (Digesto, 35, 2, 63)⁽⁸⁷⁾. È constatazione banale che tra i prezzi di mercato vi saranno sempre necessariamente quelli molto alti e quelli molto bassi, con la conseguenza che il vero tasso fisiologico di mercato è proprio quello che risulta dalla media aritmetica semplice e non previamente normalizzata, normalizzazione che il mercato non contempla se non attraverso l'espedito della semplice media.

Qui tornano utili le argomentazioni spese *supra* per dimostrare come gli interessi di mora e la Cms (e, se si vuole, la multa penitenziale e le spese di assicurazione) siano rilevanti ai fini del calcolo del Tiu.

Brachilogicamente: se un costo è da considerarsi rilevante ai fini della omnicomprensiva dizione dell'art. 1 L. 108/96 (*alias* art. 644 cp) allora avrebbe dovuto esserlo anche per l'identica omnicomprensiva dizione dell'art. 2 L. 108/96, con il vantaggio che la rilevazione statistica (proprio perché rilevazione) avrebbe potuto tenere conto di tutti i predetti costi eventuali, a cose fatte (*ex post*), superando così i problemi di calcolabilità giurimetrica (trattandosi di un dato numerico riferito a trimestri precedenti a quello di determinazione del Tiu).

Questa è una versione speculare alla tesi difensiva dell'omogeneità che mi piace definire – *absit iniura verbis* sia verso la tesi (che trovo "quasi bella") sia verso chi la sostiene (che ha intelligentemente sfiorato la verità sul punto) – *imbecille*, termine che, nel suo originale etimo (purtroppo sporcato oggi dalla valenza offensiva, che mi costringe ad abbandonarlo in favore di "ingenua"), sta per *in-baculum*, senza bastone overosia senza un valido supporto tecnico che le consenta di stare in piedi.

Non è, quindi, vero che tutto ciò che non è stato ricompreso dal Mef (leggasi Banca d'Italia) nella rilevazione del Tegn non possa essere utilizzato nel calcolo del Tiu (= omogeneità ingenua) ma è vero semmai il contrario (= omogeneità ortopedica): tutto ciò che è ricompreso nel Tiu avrebbe dovuto essere rilevato nel Teg da Banca d'Italia (e quindi nel Tegn e, infine, nella soglia d'usura).

Forse il manicheismo di tale conclusione può essere smussato se si vuole finalmente prendere atto che la fase di *determinazione* del Tiu (i cui riferimenti normativi sono l'art. 1 L. 108/96 e quindi l'art. 644 cp) è momento distinto, sotto molteplici profili⁽⁸⁸⁾, dalla *rilevazione*

⁽⁸⁵⁾ Cass. pen., 7/5/2014, n. 18778; Cass. pen., 22/07/2010, n. 28743; Cass. pen., 26/3/2010, n. 12028; Cass. pen., 18/3/2003, n. 20148.

⁽⁸⁶⁾ *Ex multis* per citare le più recenti: Trib. Genova, 19/03/2018; Trib. Padova, 23/01/2018; Trib. Torino, 30/11/2017; Trib. Ferrara, 17/11/2017; Trib. Massa, 17/10/2017; Trib. Alessandria, 24/5/2017.

⁽⁸⁷⁾ Fa piacere notare che alcuni giudici hanno ancora tempo di fare sfoggio di cultura giuridica. Il riferimento al passo del Digesto si rinviene in Trib. Lecco, 28/2/2018, il nome dell'estensore della quale merita di essere citato (Edmondo Tota).

⁽⁸⁸⁾ Soggettivi e oggettivi. Tra i primi, va osservato che mentre la determinazione del Tiu vede coinvolti il giudice e le parti, la rilevazione del Tegn vede coinvolti il Legislatore, Banca d'Italia, il Mef e le banche

del Tgm (art. 2 L. 108/96) overosia se non si vuole credere all'esistenza di un principio di omogeneità ⁽⁸⁹⁾, almeno come inteso perfuntoriamente dai più. Mi pare che il criterio di omogeneità ortopedica sia stato assunto a base del ragionamento della Sezioni Unite (16303/2018), laddove (pag. 13) ricordano che la mancata (illegittima) inclusione di un costo nel Tgm non inciderebbe sul calcolo del tasso praticato in concreto.

Certo non hanno aiutato il raggiungimento di maggiore calcolabilità giuridica i decreti del Mef, i quali, come fossero sceneggiature del teatro dell'assurdo di Ionesco, sono arrivati a chiedere (art. 3, comma 2) agli attori (banche e intermediari) di verificare il rispetto della soglia d'usura attenendosi ai criteri di calcolo delle Istruzioni di Banca d'Italia, con buona pace dell'opera originaria (art. 644 comma 4, cp), a cui il Mef, infatti, non fa neppure un labiale omaggio.

Per essere chiaro ci tengo a osservare che l'omogeneità ortopedica non è, come quella ingenua, un'omogeneità trasversale overosia tra piano della determinazione del Tiu (art. 1 L. 108/96, *id est* art. 644 cp) e piano della rilevazione del Tgm (art. 2 L. 108/96), bensì un'omogeneità verticale, che impone solo che la rilevazione del Tgm effettuata da Banca d'Italia sia conforme all'art. 2 L. 108/96.

Volendo digrossare il discorso alla ricerca della rigidità logica tipica della tesi giuridica bella, osservo che, se in punto di formula si potrebbe discutere, in punto di costi inclusi/esclusi dalla rilevazione del Tgm non vi sono ampi margini di seria e fondata obiezione.

L'art. 2 L. 108/96, come norma in bianco, ha predeterminato in modo rigido i costi che avrebbero dovuto entrare (e non) nella rilevazione del Tgm, secondo un principio di onnicomprensività: commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse solamente quelle per imposte e tasse.

Si rilevi che è proprio questa rigida predeterminazione degli elementi della fattispecie penale che ha consentito alla norma di salvarsi da un sindacato d'illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost, come ribadito dalla Corte di Cassazione ⁽⁹⁰⁾, secondo la quale *«In tema di usura è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 644, terzo comma, c.p. e 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108 per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che le predette norme, nel rimettere la determinazione del «tasso soglia», oltre il quale si configura uno degli elementi soggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, determinerebbero una violazione del principio della riserva di legge in materia penale. (La Corte ha osservato che il principio della*

e finanziarie italiane. Dal punto di vista oggettivo, il Tiu è un tasso riferito a un singolo rapporto e soggiace all'art. 1 L. 108/96 mentre il Tgm è una media aritmetica semplice (normalizzata, corretta per il tasso ufficiale e poi aumentata come prescritto per legge) di tassi medi di tutte le banche e finanziarie in Italia e ha come addentellato normativo l'art. 2 L. 108/96, oltre al fatto di aver valore solo se pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, pubblicazione che costituisce elemento strutturale del tasso nel senso che ha valore solo il Tgm pubblicato (e ciò esclude qualsiasi divisibilità dei tentativi suggeriti da Banca d'Italia di tenere conto dell'aumento del 2,1% per i tassi di mora o di tenere conto della cd. Cms soglia). Dopo aver scritto quest'ultima frase è stata depositata Cass., Sez. Un., 20/6/2018, n. 16303 che ha adottato proprio il criterio della Cms soglia, su cui discuterò nell'ultimo paragrafo.

