

Convegno “ANATOCISMO IUS VARIANDI E USURA NEI RAPPORTI BANCARI”

Intervento della dott.ssa Alessia Natale, Procura di Catania
Roma, Centro Congressi dell’Università “Sapienza”, 24 febbraio 2012

BREVI CONSIDERAZIONI SULL’APPLICAZIONE DELLA NORMA DI CUI ALL’ART.

644 C.P. NELL’AMBITO DEI RAPPORTI BANCARI

In particolare, a seguito del D.L. 185/08 e delle sentenze della Cass. n°12028/10 e 46669/11

Dal novembre 2008 al novembre 2011 si sono succeduti – alternandosi – interventi normativi e pronunce della Suprema Corte e che hanno introdotto rilevanti elementi di novità nella valutazione delle condotte penalmente rilevanti in tema di usura bancaria.

A fronte di un considerevole volume del contenzioso bancario all’esame del giudice civile sugli oneri passivi per il cliente, la giurisprudenza di merito - in sede penale - ha avuto ben più limitate possibilità di espressione .

L’esiguità dei procedimenti in cui la contestazione - in fase di indagine - di tassi usurari praticati dalle banche ha fondato l’esercizio dell’azione penale, per il reato di usura, è stata certamente dovuta al contenuto contraddittorio delle fonti normative (primarie e secondarie) in tema di inclusione/esclusione delle CMS nella base di calcolo del tasso soglia¹.

Tale valutazione di ambiguità e contraddittorietà delle fonti normative è stata espressa dalla Suprema Corte nelle sentenze nella sezione II n°12028/10, n°28743/10, e n°46669/11 che hanno riaffermato il primato di un’interpretazione delle norme incriminatrici fondata – rigorosamente – sul principio di riserva di legge delimitando la funzione integratrice del preceppo affidata ai decreti ministeriali.

Dalle sentenze citate è possibile trarre indicazioni univoche sulla struttura dell’elemento oggettivo del reato (pur con qualche problematica di diritto intertemporale, almeno per le perplessità sollevate in dottrina circa la natura interpretativa della disciplina dell’art.2 bis D. L.185/2008 conv. L.2/09). Di seguito si evidenzierà l’iter argomentativo attraverso cui la Suprema Corte giunge ad affermare che l’entità della c.m.s. deve essere calcolata ai fini dell’accertamento dell’eventuale superamento del tasso di usura.

Inoltre, verranno evidenziati gli spunti di riflessione che le sentenze offrono in ordine alla valutazione dell’elemento soggettivo del reato (dolo diretto o eventuale, colpa) e i criteri indicati dall’organo di legittimità per l’individuazione della persona fisica penalmente responsabile all’interno di una struttura imprenditoriale complessa quale quella degli istituti di credito.

¹ <<La circostanza che i decreti del MEF, nel demandare alla Banca d’Italia la rilevazione del TEGM, prevedano all’art. 3 che le banche impieghino i criteri di determinazione del TEG, oltre che per la segnalazione ai fini del TEGM, anche per la propria verifica di rispetto della soglia d’usura – esteso dall’algoritmo di calcolo ai costi da ricoprendere nello stesso – viola quel principio della riserva di legge in materia penale, che viene invece rispettato nell’articolata struttura della legge 108/96. La legge non affida al MEF, né direttamente, né con il rinvio alle Istruzioni della Banca d’Italia, alcunché dei termini e modalità di verifica del rispetto delle soglie d’usura: non riserva affatto, in altri termini, “compiti , creativi alla pubblica amministrazione, affidando a questa margini di discrezionalità che invaderebbero direttamente l’area penale riservata alla legge ordinario” (Cass. Pen. Sez. II, n. 20148/03)>>. Da C.f.r. << LA CONSULENZA TECNICA NEI PROCEDIMENTI PENALI PER USURA BANCARIA - La verifica delle soglie d’usura e la riferibilità della condotta usuraria in capo agli organi sociali >> dott. Roberto Marcelli. Su sito www.assoctru.it

QUADRO NORMATIVO VIGENTE
Prima del D.L. n°185 del 28 novembre 2008

Il reato di usura è disciplinato dall'art.644 c.p. e dagli artt.2 e 3 della L.108/96.