⁽⁸⁹⁾ Sul punto della separazione dei due momenti (determinazione del Tiu e rilevazione del Tgm) si segnala per la motivazione completa Corte App. Torino, 20/12/2013, la quale però si limita a tale constatazione senza rilevare alcunché sul piano dell'illegittimità della rilevazione.

⁽⁹⁰⁾ Cass. pen., 18/3/2003, n. 20148.

riserva di legge è rispettato in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministro del tesoro solo il limitato ruolo di «fotografare», secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari». In caso contrario, verrebbe inammissibilmente demandata al Mef l'integrale (e non solo parziale) specificazione della condotta punibile⁽⁹¹⁾.

A me pare che il problema della sussistenza o meno di discrezionalità in capo al Mef – consultata Banca d'Italia, che agisce per mezzo di istruzioni⁽⁹²⁾ – sia stato mal posto o, meglio, posto in modo corruivo. Che un margine di discrezionalità vi sia è indubbio e ciò è implicito nell'utilizzo della tecnica legislativa della norma penale in bianco [con la conseguenza che sbagliano sia coloro i quali, con soluzioni manichee, ne negano *in toto* la sussistenza⁽⁹³⁾ sia coloro che affermano l'esistenza di una discrezionalità piena⁽⁹⁴⁾] anche se mi sembra, invece, da confermare l'insussistenza di un potere discrezionale talmente ampio da consentire all'autorità amministrativa d'andare alla ricerca di un tasso fisiologico (si veda *supra*).

In questo caso, la questione va affrontata con *la chose du monde la mieux partagée*: è solo su questioni di dettaglio tecnico, non vincolate dalla norma primaria, che il Mef (leggesi Banca d'Italia) può esercitare poteri tecnici discrezionali. Tali questioni sono innumerevoli: si pensi all'individuazione dei soggetti tenuti alle segnalazioni⁽⁹⁵⁾, alla data entro cui i

⁽⁹¹⁾ Trib. Reggio Emilia, 4/12/2014.

⁽⁹²⁾ La possibilità di emanare istruzioni è specificamente prevista dall'art. 4, comma 1 Tub «*La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, formula le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR previste nel titolo II. La Banca d'Italia, inoltre, emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*».

Le istruzioni sono provvedimenti amministrativi con portata generale, che – a differenza dei regolamenti – hanno efficacia solo nei confronti dei soggetti vigilati, i quali possono essere oggetto di sanzioni se non li rispettano e sono quindi annoverabili nel *genus* degli ordini. Di contro, come emerge dall'art. 8, comma 2 Tub, i regolamenti aventi efficacia normativa hanno valenza generale ed astratta, *erga omnes* e, in questo caso, vanno pubblicati sulla GU. Si veda il commento all'art. 4 Tub di CAPRIGLIONE [F.], *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018.

⁽⁹³⁾ QUINTARELLI [A.], *Reato di usura e legittima adozione dei decreti ministeriali di rilevazione del Tegn*, su IlCaso.it, 6/3/2018. L'Autore, in questo scritto molto interessante, in un primo momento sembra negare qualunque discrezionalità su ogni aspetto, salvo poi precisare (se ho ben capito) che la discrezionalità è da escludere solo in punto di costi da includere/escludere.

In questo senso anche Cass. pen., 18/3/2003, n. 20148 «*Il delitto di usura, quale definito a seguito dell'intervento novellistico operato dalla legge n. 108 del 1996, non riserv[er] affatto (...) compiti "creativi" alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l'area penale riservata alla legge ordinaria. (...) infatti, il legislatore si è fatto carico di introdurre e delineare una rigida «griglia» di previsioni e di principi, affidando alla normazione secondaria null'altro che un compito di "registrazione" ed elaborazione tecnica delle risultanze, al di fuori di qualsiasi margine di discrezionalità*».

⁽⁹⁴⁾ FARINA [V.], *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2016, 4, 445 – 480.

⁽⁹⁵⁾ I soggetti tenuti alla segnalazione sono:

- 1) le banche iscritte nell'albo previsto dall'art. 13 Tub;
- 2) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 Tub e quelli già iscritti nei cessati elenchi di cui alla previgente formulazione degli artt. 106 e 107 TUB i quali abbiano in corso un procedimento amministrativo per l'iscrizione nel nuovo albo e siano pertanto abilitati ad operare in conformità del previgente regime normativo, fino alla conclusione del procedimento amministrativo (cfr. art. 10,

segnalanti devono far pervenire a Banca d'Italia i dati segnalati ⁽⁹⁶⁾, alle modalità di segnalazione dei finanziamenti in *pool* ⁽⁹⁷⁾, a quale sia il fido da segnalare in caso di aperture di credito ⁽⁹⁸⁾ e di conti non affidati ⁽⁹⁹⁾, a quali siano i rapporti da segnalare (tutti o solo quelli nuovi?) ⁽¹⁰⁰⁾ *et cetera*.

comma 4, lett. d, ultimo periodo del d.lgs 141/2010). Fanno eccezione le società costituite ai sensi dell'art. 7-bis della Legge 130/99 (*Covered Bond*) e le società fiduciarie iscritte nella sezione dell'albo ex art. 106 Tub, di cui all'art. 199, comma 2 del d.lgs. 58/1998, che non sono tenute alla segnalazione. I Confidi e le società di *servicing* in operazioni di cartolarizzazione iscritti all'albo di cui all'art. 106 del Tub sono tenuti alla segnalazione trimestrale. Nel caso in cui essi non effettuino attività di erogazione diretta di finanziamenti, dovranno darne comunicazione trimestrale mediante l'utilizzo della specifica voce "segnalazione negativa". In ogni caso, non è dovuta la segnalazione anti-usura da parte dei Confidi iscritti all'elenco di cui all'art. 155, comma 4 del Tub e, da quando sarà istituito l'elenco ex art. 112 Tub, non sarà dovuta la segnalazione da parte dei Confidi minori iscritti a detto elenco;

3) i soggetti iscritti nell'elenco di cui all'art. 111 comma 1 Tub (Microcredito). Sono esclusi gli operatori di finanza mutualistica e solidale di cui all'art. 16 del D.M.176/2014 e i soggetti giuridici senza fini di lucro di cui all'art. 111 comma 4 del Tub.

⁽⁹⁶⁾ I dati devono pervenire alla Banca d'Italia entro il giorno 25 del mese successivo alla fine del trimestre di riferimento.

⁽⁹⁷⁾ Le operazioni in *pool*, cioè i finanziamenti erogati da due o più intermediari con assunzione di rischio a proprio carico sulla base di contratti di mandato o di rapporti con effetti equivalenti, sono segnalate dall'intermediario capofila con riferimento all'intero ammontare del finanziamento.

⁽⁹⁸⁾ Per fido accordato si intende l'ammontare del fido utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfetto ed efficace (cd. accordato operativo). Il fido accordato da prendere in considerazione è quello al termine del periodo di riferimento (ovvero l'ultimo nel caso dei rapporti estinti).

⁽⁹⁹⁾ Nel caso di passaggi a debito di conti non affidati o comunque se si verificano utilizzi di finanziamento senza che sia stato precedentemente determinato l'ammontare del fido accordato, l'attribuzione alla classe di importo va effettuata prendendo in considerazione l'utilizzo effettivo nel corso del trimestre di riferimento (ad es. nel caso di passaggi a debito di conti correnti non affidati e degli sconfinamenti rispetto al fido accordato deve essere considerato il saldo liquido massimo di segno negativo; nel caso di operazioni di factoring su crediti acquistati a titolo definitivo e di sconto di effetti deve essere considerato l'importo erogato; nel caso di operazioni di factoring che danno luogo a posizioni debitorie del cedente va considerata l'esposizione massima). In caso di presentazione di effetti allo sconto da parte di un cliente occasionale la classe d'importo è determinata in base all'importo erogato per ogni singola presentazione sul complesso degli effetti ceduti nell'arco di una giornata lavorativa, ancorché gli stessi siano emessi da soggetti diversi e per differenti scadenze.

⁽¹⁰⁰⁾ Per le operazioni rientranti nelle Cat. 1, Cat. 2, Cat. 5 e Cat. 9a, tutti i rapporti di finanziamento intrattenuti nel trimestre di riferimento (ancorché estinti nel corso del trimestre). Nei rapporti di factoring che non diano luogo a posizioni debitorie per il cedente e nel caso di operazioni rientranti nella Cat. 2, ad eccezione degli anticipi s.b.f., sono da segnalare i rapporti per i quali si è verificata almeno una presentazione nel periodo di riferimento. Solo nei casi in cui manchi un preesistente affidamento, per calcolare il numero di rapporti si considerano le singole presentazioni di effetti o cessioni di crediti.

Per le altre categorie di operazioni, esclusivamente i nuovi rapporti di finanziamento accesi nel periodo di riferimento. Devono inoltre essere segnalati, nelle rispettive categorie di finanziamento, tutti i rapporti per i quali, nel trimestre, risulta variata una condizione contrattuale relativa a durata, importo erogato, tasso d'interesse e spese, i cui termini non siano già previsti nel contratto originario (ad es. vanno incluse nella rilevazione le dilazioni di pagamento non previste contrattualmente e i prestiti personali con possibilità di ricarica al momento dell'esercizio dell'opzione), fatte salve le operazioni

Passando dalla foresta agli alberi, è altrettanto evidente come Mef/Banca d'Italia non possano – se non altro per l'inconcusso principio della gerarchia delle fonti – violare la legge su quelle questioni sulle quali questa ha imposto precisi vincoli overosia, per evitare cineserie, su ciò che deve andare a costituire il Tegm che, per espressa previsione di legge, deve comprendere commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese.

Su questo aspetto valgono le considerazioni svolte *supra* in punto d'interessi moratori, Cms, commissioni d'estinzione anticipata e assicurazioni: se queste voci sono considerate oneri rientranti in una delle tre categorie previste dall'art. 2 L. 108/96 (identiche a quelle previste dall'art. 1 L. 108/96) allora devono necessariamente entrare nella rilevazione del Tegm, poiché altrimenti i decreti del Mef devono essere considerati *sic et simpliciter* illegittimi.

Illegittimità è però termine che, se non adeguatamente specificato, rischia di rimanere un vezzo francese.

Verso la calcolabilità giuridica

V'è da chiedersi, a questo punto del discorso, quale destino possano avere provvedimenti amministrativi – quali sono i decreti ministeriali di rilevazione del Tegm ⁽¹⁰¹⁾ – contrastanti con il dettato normativo che li richiama.

La prima risposta – noetica – potrebbe essere quella dell'impugnazione di tali decreti avanti al giudice amministrativo con l'intento di ottenerne l'annullamento con efficacia *erga omnes*,

escluse riportate nel par. B2. Nelle nuove operazioni da segnalare, per stabilire la classe d'importo e il TEG, dovrà essere preso in considerazione il piano di ammortamento modificato per effetto delle variazioni contrattuali, riferito alla sola durata residua del finanziamento.

⁽¹⁰¹⁾ Scansano il problema alcune pronunce di merito. In particolare Trib. Milano, 3/6/2014, n. 7234, definisce le istruzioni di Banca d'Italia come norme tecniche autorizzate e quindi, per ciò solo, vincolanti, omettendo di valutare il tema della conformità della norma secondaria alla norma primaria. Peraltro il tribunale meneghino omette di considerare che gli atti amministrativi autorizzati non sono le Istruzioni ma i DM.

Il Tribunale di Treviso (Trib. Treviso, 14/4/2016), invece, assume come protasi del proprio discorso un'erronea classificazione delle Istruzioni laddove afferma che esse non possano essere considerate meri atti amministrativi ma avrebbero valenza normativa vincolante per giudice. La conclusione non convince. Abbiamo già visto (*supra* nt. 89), che le Istruzioni sono atti amministrativi, privi di valore normativo (a differenza dei regolamenti), che non possono, in quanto tali, vincolare altri che i suoi destinatari overosia gli intermediari. In ultimo, anche a Treviso si guarda il dito (le Istruzioni) anziché la Luna (i DM).

Che le Istruzioni e i DM non abbiano valenza normativa è confermato dal fatto che – se non prodotti – non vige per essi il principio *iura novit curia* (Cass., 14/4/2016, n. 7374 «*la natura di atti amministrativi dei decreti ministeriali determinativi del c.d. tasso soglia rende inapplicabile il principio "jura novit curia" di cui all'art. 113 c.p.c., che va coordinato con l'art. 1 preleggi, il quale non comprende tali atti nelle fonti del diritto*»; Cass., 26/6/2001, n. 8742 «*Rileva preliminarmente la Corte che nessuno dei decreti ministeriali sopra citati risulta acquisito agli atti del giudizio di merito (né a quello di legittimità nel quale essi non potevano del resto essere per la prima volta prodotti stante il divieto posto dal primo comma dell'art. 372 c.p.c.), e che l'ultimo è perfino successivo alla pubblicazione della sentenza impugnata. Orbene, trattandosi di atti amministrativi, non può riguardo ad essi trovare applicazione il principio jura novit curia (art. 113 primo comma c.p.c.), dovendo tale norma essere letta ed applicata con riferimento all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, il quale contiene l'indicazione delle fonti del diritto, le quali non comprendono gli atti suddetti (vedansi al riguardo Cass. nn. 5483/98 e 6933/99), con la conseguente inammissibilità delle censure basate sulla asserita violazione di tali decreti*».

anche se intravedo un duplice ostacolo nell'affrontare tale strada: uno di carattere procedurale e l'altro di opportunità. Il primo riguarda l'impossibilità d'impugnazione dei DM già emessi in passato, in quanto è ormai decorso il termine per la loro impugnazione, con la conseguenza che potrebbero essere impugnati solo i futuri decreti ⁽¹⁰²⁾; il secondo attiene alla questione – è inutile nascondersi dietro a un dito – dei rapporti tra l'eventuale istituto impugnante (novello e improbabile mugnaio di Sans Souci alla ricerca del giudice a Berlino) e l'Autorità di Vigilanza. In ultimo, se si vuole, tale strada dovrebbe anche porre il dubbio di una sua utilità strategica per le banche alla luce del fatto che se uno dei futuri DM fosse impugnato e il giudice amministrativo ne dovesse affermare la validità con efficacia di giudicato, ciò impedirebbe qualsiasi disapplicazione da parte dei giudici ordinari davanti ai quali le banche sono e saranno convenute ⁽¹⁰³⁾, disapplicazione che, invece, non sarebbe preclusa per i DM non impugnati in termini ⁽¹⁰⁴⁾.