L'art.644 c.p. (come modificato dall'art.1 L.108/96) prevede che <<la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. [...] per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle **commissioni , remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese**, escluse quelle per imposte e tasse , **collegate alla erogazione del credito**>>

Per la determinazione di tale limite, **l'art.2 della legge 108/96** prevede

Al comma 1 che:

<<Min. Tesoro, sentita B.I. e UIC rileva trimestralmente il TEGM comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e intermediari finanziari [...]>>.

Al comma 2 che:

<<La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, oggetto importo, durata, rischi e garanzie, è effettuata annualmente dal M. Tesoro, sentiti BI e UIC>>.

Al comma 4 che:

<<Il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiali ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria in cui è compreso il credito, aumentato di un quarto cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali. (il testo in grassetto è stato introdotto dall'art.8 comma 5^a punto d) del D.L.70/2011 del 13 maggio 2011 ed ha sostituito l'originaria espressione <<aumentato della metà>>.)>>².

Sulle modalità di determinazione del tasso soglia - in termini strettamente economici - è stato osservato che: <<La legge dunque ha indicato criteri su cui fondare una valutazione di omogeneità delle operazioni ai fini del raggruppamento in CATEGORIE. Ha poi rinviato al valore ordinario medio di ciascuna classe di operazioni individuando un quantum di SPREAD oltre il quale la remunerazione del credito non è consentita.

I tassi sono fortemente differenziati a seconda delle caratteristiche dell'operazione. I valori minimi sono quelli dei mutui a tasso variabile (tenuto conto del fatto che sono crediti assistiti da buone ga-

² Sulla natura dell'interesse protetto dalla norma penale (come modificata dalla L.108/96) che ha oggettivizzato la fattispecie ancorandola al parametro strettamente economico della sproporzione si veda: Cassazione penale, Sez. II 18/3/03, n. 20148: "Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare evidente intento di delineare la disciplina dell'usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, se-condo parametri predefiniti ed obiettivi che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito per così dire soggettivistico dell'abuso, e la sua sostituzione con il rilievo del tutto prevalente che nella struttura delle fattispecie finisce per assumere il requisito – tutto economico – della sproporzione tra la prestazione del mutuante e quella del mutuatario, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e, se si vuole, dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito ed alla regolare gestione dei mercati finanziari. (...) dovendo l'iniziativa economica, in base allo stesso precetto costituzionale, non soltanto non porsi in contrasto con l'utilità sociale, ma addirittura „ essere indirizzata e coordinata ai fini sociali: il che evidentemente, evoca – quale ulteriore parametro di riferimento che viene senz'altro in discorso, alla luce delle segnalate innovazioni che l'art. 644 c.p. presenta sul piano del relativo oggetto giuridico – anche la protezione offerta all'esercizio del credito dall'art. 47 della Carta fondamentale.”

ranzie; che la concorrenza è maggiore e che il rischio è più contenuto – rispetto ad altre forme di credito – in rapporto all’entità e alla durata del rapporto).

I valori più elevati riguardano la categoria dei prestiti personali e del credito al consumo dove le spese di istruttoria sono proporzionalmente più alte e il rischio di insolvenza è maggiore.

Si può dunque oscillare da 2,68% al 17,39%>>³.

Nelle prime istruzioni per la rilevazione del TEGM la Banca d’Italia aveva ritenuto di escludere alcune voci di costo tra cui gli interessi moratori e le commissioni di massimo scoperto per le quali veniva effettuata – nelle tabelle trimestrali - una rilevazione separata, con calcolo in termini percentuali.

Proprio il contenuto di tali istruzioni (rimasto sostanzialmente immutato fino al secondo trimestre del 2009) ha ingenerato incertezze e ambiguità nell’applicazione della norma penale che si sono protratte – fino al 2009/2010 – e dunque, ben oltre l’entrata in vigore del **D.L.394/00 di “interpretazione autentica della L.108/96 contenente disposizioni in materia di usura” conv. in L.24/2001.**

L’art.1 della L.24/2001 prevede 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, indipendentemente dal momento del loro pagamento.>>

La norma interpretativa della L.108/96 stabilisce, pertanto, che – nei rapporti di lunga durata – ai fini della verifica dell’eventuale superamento del tasso soglia:

1. si deve prendere in considerazione il momento della stipula del contratto;
2. il limite legale - in senso strettamente economico - del profitto connesso all’esercizio del credito riguarda GLI INTERESSI convenuti A QUALUNQUE TITOLO.