La seconda risposta – più plausibile – la troviamo, invece, nell'arcinoto Allegato E (*Legge sul contenzioso amministrativo*) della legge 2248 (*Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, cd. Legge Lanza) emanata a Torino 153 anni fa (20 marzo 1865) e già qui percepiamo la bellezza, almeno, del percorso ⁽¹⁰⁵⁾.

Le norme che qui interessano sono l'art. 4 ⁽¹⁰⁶⁾ e soprattutto l'art. 5 ⁽¹⁰⁷⁾ dell'Allegato E. La prima ⁽¹⁰⁸⁾ s'ispira al principio di separazione dei poteri e di non ingerenza del giudice ordinario nelle attività della pubblica amministrazione. Secondo tale norma, nel corso di un giudizio in cui l'atto amministrativo viene sindacato in via principale, in quanto lesivo di un

⁽¹⁰²⁾ Per il vero, si tratta di un'opzione che – se venissero superate le perplessità sull'opportunità di tale scelta, che ogni banca inevitabilmente si porrebbe qualora decidesse di tentare d'annullare con efficacia *erga omnes* un provvedimento dell'Autorità di Vigilanza – presenterebbe non pochi aspetti giuridicamente intriganti, anche per i riflessi sistemici che un annullamento comporterebbe.

⁽¹⁰³⁾ Cass., 15/02/2007, n. 3390 «*Il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo resta escluso soltanto se la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio della parte e con autorità di giudicato, non anche nel caso in cui l'atto non sia stato tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo, concernendo l'istituto della inoppugnabilità la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi*»; Cass., 08/01/2003, n. 60 «*L'esercizio da parte del giudice ordinario del potere di disapplicare un atto della p. a. è precluso, qualora la legittimità dell'atto sia stata accertata dal giudice amministrativo con sentenza passata in giudicato, resa nel contraddittorio delle parti*».

⁽¹⁰⁴⁾ Cass., 15/02/2007, n. 3390; Cass., 18/08/2004, n. 16175 «*Il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo del giudice ordinario non resta escluso per effetto della inoppugnabilità del suddetto atto dinanzi al giudice amministrativo, atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità concerne la tutela degli interessi legittimi non dei diritti soggettivi*».

⁽¹⁰⁵⁾ Il DL 1/12/2009, n. 179 ha ritenuto indispensabile mantenere in vigore l'Allegato E limitatamente agli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 e 16.

⁽¹⁰⁶⁾ «*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende lesa da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*».

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

⁽¹⁰⁷⁾ «*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*».

⁽¹⁰⁸⁾ CARLESÌ [F.], *Commento all'art. 4, l. n. 2248/1965, all. E*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di BATTINI [S.], MATTARELLA [B.G.], SANDULLI [A.] e VESPERINI [G.], Torino, 2007, 189 – 208.

diritto soggettivo, l'autorità giudiziaria ordinaria (su istanza di parte) può solamente dichiararlo illegittimo con efficacia limitata al caso deciso, senza peraltro poterlo annullare, revocare o modificare con efficacia *erga omnes* ⁽¹⁰⁹⁾.

Non è questa però la norma più acconcia al nostro caso, in quanto, in ipotesi d'usura bancaria, i decreti del Mef rilevano solo come atti amministrativi intra-procedimentali, facenti parte di un più complesso apparato di accertamento, di cui costituiscono solo un antecedente, venendo in rilievo – diversamente dai casi previsti dall'art. 4 – in via meramente incidentale ⁽¹¹⁰⁾. Proprio per questo, la “nostra norma” è l'art. 5 predetto ⁽¹¹¹⁾, che consente al giudice ordinario (civile o penale) di disapplicare i provvedimenti amministrativi illegittimi, owerosia di decidere il caso sottoposto alla sua attenzione (nel corso di liti tra privati) ⁽¹¹²⁾ come se l'atto amministrativo non esistesse all'interno di quel processo, continuando, invece, a esistere all'esterno ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Poiché il principio non ha fonte costituzionale (infatti, l'art. 113, ultimo comma Cost. demanda alla legge ordinaria il compito di individuare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione), non sono stati pochi i casi in cui è stato demandato al giudice ordinario il potere di annullamento (cd. giurisdizione piena del giudice ordinario) di atti amministrativi.

⁽¹¹⁰⁾ Cass., 22/2/2002, n. 2588 «*Il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo solo quando la valutazione della legittimità del medesimo debba avvenire in via incidentale, ossia quando l'atto non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale*».

⁽¹¹¹⁾ BUONAURO [C.], *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004; MATTASOGLIO [F.], *Commento all'art. 5, l. n. 2248/1965, all. E*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di BATTINI [S.], MATTARELLA [B.G.], SANDULLI [A.] e VESPERINI [G.], Torino, 2007, 208-227; BIANCHINI [I.], *Disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile e penale*, Macerata, 2008, 25; ROLLI [R.], *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005, 140 ss.; ROMANO [A.], *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22.

⁽¹¹²⁾ Cass., Sez. Un., 6/2/2015, n. 2244 «*Il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario non può essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la P.A., ma unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo, non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì come mero antecedente logico, sicché la questione venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico*».

⁽¹¹³⁾ In una penombra concettuale, nega tale possibilità Trib. Treviso, 14/4/2016, affermando che le Istruzioni (ma qui l'errore è evidente, posto che oggetto di eventuale disapplicazione potrebbero essere solo i DM) non verrebbero «*in rilievo come atto amministrativo, ma costituiscono uno strumento che viene impiegato dall'autorità amministrativa nel procedimento di integrazione del contenuto dell'art. 644 cp e dell'art. 2 della l. 108/96 che la stessa legge demanda per la concreta determinazione del tasso medio di interesse*». Se ho compreso bene – ma potrebbe non essere così perché obiettivamente il passo è criptico – il Tribunale afferma che la disapplicazione non potrebbe avvenire poiché – in materia di norme penali in bianco – gli atti amministrativi (che il tribunale nega inspiegabilmente essere tali) non verrebbero in considerazione in via incidentale bensì in via diretta.