Qualche considerazione sugli INTERESSI MORATORI

Il tenore letterale della norma indicata citata induce a ritenere compresi, nel tasso ex art.644 co.4 c.p., gli interessi corrispettivi, compensativi ed anche quelli risarcitorii.

L’interpretazione proposta non è stata subito pacifica dopo l’entrata in vigore della legge.

Dubbi interpretativi sono infatti sorti a seguito dell’emanazione delle prime istruzioni che la Banca d’Italia ha indirizzato agli operatori economici del settore per la rilevazione dei tassi trimestrali (la prima rilevazione è del marzo 97).

La Banca d’Italia ha indicato agli intermediari finanziari di escludere gli interessi di mora nel calcolo dei tassi praticati, da comunicare ai fini delle rilevazioni del TEGM⁴.

³ C.f.r. << LA CONSULENZA TECNICA NEI PROCEDIMENTI PENALI PER USURA BANCARIA - La verifica delle soglie d’usura e la riferibilità della condotta usuraria in capo agli organi sociali >> dott. Roberto Marcelli. Su sito www.assocut.it

⁴ L’equivocità e confusione è risultata accresciuta dalla circostanza che il decreto del MEF, relativo alla pubblicazione dei tassi d’usura, riporta all’art. 3, comma 2: “Le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all’art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull’usura emanate dalla Banca d’Italia.”. [...] A partire dal **marzo 2003** una disposizione contenuta nell’art. 3 co.4 dei decreti del MEF ha riproposto dubbi interpretativi e incertezze sull’assoggettabilità degli interessi risarcitorii al limite della legge.

Si tratta della norma che menziona **un’indagine campionaria** effettuata dalla Banca d’Italia nel III trimestre 2001 secondo la quale la maggiorazione stabilita **nei contratti** per i casi di ritardato pagamento sarebbe uguale – nella media – a 2,1 punti percentuali.

Tale rilevazione - che fotografa le condizioni di accesso e gestione del credito nella concreta realtà economica - non può autorizzare un’interpretazione in contrasto con la lettera della legge sui cardini della condotta illecita.

Su questa esclusione si è fondata un'interpretazione restrittiva della norma penale che escludeva gli interessi moratori dall'ambito di applicazione della norma penale.

L'obiettivo era quello di acquisire la rappresentazione di un dato economico il più possibile fedele ai tassi fisiologici di mercato.

La sentenza della Cass. n°5286/00⁵ e quella della C. Cost.n°29/02⁶ si sono pronunciate stabilendo che il tasso soglia comprende anche gli interessi moratori.

da << LA CONSULENZA TECNICA NEI PROCEDIMENTI PENALI PER USURA BANCARIA - La verifica delle soglie d'usura e la riferibilità della condotta usuraria in capo agli organi sociali >> dott. Roberto Marcelli. Su sito www.assocatu.it

⁵ << L'art. 1 della legge 7 marzo 1396, n. 108 ("Disposizioni in materia di usura", pubbl. su G.U. n. 58 del 9 marzo 1996, suppl. ord.), nel sostituire l'art. 644 c. p., ha previsto che "la legge stabilisca il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari" (3° comma); l'art. 2, 4° comma, ha individuato la soglia usuraria nel "tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella gazzetta ufficiale ai sensi del comma 1, relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà"; l'art. 4, infine, ha sostituito il secondo comma dell'articolo 1815 c.c., nel senso che "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

Va subito detto che, proprio con riferimento a tale ultima disposizione, la non copiosa, giurisprudenza di merito e la dottrina si sono occupate essenzialmente del problema delle conseguenze sui contratti di mutuo già stipulati alla data di entrata in vigore della nuova normativa in altri termini, con esclusivo riguardo alla natura compensativa degli interessi pattuiti.

Tuttavia, non v'è ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori, risultati di gran lunga accedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge n. 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 dell'art. 1224, 1° comma, c.c., 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.

Ciò premesso, va anche precisato che una pattuizione di interessi intervenuta prima della entrata in vigore della legge n. 108/96 non può, stante il principio di cui all'art. 25, 2° comma, Costituzione, essere ritenuto penalmente rilevante sol perché detti interessi risultino superiori alla soglia fissata: ove il ricorrente (pur nella non chiara prospettazione del motivo sul punto) abbia inteso lamentarsi per la mancata considerazione, da parte della Corte territoriale, della natura criminosa della pretesa della banca, per questo aspetto la censura non potrebbe trovare accoglimento.>>. Cass. n°5286/00.

⁶ <<[...] Il difetto di una specifica motivazione in ordine alla applicabilità anche agli interessi moratori dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. risulta ininfluente nella specie, in quanto il credito azionato, essendo costituito da rate di mutuo, è comunque comprensivo anche di interessi corrispettivi, pur essi eccedenti il tasso soglia, rispetto ai quali la rilevanza della questione è assolutamente pacifica. 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.

La dichiarata adesione, da parte del rimettente, all'indirizzo interpretativo seguito dalla Corte di cassazione è infine sufficiente a giustificare l'opzione ermeneutica - da cui il rimettente muove - secondo la quale, in mancanza della norma impugnata, le clausole di interessi eccedenti il tasso soglia sarebbero colpite dalla sanzione di nullità di cui al citato art. 1815, secondo comma, cod. civ., pur se originariamente lecite in quanto contenute in contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996. [...] occorre muovere dalla constatazione che 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. Siffatta fina-

Tale interpretazione trova conforto normativo (dirimente e positivo):

- nel tenore letterale della Legge 108/96 (secondo cui l'art.644 fissa il limite oltre il quale gli interessi sono SEMPRE USURARI) e dell'art.644 c.p.; (secondo cui nella determinazione del tasso in concreto applicato si tiene conto di commissioni, spese e remunerazione a qualunque titolo esclude imposte e tasse);
- nel contenuto dell'art.1 del D.L.394/00 “interpretazione autentica della L.108/96 contenente disposizioni in materia di usura” conv. in L.24/2001 che riconduce alla nozione di interessi usurari quelli convenuti “A QUALSIASI TITOLO”. Tale espressione deve intendersi comprensiva anche degli interessi moratori come si desume dalla relazione governativa che accompagna il decreto che fa esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio.

Trova altresì conforto giurisprudenziale :

- nelle sentenze della Cass. n°5286/00 e della C. Cost.29/02;
- nella sentenza della Suprema Corte n°12018 del 2010 in cui si afferma che la legge – art.644 c.p. e L.108/96 – è l'unica fonte legittimata all'individuazione e descrizione degli elementi costitutivi del reato e che la fonte normativa secondaria integra il preceitto per la sola quantificazione - in senso strettamente economico - dell'entità della soglia.

Le fonti secondarie non possono prevalere sull'interpretazione letterale della norma della legge (limite oltre il quale gli interessi sono SEMPRE usurari) ribadita dalla legge interpretativa del 2000 (DL 394/00 conv. L.24/2001).

La norma penale rinvia ai decreti MEF perché intende ancorare il tasso soglia ad un indicatore fisiologico del mercato del credito che riproduca il più fedelmente possibile le condizioni reali di accesso al credito.

COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

Nessun testo normativo definisce la CMS e, difficilmente nei contratti bancari se ne rinviene una definizione univoca.

Si tratta di un costo per la clientela che ha avuto una rapida diffusione nella prassi bancaria, connotata da un progressivo incremento dell'onerosità accentuato - proporzionalmente - rispetto al decrescere degli interessi legali.

lità è stata essenzialmente perseguita, per ciò che interessa il presente giudizio, da un lato rendendo più agevole l'accertamento del reato, attraverso l'individuazione di un tasso obiettivamente usurario e la trasformazione dell'approfittamento dello stato di bisogno, di difficile prova, da elemento costitutivo del reato a circostanza aggravante, dall'altro inasprendo le sanzioni penali e civili connesse alla condotta illecita (artt. 1 e 4 della legge). Assodato, dunque, che la legge di cui si tratta risulta dettata dall'esclusivo e dichiarato intento di reprimere una specifica fattispecie di illecito, non può non rilevarsi come fosse sorto - in giurisprudenza ed in dottrina - il dubbio (risolto con esiti interpretativi diversi) circa gli effetti, ai fini penali e civili, da riconnettere all'ipotesi in cui, nel corso del rapporto, il tasso soglia discenda al di sotto del tasso di interessi convenzionale originariamente pattuito.