In realtà, la Corte Costituzionale riconosce pacificamente la disapplicazione di atti amministrativi integrativi di norme penali in bianco. *Ex multis* Corte Cost., 5/4/1971, n. 69 «*Qualora, poi, in ipotesi, gli emanati regolamenti, nel precisare le condizioni da osservarsi nell'esercizio della caccia controllata, avessero stabilito oneri o limitazioni non consentite dalla formulazione legislativa, essi risulterebbero evidentemente affetti da vizio di illegittimità, con il conseguente dovere del giudice di disapplicarli, e con la possibilità per l'interessato di ricorrere ai comuni strumenti di tutela giurisdizionale*»; Corte Cost., 11/7/1991, n. 333 «*Ma tali censure, in quanto concernenti non la sufficienza dei criteri fissati dalla norma primaria - in misura, come*

Nel caso in questione, la disapplicazione dei decreti del Mef dovrebbe avvenire o per violazione di legge (visto l'evidente contrasto con il chiaro dettato omnicomprensivo dell'art. 2 L. 108/96), se si ritiene che l'attività amministrativa di rilevazione sia vincolata, o per eccesso di potere⁽¹¹⁴⁾, se si ritiene sussistere una discrezionalità tecnica in capo al Mef e a Banca d'Italia [tenuto conto che quest'ultima ha chiaramente indicato che la rilevazione è avvenuta con il fine perseguito di non consentire un'eccessiva/anomala elevazione delle soglie d'usura, ma con ciò esercitando un potere valutativo riservato al legislatore; senza dimenticare che l'eccesso di potere può inverarsi anche nell'incoerenza tra premesse e risultato, con conseguente *détournement de pouvoir* (115)].

Non potendo contare su un generalizzato rilievo d'ufficio da parte del giudice (pur consentito in via astratta, a differenza del caso di cui all'art. 4), sarà opportuno che banche e intermediari sollevino la domanda di disapplicazione integrale in ogni giudizio nel quale

si è visto, costituzionalmente adeguata - bensì la applicazione fattane dall'autorità amministrativa, rimangono estranee al giudizio di questa Corte. Infatti l'eventuale illegittimità della integrazione amministrativa della norma incriminatrice primaria non ridonderebbe certamente in illegittimità costituzionale di quest'ultima, ma soltanto radicherebbe il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare nel caso concreto la fonte normativa integratrice secondaria (nella parte in cui la ritenga illegittima), dato il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo che compete all'autorità giudiziaria»; Corte Cost., 27/3/1992, n. 133 «Invece l'eventuale illegittimità in concreto dell'integrazione amministrativa della norma incriminatrice non pone un problema di compatibilità con il precetto costituzionale della riserva di legge, ma radicherebbe il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare caso per caso il decreto ministeriale suddetto»

(114) Cass., Sez. Un., 18/6/2008, n. 28549 «La conformità a legge del provvedimento ... deve essere accertata dal giudice penale alla luce dei parametri dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere. In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo, esso è suscettibile di cognizione da parte del giudice ordinario non solo nella classica configurazione dello sviamento di potere, ma anche nelle varie figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa. (Cass., Sez. 1, 11 febbraio 1997, n. 916, rv. 207345; Cass., Sez. 1, 20 aprile 2001, n. 23034, rv. 219289; Cass., Sez. 1, 13 dicembre 2007, n. 248, rv. 238767)».

(115) Sull'incoerenza delle Istruzioni e dei DM, osservo che, se da un lato Banca d'Italia espressamente premette (C.4 *Trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG*) che «il calcolo del tasso deve tener conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito e sostenute dal cliente, di cui il soggetto finanziatore è a conoscenza, anche tenuto conto della normativa in materia di trasparenza», dall'altra conclude sacrificando molte voci di costo sull'altare del calmieramento del mercato del credito, che – contrariamente a quanto sostengono alcuni/troppi – non solo non era nei poteri dell'organo amministrativo garantire ma non era neppure nelle corde del legislatore primario perseguire, tenuto conto che la finalità della norma è solo quella di combattere il fenomeno usurario, come ribadito dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. Un., 19/10/2017, n. 24675 «Una parte della dottrina attribuisce alla L. n. 108, una ratio calmieratrice del mercato del credito, che imporrebbe il rispetto in ogni caso del tasso soglia al momento del pagamento degli interessi. Va però osservato che la ratio delle nuove disposizioni sull'usura consiste invece nell'efficace contrasto di tale fenomeno») nonché dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 25/2/2002, n. 29 «la ratio della legge n. 108 del 1996, quale risulta con chiarezza dai lavori preparatori, è quella di contrastare nella maniera più incisiva il fenomeno usurario ... Assodato, dunque, che la legge di cui si tratta risulta dettata dall'esclusivo e dichiarato intento di reprimere una specifica fattispecie di illecito».

Lo sviamento di potere mi pare patente anche alla luce del fatto che, con il calmieramento delle soglie, Banca d'Italia non ha mantenuto il comportamento classico che dovrebbe caratterizzare l'operato di ogni amministrazione: quello di distaccata imparzialità e ciò a tutto danno dei soggetti vigilati.

verranno (o sono già) convenuti per usura bancaria, ovviamente solo dopo che tali decreti saranno stati prodotti da chi ha sollevato l'eccezione di usura, poiché, in caso contrario, non opererà il principio *iura novit curia* [alla luce del fatto che i decreti ministeriali non sono fonti del diritto conoscibili dal giudice se non prodotti in giudizio ⁽¹¹⁶⁾] e quindi il giudice dovrà ritenere inammissibile la domanda.

Non si tratta di una *rêverie* e l'esperienza giudiziale ne fornisce conferma ⁽¹¹⁷⁾; parca, ma destinata a convincere con la forza stringente dell'evidenza. Sul punto si sono espresse le Sezioni Unite e al pensiero di queste dedicherò l'ultimo paragrafo aggiunto.

Si badi, inoltre, che sarà possibile solo una disapplicazione totale e non certo *selettiva*, come vorrebbe parte della giurisprudenza ⁽¹¹⁸⁾, la quale pretende di sostituirsi indebitamente al Mef con la creazione di differenti tassi soglia di natura pretoria (e quindi incalcolabili giuridicamente a priori), in base a proprie metodiche, che – senza accorgersene – scontano, tuttavia, il fatto di confrontare il Tiu con tassi privi di un elemento strutturale essenziale, owerosia la pubblicazione in GU, (pubblicazione richiesta espressamente dall'art. 2 L. 108/96, al fine che ciascun prestatore di denaro conosca in anticipo la soglia d'usura da rispettare), con conseguente violazione del principio di legalità di cui agli artt. 25, comma 2 Cost. e 1 cp «*il cui elemento oggettivo (sfornamento della soglia) integra la previsione dell'art. 1815 c.c.*» ⁽¹¹⁹⁾. Peraltro, come rilevato da attenta dottrina ⁽¹²⁰⁾, non si comprende sulla base di quali dati i consulenti d'ufficio dei giudici potrebbero ricostruire (magari a distanza di decenni) il tasso effettivo globale medio non rilevato *ab illo tempore* da Banca d'Italia, sempre che i dati mancanti (non rilevati in origine) siano ancora disponibili presso banche, che esse stesse potrebbero non esistere più. Tantalo sarebbe orgoglioso di tale tributo al suo supplizio.