La norma denunciata trova giustificazione, sotto il profilo della ragionevolezza, nell'esistenza di tale obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare [...] interessi [...] usurari" e "facendo dare [...] un compenso usurario" di cui all'art. 644 cod. pen., in rapporto al tenore dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlativi sul rapporto di mutuo>>. C. Cost. n°2/09 Italgiureweb@giustizia.it

Si è di fatto constatato che gli istituti di credito hanno compensato i minori ricavi derivanti dalla diminuzione del costo del denaro che ha caratterizzato l'ultimo decennio con l'applicazione di oneri qualitativamente e quantitativamente più gravosi⁷.

Le Istruzioni della Banca d'Italia – nella formulazione precedente rispetto alla modifica del 2009 – descrivevano la c.m.s. (“Metodologia di calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto” — v. Istruzioni, Sez. I, C/5), riferendosi ad una delle sue forme: «*Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il 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. Tale compenso — che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni — viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento»* (ovvero sulla punta massima di utilizzo del credito nel trimestre).

In una nota di commento alle disposizioni in tema di Anatocismo, CMS e usura, pubblicata su Giurisprudenza di Merito si legge: << Nella pratica le banche sono ricorse a diversi modelli di C.M.S: a) una *commissione di mancato utilizzo (c.m.u.)* rilevata e percepita in principio trimestralmente, consistente in una somma espressione di una *percentuale calcolata sull'accordato (la disponibilità concessa al cliente) al netto dell'utilizzato* (se l'accordato è 100 ed il cliente nulla ha utilizzato, la base di calcolo sarà 100; se il cliente ha utilizzato 60 la base di calcolo sarà 40). La commissione sull'accordato avrebbe la funzione di compensare la disponibilità del denaro che la banca si impegnava mantenere in favore del cliente, e quindi i costi industriali e finanziari di essa; si è sostenuto che essa non era confondibile con gli interessi, perché prescindeva dall'effettivo utilizzo della liquidità, dando un autonomo valore alla messa a disposizione della somma non utilizzata.

b) una «*commissione di massimo scoperto (c.m.s.)*, molto più frequente, sempre rilevata e percepita di regola trimestralmente, sull'ammontare *massimo dell'utilizzo* nel trimestre, quando questo ammontare massimo di utilizzo sia durato un minimo di tempo (in genere 3, 6, 10 giorni, ma anche talora un giorno soltanto). La c.m.s. è calcolata sul picco massimo della somma prelevata dal cliente in certo arco temporale, in genere il trimestre, con la funzione di remunerare la banca non tanto per disponibilità concessa al cliente (accordato), quanto piuttosto per quella dallo stesso effettivamente utilizzata».

raramente, le banche applicano congiuntamente entrambe >>⁸.

L'esclusione delle c.m.s. dal calcolo del TEG più volte sostenuta in dottrina e giurisprudenza è stata fondata su:

- connotazione strutturale di un onere che non appare strettamente <<collegato all'erogazione del credito>> (art.644 c.p.) poiché previsto dalla tecnica bancaria come remunerazione dell'impegno assunto dall'intermediario finanziario di tenere a disposizione liquidità indipendentemente dal suo utilizzo;
- contenuto contraddittorio delle fonti normative, ed in particolare dal contenuto delle Istruzioni della Banca d'Italia in vigore fino a dicembre 2009 che indicano agli istituti di credito di non calcolare le CMS ai fini del TEG.

INTERVENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI DAL NOVEMBRE 2008

⁷ Il Governatore Draghi, nella Relazione annuale, ha espresso l'avviso: “*Abbiamo già in passato richiamato l'attenzione sulla commissione di massimo scoperto, un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza. Va sostituita, dove la natura del rapporto di credito lo richieda, con una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi. Una simile innovazione richiede un complesso adattamento della prassi delle banche. Essa però dovrebbe essere avviata con decisione, proponendo il cambiamento ai nuovi clienti, anche per evitare il rischio che la questione sia risolta con gli strumenti imperativi della legge.*”.

⁸ Da “*Questioni Attuali In Materia Di Anatocismo Bancario, Commissione Di Massimo Scoperto Ed Usura*”. **Pasquale Serrao D'Aquino.** Giur. merito 2011, 05, 1172.

- L'art.2 bis del D.L.185/2008 conv. L.2/09 -

- Nuove **istruzioni** della Banca d'Italia diramate **nell'agosto del 2009** alle banche e intermediari finanziari per la rilevazione del TEGM ai sensi della legge sull'usura.
- **Cass. sez.II n°12028/10** del 19 febbraio (dep.26.03.2010) Rel.Gallo.
- **Cass. n°28743** del 14 maggio 2010 (dep.22.07.2010) Rel. Bronzini.
- art.8 comma 5^a punto d) del D.L.70/2011 del 13 maggio 2011
- **Cass. n° 46669/11** del 23.11.2011 Rel. Chindemi.

L'art.2 bis del D.L.185/2008 ha introdotto (al comma 1) una disciplina dettagliata – ai fini civilistivi delle c.m.s.

Ai fini della legge penale rileva il contenuto del comma 2 che sancisce l'assoggettamento ai limiti della soglia di usura di tutte *le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente.*

ART.2 BIS del D.L.185/2008
*Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari*⁹

⁹ <<In particolare, la «nuova» commissione di massimo scoperto opererà soltanto se il saldo negativo del conto corrente avrà una durata superiore a trenta giorni, ragion per cui «sforamenti» temporanei e limitati nel tempo non potranno determinare l'applicazione al correntista di tale onere aggiuntivo. Inoltre, la commissione di massimo si potrà applicare solo a determinati contratti, riconducibili alla categoria dell'apertura di credito, ed entro la somma messa a disposizione, di talché non è più consentita sugli scoperti di conto corrente non affidati né sugli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l'ammoniare dell'affidamento.

Una importanza particolare ha poi la seconda parte del comma 1 della disposizione in esame, che prevede la nullità delle clausole che stabiliscono una remunerazione per la banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del cliente, indipendentemente dall'utilizzo della somma, a meno che detto corrispettivo non sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento. In sostanza, pertanto, la banca può pretendere il pagamento di un compenso per la sola messa a disposizione della somma, soltanto a condizione che detto compenso sia: *a)* predeterminato con un patto scritto non rinnovabile tacitamente; *b)* pattuito in maniera onnicomprensiva (tale, cioè, da assorbire tutte quelle voci di spesa sull'apertura di credito, comunque denominate, che non siano riconducibili al tasso o alla «nuova» c.m.s.); *c)* in misura proporzionale all'importo ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, di talché detto corrispettivo deve essere calcolato in termini percentuali o comunque proporzionali (ad esempio, entro limiti minimi e massimi per scaglioni d'importo, che dovranno essere pubblicizzati nei fogli informativi e poi in concreto pattuiti per iscritto nel contratto) rispetto all'accordato; *d)* evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale, come già avviene per disposizioni di trasparenza per tutti i servizi bancari attraverso il rendiconto ed il c.d. documento di sintesi, con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, onde consentire al cliente di conoscere annualmente la reale fruizione della somma mesagli a disposizione e, se valutata incongrua rispetto alle proprie necessità, richiedere un aumento o una riduzione del fido; *e)* non superiore allo 0,5% per trimestre dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione.

La norma in esame, dunque, distingue tra commissione di massimo scoperto in senso stretto, che è quella di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 2-bis d.l. 185/2008 (e che corrisponde, sostanzialmente, alla c.m.s. come era normalmente conosciuta nella prassi bancaria), e remunerazione per la messa a di-

1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facolta' di recesso del cliente in ogni momento.

2. Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.

Le sentenze della Suprema Corte n°12028/10 e 46664/11 offrono spunti di riflessione su tre profili che attengono all'applicazione dell'art.644 c.p. ai rapporti bancari.