Preso atto che la strada della disapplicazione potrebbe fungere da rimedio generale, onde evitare che banche e Corte di Cassazione si tramutino in moderni Bouvard e Pécuchet, sarà necessario lo sforzo delle prime (che dovranno sollevare la questione della disapplicazione dei DM per violazione dell'art. 2 L. 108/96) e della seconda, la quale, a oggi, ha più volte sfiorato il tema, salvo averlo erroneamente affrontato e risolto nell'indebito confronto tra DM e art. 1 L. 108/96 (anziché art. 2 L. 108/96) ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Cass., 14/4/2016, n. 7374; Cass., 26/6/2001, n. 8742. In via generale, Cass., Sez. Un., 29/4/2009, n. 9941.

⁽¹¹⁷⁾ Di recente, molto ben motivata, Trib. Lecco, 28/2/2018, che, nell'ambito di un'opposizione all'esecuzione, dopo aver riconosciuto la rilevanza degli interessi di mora e della commissione di estinzione anticipata ai fini dell'usura (pur a livello astratto, senza affrontare il dubbio della loro calcolabilità giurimetrica) e dopo aver rilevato di contro che tali voci di costo sono escluse dal Tegn, ha disapplicato i DM, riconoscendo esplicitamente l'impossibilità di accertare l'usura presunta.

⁽¹¹⁸⁾ Si veda la, pur dotta, sentenza del Trib. Reggio Emilia, 4/12/2014 (ove sono citati altri provvedimenti che hanno proceduto alla disapplicazione selettiva) e Trib. Padova, 13/1/2016.

⁽¹¹⁹⁾ FARINA [V.], *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, cit., 462.

⁽¹²⁰⁾ FARINA [V.], *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, cit., 463;

⁽¹²¹⁾ Cass. pen., 26/3/2010, n. 12028, la quale, dopo aver osservato che le Istruzioni (fatte proprie dai DM) sono plausibilmente illegittime per contrarietà all'art. 2 L. 108/96, non ne trae la dovuta conseguenza, provvedendo soltanto ad affermare che, in fase di determinazione del Tiu (in conformità

Come ho già detto (e spero dimostrato), la soluzione del problema non è comprendere se sussista o meno un principio di omogeneità tra momento di determinazione del Tiu e rilevazione del Tegn [omogeneità su cui la Cassazione dibatte inutilmente – tanto d'aver provocato l'altrettanto inutile intervento delle Sezioni Unite ⁽¹²²⁾ – e sulla quale si domanda se proceda dal primo momento verso il secondo o viceversa], ma comprendere quali conseguenze derivano dalla constatazione dell'illegittimità dei DM, che è riconosciuta *incidenter tantum* da tutta la giurisprudenza di Cassazione che discute dell'omogeneità ⁽¹²³⁾. Di sicuro è giuridicamente inammissibile il ragionamento della Corte di legittimità che esclude la disapplicazione dei DM poiché, in questo modo, sarebbe inapplicabile la disciplina antiusura, dando per presupposto ciò che andrebbe invece indagato ⁽¹²⁴⁾.

all'art. 1 L. 108/96, *alias* art. 644 cp), la Cms va conteggiata. Identica è Cass. pen., 22/7/2010, n. 28743. Molto diretta nell'affermare l'illegittimità dei DM è Cass. pen., 19/12/2011, n. 46669, che continua però ad essere affetta da un fenomeno di strabismo giuridico, laddove confronta i DM con l'art. 644 cp «Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione ... Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo».

⁽¹²²⁾ Cass., ord., 20/6/2017, n. 15188, dopo aver citato *en passant* il problema della liceità o meno dei DM, ha poi rimesso alle Sezioni Unite solo la soluzione della questione se la Cms sia o meno rilevante ai fini della determinazione del Tiu, perdendo un'occasione importante. Si legge nell'ordinanza «Un secondo dubbio, che pure risulta di carattere generale per la materia usuraria, si ferma sull'eventualità che i dati stabiliti per le rilevazioni trimestrali non si manifestino corretta espressione del dettato legislativo.

*L'indirizzo più recente ritiene che, "quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia...), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco... l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della c.d. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione". Di segno opposto è la lettura che del fenomeno dà l'altro orientamento, per cui si deve fare riferimento ai comuni principi dell'ordinamento vigente. "Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti e obblighi" - così si rileva - "e, nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo". "Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione"». Le Sezioni Unite hanno risposto, confermando la rilevanza della Cms ai fini dell'usura, adottando però una soluzione di calcolo che, oltre a essere giurimetricamente erronea, è semplicemente *praeter legem* (mi riferisco al criterio della Cms soglia).*

⁽¹²³⁾ Oltre alla giurisprudenza penale citata nella precedente nota, assume come presupposto del ragionamento sull'omogeneità l'illegittimità dei DM anche la giurisprudenza della Cassazione che ha creato il contrasto oggi rimesso alle Sezioni Unite. Si veda Cass., 22/6/2016, n. 12965.

⁽¹²⁴⁾ Così testualmente Cass., 22/6/2016, n. 12965 «In definitiva, può sostenersi che quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco - in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica - l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della c.d. usura presunta, dovendosi

A questo ragionamento *outrè* si oppone l'apoteigma di Cesare Beccaria: «*meglio cento colpevoli liberi purché un innocente in galera non stia*», ma soprattutto la constatazione che il comportamento usurario ben potrebbe comunque essere perseguito in base al comma 3, ultima parte, dell'art. 644 cp (cd. usura in concreto) ⁽¹²⁵⁾, prescindendo dal supero della soglia e salvo l'accertamento dei requisiti per la ricorrenza di questa figura di usura ⁽¹²⁶⁾.

Concludo (quasi)

Sento già l'indignazione di molti di fronte a tale soluzione, ma ho sempre considerato l'indignazione come il migliore surrogato tanto della comprensione quanto dell'azione.

Sulla comprensione affermo: è meglio accorgersi che una legge sia in gran parte inapplicabile piuttosto che continuare a sposare una sua visione igienizzata e ingiusta; e ciò ci porta all'azione.

Sull'azione mi domando: *fusse che fusse la vorta bona* che il legislatore modifichi questa legge usurata ⁽¹²⁷⁾?