Con riferimento **all'elemento oggettivo** del reato, la Suprema Corte ha preso posizione – per la prima volta con in equivoca chiarezza – sulla questione controversa relativa all'assoggettabilità delle c.m.s. ai limiti del tasso soglia ai sensi dell'art.644 c.p. affermando che il tenore della legge impone di includere tali commissione nel TEG:

Sotto il profilo del dolo (**elemento soggettivo**), ha ratificato la motivazione con cui il giudice di merito aveva escluso la coscienza e volontà dei dirigenti degli istituti di credito di applicare condizioni economiche *contra legem*, sulla base di una pluralità di parametri tra cui quello della incertezza del quadro normativo e interpretativo.

Infine, in merito alla **riferibilità soggettiva della condotta**, ha affrontato la questione della individuazione del soggetto titolare del potere di determinazione delle condizioni generali di erogazione del credito e dunque, quella dell'individuazione del titolare della posizione di garanzia.

sposizione dei fondi, che è quella prevista dal secondo e terzo periodo dello stesso comma. In questi ultimi casi, si parla anche di «commissione di affidamento» o «commissione sull'accordato», proprio per distinguere dalla c.m.s. in senso stretto>>. Da “COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO ED USURARIETÀ DEL TASSO DI INTERESSE” Nota a:Tribunale Napoli , 04/11/2010 in Giur. merito 2011, 4, 983 di Valentino Lenoci

Tale ultimo aspetto è di particolare rilevanza in un quadro normativo che non prevede, per usura, la responsabilità amministrativa degli enti e resta ancora legato al modello “personalistico” della responsabilità penale.

CASSAZIONE sez.II n°12028/10

Il 9 luglio 2009 il GUP di Ascoli Piceno aveva assolto (per alcuni episodi - con formula “Fatto Non Sussiste” - e, per altri episodi, con formula “Fatto Non Costituisce Reato”) i dirigenti di un istituto di credito imputati del delitto di usura in danno della società “ALFA” per l’entità degli interessi applicati al correntista nel 2^o trimestre del 1998 e 3^o trimestre del 2003.

Nell’impostazione accusatoria l’interesse applicato superava la soglia di legge poiché applicava in modo distorto la CMS con una scelta fondata su una strumentale interpretazione della Circolare BI 30.09.1996 e successive.

Il GUP aveva disposto una **perizia** formulando quesiti alternativi che richiedevano quattro tipi di conteggi:

- 1) 1^o con inclusione delle CMS nel TEG praticato dalla Banca il cui esito aveva evidenziato il superamento soglia;
- 2) 2^o calcolo (con formula diversa da quella indicata da Banca Italia e non comprensiva di CMS) il cui esito aveva indicato n°2 esuberi per un conto, e nessun esubero per un secondo conto.
- 3) 3^o calcolo - con formula della Banca d’Italia MA non comprensiva della CMS all’esito del quale il perito aveva escluso la sussistenza di esuberi.
- 4) 4^o calcolo con formula Banca d’Italia, comprensiva di CMS secondo le istruzioni del bollettino di vigilanza del 2.12.2005 il cui esito aveva escluso esuberi.

Il GUP aveva concluso adottando il primo conteggio eseguito del perito e sostenendo che la CMS dovesse essere inclusa nel calcolo del TEG poiché l’art.644 c.p. prevede testualmente che nella determinazione del tasso effettivo applicato si deve tener conto dei costi.

Nelle sue conclusioni il giudice di merito aveva ritenuto sussistente l’elemento oggettivo del reato di usura (per l’esubero di alcuni trimestri) ed aveva escluso il dolo sulla base di argomentazioni che – come si evidenzierà - hanno superato positivamente il vaglio di legittimità della Suprema Corte.

Con Ricorso per Cassazione la difesa dell’istituto di credito aveva censurato il ragionamento che metteva a confronto il TAEG (alla cui formazione non concorre il TEG) con il TEG praticato dalla Banca (per il calcolo del quale il perito ha tenuto conto della CMS)¹⁰.