L'auspicio è forte ma, intanto, valutando la conclusione cui è giunta l'analisi, mi pare di poter affermare che essa:

- non civetta con la *communis opinio*, almeno in punto d'incalcolabilità giurimetrica;
- non segue «*ogni singolo vagito dei giudici nazionali*», critica che Sabino Cassese ha rivolto alla dottrina più recente ⁽¹²⁸⁾ e a cui io mi sottraggo, se non altro perché non sono dottrina;
- riconosce il vero (matematico) delle tesi della clientela bancaria, la quale ha sicuramente ragione a pretendere che il costo di un finanziamento sia calcolato come la scienza matematica impone, ma ci mette di fronte alla constatazione che, con la legge odierna, non tutto (o quasi nulla) è calcolabile;
- risponde alla richiesta di giustizia dei prestatori di denaro, i quali non trovano logico che da una parte (e mi riferisco alla fase di determinazione del Tiu) si considerino costi che dall'altra non formano materia di rilevazione; l'analisi proposta espone, a mio avviso, il giusto bersaglio di critica, che non è il Tiu ma il Tegn;
- consente una calcolabilità giuridica dell'esito di una controversia sull'usura presunta, evidenziando al contempo al legislatore la necessità di un suo subitaneo intervento per modificare la norma.

allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione».

⁽¹²⁵⁾ In questo senso anche SALANITRO [U.], *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 6, 2015, 758 e Trib. Lecco, 28/2/2018.

⁽¹²⁶⁾ Su tali requisiti Cass., 7/3/2014, n. 18778, la quale, osservo, ha invertito la definizione di *difficoltà economica* e *difficoltà finanziaria*, così definendole «*La condizione di "difficoltà economica" si distingue da quella di "difficoltà finanziaria" in quanto: - la prima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; - la seconda investe, più in generale, l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni*».

⁽¹²⁷⁾ Così la descrive icasticamente in un pregevole scritto GIRINO [E.], *Quot capita, tot fenora. Per una rilettura critica, non ipercritica, dell'usurato presidio usurario e per l'avvio di un razionale percorso di riforma*, in *Rivista di diritto bancario*, 11, 2017 www.dirittobancario.it.

⁽¹²⁸⁾ CASSESE [S.], *Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 4, 2013, 137 ss.

Purtroppo, un insopprimibile istinto di parresia mi spinge a confessare di non essere graniticamente sicuro d'aver proposto una soluzione giuridica bella; mi accorgo, infine, rileggendo questo scritto, di quanto esso – a tratti – sia stato egotistico: «ho scritto d'un fiato, dovevo correre, altrimenti non dicevo il pensiero. Altra volta scriverò meglio, con più equilibrio» (Nicola Romeo in una lettera ad Assunta Kerbaker).

Paragrafo aggiunto. Sull'equilibrio: una promessa non mantenuta. Le Sezioni Unite e la Corazzata Potëmkin

Avevo promesso di scrivere con più equilibrio ma – dopo le Sezioni Unite – non mi sento di mantenere la promessa.

Eviterò di utilizzare un linguaggio felpato perché – in questo caso a maggior ragione – è forte l'esigenza di dire il pensiero sul tentativo anemico della sentenza n. 16303/2018 di risolvere la questione (di particolare importanza ex art. 374, c. 2 cpc) del rapporto tra Cms e usura.

Alcuni aspetti della sentenza convincono, perché belli:

- 1) a pag. 6-7 si prende a riferimento la definizione corretta di Cms, offerta da Banca d'Italia, evitando così di confondere la Cms con le commissioni sull'affidato. La Cms – almeno quella applicata dal sistema bancario sul massimo scoperto – è costo legittimo per scoraggiare i picchi di utilizzo del fido (i cd. tiraggi), con ciò consentendo di regolarizzare l'andamento del rapporto, rendendolo isomorfo rispetto alla curva ideale prefigurata da ciascuna banca nella percentuale media di utilizzo del fido;
- 2) se si prende a riferimento la Cms come definita da Banca d'Italia, allora, bene hanno fatto le Sezioni Unite, a pag. 12, ad affermare che la Cms è rilevante ai fini del calcolo dell'usurarietà di un singolo rapporto, in quanto definibile come «commissione» o «remunerazione». Amen;
- 3) alle pagg. 11, 12 e 13 si afferma che l'omogeneità (o simmetria) tra calcolo del Tegn di un singolo rapporto e Tegn – almeno in punto di costi da includere, mentre non era stata rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'omogeneità di formule – sussiste, anche se nella forma ortopedica sopra indicata. In altre parole, se anche un costo non fosse incluso nel Tegn, andrebbe comunque considerato ai fini dell'art. 644, comma 4 cp e si porrebbe semmai un problema di disapplicazione dei DM, disapplicazione però esclusa dalle Sezioni Unite per il caso della Cms, con motivazioni su cui mi soffermerò a breve.

Le Sezioni Unite hanno, inoltre, affrontato la tematica della natura d'interpretazione autentica o meno dell'art. 2 *bis* DL 185 del 2008, ma questa – voglio essere schietto – è tematica poco sexy, che non intendo trattare, perché non focale rispetto al tema qui trattato, anche se mi paiono convincenti le conclusioni negative degli ermellini sul punto.

Nella sentenza si trovano, in ultimo, due ulteriori aspetti, uno brutto e uno molto *intriguing*.

Intendo principiare da quest'ultimo perché prodromico a dimostrare la bruttezza del primo.

La Corte propone questo ragionamento:

- a) pag. 12: l'omogeneità (o simmetria) è esigenza sentita dalla legge, tanto che essa prende in considerazione i medesimi elementi di costo sia per il calcolo del Tiu (art. 644, comma 4, cp o art. 1 L. 108/96) sia per la rilevazione del Tegm (art. 2 L. 108/96). L'osservazione è corretta ma incompleta in quanto la Corte ha perso l'occasione di spiegare se, a suo avviso, tale omogeneità debba sussistere anche in punto di formule matematiche, anche se, per il vero, la questione non le era stata rimessa in modo diretto;
- b) pag. 13: la Cms – quale corrispettivo per la prestazione creditizia – rientra sicuramente tra i costi da includere sia nella rilevazione del Tegm sia nel calcolo del Tiu di un singolo rapporto;
- c) pag. 13: qualora i decreti ministeriali non avessero incluso la Cms nel Tegm si sarebbe posto semmai un problema d'illegittimità degli stessi, con conseguente obbligo per il giudice ordinario di disapplicarli (si veda quanto ho argomentato sopra nell'articolo in punto di incalcolabilità giuridica);
- d) pag. 13 – 14: tuttavia, poiché le Cms sono in qualche modo «incluse nei decreti ministeriali», che ne danno atto (*sic*), non si pone affatto un problema di disapplicazione dei decreti.

L'ultima affermazione è interessante sebbene palesemente erranea.

Le Sezioni Unite salvano i decreti dalla disapplicazione in quanto essi «danno in realtà atto, sia pure a parte (in calce alla tabella dei TEGM), seguendo le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia» dell'ammontare medio delle Cms.

L'affermazione non convince. L'art. 2 L. 108/96, infatti, richiede espressamente che le commissioni (e quindi le Cms) siano *incluse nel Tegm* e non semplicemente *rilevate a parte*, come fatto dalle Istruzioni di Banca d'Italia precedenti al 2009 e come ritengono sufficiente le Sezioni Unite. Non basta che le Cms siano banalmente citate nei decreti del Mef, ma sarebbe stato necessario includerle nella rilevazione del Tegm, come peraltro fatto a partire dalle Istruzioni del 2009, uniformandosi al *dictum* riparatorio dell'art. 2 *bis* DL 185/2008.

Ritenere che i decreti del Mef siano rispettosi del dettato normativo solo perché "includono", "danno atto", "citano", "contengono" le Cms è davvero interpretazione *praeter legem*, legge che, invece, richiede – non già che i decreti – bensì il Tegm sia comprensivo delle commissioni.

Quando le Sezioni Unite sostengono che "la Cms rilevata a parte rispetto al Tegm" è da intendersi in questo modo "compresa nel Tegm" si contraddice vistosamente: «rilevare separatamente» un costo rispetto al Tegm non può portare a concludere che il Tegm è «comprensivo» di quel costo, neppure sulle sponde dell'amato Tevere.

Per il vero, gli ermellini sembrano aver percepito l'inconcludenza della soluzione proposta, tanto che a pag. 15, con affermazione attica e laconica, dequotano la mancata inclusione della Cms nel Tegm a irrilevante «dato formale non incidente sulla sostanza e sulla completezza della rilevazione prevista dalla legge», così da poter fare, in ultimo, applicazione del principio della conservazione degli atti giuridici per raggiungimento dello scopo, nell'ambito di una rinnovata filosofia *performance oriented* (infatti, a pag. 14 la Corte osserva che la semplice presenza della Cms nei decreti «è sufficiente» in quanto «consente la piena comparazione» tra Tiu e Tsu) o, *rectius*, postmoderna in cui «non ci sono fatti ma solo interpretazioni».

Per rendere applicabile tale principio, sembra (a fronte della laconicità della parte motiva non si possono che fare supposizioni) che le Sezioni Unite abbiano considerato la mancata inclusione della Cms una semplice irregolarità formal-procedimentale *scilicet* un'illegittimità non invalidante di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies* L. 241/1990, come sembrerebbe potersi desumere dalla frase «dato formale non incidente sulla sostanza».

L'art. 21-*octies*, in effetti, stabilisce che «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Ebbene, qui le obiezioni sono almeno due:

- 1) l'art. 21-*octies* non si applica alle ipotesi di disapplicazione di un atto amministrativo da parte di un giudice ordinario bensì alle diverse ipotesi in cui sia ancora ammissibile l'annullamento amministrativo, possibilità che per i decreti Mef di cui discutevano le Sezioni Unite era ormai preclusa visto il loro consolidarsi per decorso del termine di loro impugnazione;
- 2) l'esclusione della Cms dal Tegn e la sua rilevazione separata non è un vizio puramente procedurale che non incide sul risultato sostanziale e, in ogni caso, il contenuto delle rilevazioni avrebbe potuto (dovuto?) essere diverso da quello adottato. Alcuni esempi di rilevazione della Cms nel Tegn:

- a. si sarebbe potuta rapportare la Cms ai numeri debitori:

$$Teg = \frac{(Interessi + Cms) \times 36500}{numeri debitori} + \frac{oneri \times 100}{accordato}$$

- b. si sarebbe potuta rapportarla all'accordato (come fatto nelle Istruzioni post 2009):

$$Teg = \frac{Interessi \times 36500}{numeri debitori} + \frac{(oneri + Cms) \times 100}{accordato}$$

- c. si sarebbe potuta rapportarla al massimo scoperto di periodo:

$$Teg = \frac{Interessi \times 36500}{numeri debitori} + \frac{oneri \times 100}{accordato} + \frac{Cms \times 100}{massimo scoperto}$$

Volendo scardinare l'approccio postmoderno delle Sezioni Unite con un pizzico di neo-realismo, si potrebbe, infine, osservare che, in base all'art. 12 preleggi:

- il primato dell'interpretazione letterale della norma avrebbe dovuto portare alla soluzione dell'illegittimità dei decreti ministeriali in quanto ciò che è *rilevato separatamente* dal Tegn non può essere considerato *compreso* nello stesso;
- solo se il caso fosse rimasto dubbio si sarebbe potuto ricorrere ai principi generali dell'ordinamento giuridico. In questo caso, invece, il dubbio si sarebbe potuto fugare con l'applicazione dell'art. 5 Allegato E L. 2248/1865 e quindi non residua alcuno spazio per il principio di conservazione degli atti.

In altre parole, la disapplicazione dei decreti mi pare l'unica soluzione coerente con il sistema.

Ciò detto, l'approccio finale adottato dalla Corte per consentire comunque il calcolo del Tiu, comprendendo la Cms, costituisce il brutto della sentenza, laddove richiama il criterio della cd. Cms soglia elaborato da Banca d'Italia nel Bollettino di Vigilanza n. 12 del dicembre 2005 e circolarizzato alle banche con Nota n. 1166966 del 2 dicembre del medesimo anno.

In primo luogo, lo ribadisco, la sentenza in commento non spiega se la formula da adottare per il calcolo del Tiu sia quella di matematica finanziaria o quella di Banca d'Italia e non si tratta di argomento di poco conto per la soluzione del contenzioso bancario.

In secondo luogo, il criterio della Cms soglia non consente di calcolare il Tiu in riferimento all'erogato, come espressamente richiede l'art. 644 cp, addirittura introducendo un'ulteriore base di calcolo: il massimo scoperto di periodo, senza specificare in base a quale criterio calcolarlo (assoluto, relativo, misto).

Ma è la stessa Cassazione a denunciare il motivo per cui tale metodo non può soddisfare, laddove afferma che esso è rispettoso della legge in quanto consente di realizzare comunque una comparazione piena, come a dire che qualunque metodo avrebbe potuto essere tale, in quanto *ex post* ogni metodo consentirebbe di tenere conto in qualche modo della Cms.

Le Sezioni Unite non si sono avvedute, neppure, che adottare il concetto di Cms soglia significa creare una soglia differenziata in base a un costo (la Cms) e non già in base a una categoria di credito.

Se si legge la Circolare n. 1166966 si ha chiara la sensazione che il metodo della Cms soglia è un rabberciamento ideato nel 2005 da Banca d'Italia «al fine di agevolare, per il futuro, le verifiche da parte delle banche e degli intermediari finanziari» e che sarebbe «conforme ad alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali».

L'aspetto giuridico che la Corte non pare aver considerato è che, affermando il principio di diritto secondo cui i giudici (almeno quelli di rinvio) dovranno applicare il criterio della Cms soglia, s'imporrà loro di fare applicazione di una Circolare interna di Banca d'Italia (o, se si vuole, di un bollettino di Vigilanza), che non solo non rientra tra le fonti del diritto (con buona pace del principio costituzionale secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge), non è mai stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale e non è neppure atto amministrativo integrativo del precetto penale, come lo sono le Istruzioni.

L'auspicio è che questa visione postmoderna non produca alcuna *Gleichschaltung*, una messa in riga, una sincronizzazione del pensiero dei giudici di merito e di Cassazione, ai quali auguro di seguire l'esempio dei marinai della Corazzata Potëmkin (non Kotiomkin: *honni soit qui mal y pense*), ribellandosi a questa soluzione brutta.

Altrimenti prevedo che avremo un radioso futuro alle nostre spalle.