¹⁰ <<Avverso tale sentenza propongono ricorso per cassazione gli imputati Caletti Cesare, Locati Celestino Pietro, Piozzi Alessandro Maria e Marini Roberto, con riferimento ai capi della sentenza in cui risultano assolti con la formula "perché il fatto non costituisce reato", sollevando due motivi di gravame con i quali deducono mancanza e manifesta illogicità della motivazione ed inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale e/o di altre norme giuridiche di cui si deve tener conto nell’applicazione delle leggi penali. La manifesta illogicità della sentenza deriverebbe dal fatto che il giudice ha messo a confronto il tasso soglia (TEGM), indicato nei D.M. sulla base delle rilevazioni effettuate dalla Banca d’Italia, alla cui formazione non concorre la CMS, con il TEG praticato dalla Banca di Roma, per il calcolo del quale il CTU ha tenuto conto anche della CMS. A parere dei ricorrenti, qualora si volesse includere la CMS nel calcolo del tasso soglia, ove lo si consideri un costo che deve essere preso in considerazione per la determinazione del tasso di interesse usurario, non si potrebbe prendere in considerazione un tasso soglia che sia stato concretamente determinato senza prendere in considerazione la CMS.

Ciò perché è evidente che, includendo tale onere (la CMS) nel calcolo degli interessi praticati dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, si perverrebbe ad un risultato diverso da quello rilevato dalla Banca d’Italia ed utilizzato dal Ministro del tesoro per la determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sotto il profilo del diritto, i ricorrenti osservano che la norma di cui all’art. 644 c.p.

La Corte ha affermato che:

E' immune da vizi logico-giuridici la motivazione, adeguata e congrua, con cui il giudice di merito ha escluso l'elemento psicologico (dopo aver accettato il primo conteggio più sfavorevole per le banche) sulla base della valutazione congiunta delle seguenti circostanze:

- minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti;
- episodicità dei superamenti della soglia nel corso di rapporti bancari lunghi (almeno 6 anni);
- contraddittorietà della normativa secondaria di settore (rivisitata da BI solo dopo al chiusura dei conti) e
- controprova degli esiti dei diversi criteri di calcolo.

Il GUP aveva altresì escluso – correttamente - la sussistenza di un errore di diritto scusabile¹¹.

In merito alla struttura del delitto di usura, dopo una breve premessa¹² sulle fonti normative primarie, La Suprema Corte ha affermato che:

è una norma parzialmente in bianco nella quale **la determinazione concreta del tasso usurario viene demandata agli organi amministrativi**, all'esito di una procedura attraverso la quale vengono determinati i Tassi Effettivi Globali Medi per ogni categoria di operazioni omogenee. **Pertanto la determinazione del tasso usurario non può essere rimessa all'interprete che non può forzare i metodi di calcolo demandati per legge alle autorità amministrative**>> Cass. sez.II n°12028/2010.

¹¹ <<Il Gup ha osservato che "la minima entità dei superamenti del tasso soglia rispetto alle cifre movimentate nei conti, la episodicità dei superamenti stessi nel corso di rapporti bancari analizzati per un lungo lasso temporale (ben sei anni), la presenza di normativa secondaria di settore, solo successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia, la certezza rappresentata dalla controprova che, in applicazione della contraddittoria normativa secondaria di settore, non vi sono stati superamenti, costituiscono granitici indici fattuali che depongono per la certa insussistenza dell'elemento psicologico, non potendosi, in loro presenza, ragionevolmente ritenere la sussistenza della consapevolezza e volontà di porre in essere una condotta usuraria" (fol. 36 e 37). Non v'è dubbio che la conclusione a cui è pervenuto il giudicante in punto di insussistenza dell'elemento soggettivo sia sorretta da adeguata e congrua motivazione esente da vizi logico-giuridici.

Né può intravedersi alcun vizio di illogicità o contraddittorietà nella motivazione per il fatto che il Gup ha escluso, nel caso di specie la configurabilità dell'errore di diritto scusabile, ai sensi dell'art. 5 c.p., come modificato dalla sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale.

Infatti se la sussistenza di un errore di diritto scusabile esclude sempre il dolo in testa all'agente, esonerando il giudice da ogni ulteriore approfondimento in ordine all'elemento soggettivo del reato, una volta escluso l'errore scusabile, non per questo viene meno il dovere di verificare in concreto la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Nella fattispecie, tale verifica è stata puntualmente effettuata dal Gup con argomentazioni prive di vizi logici che sfuggono ad ogni censura in questa sede>>. Cass. sez.II n°12028/2010.

¹² <<Con la L. 7 marzo 1996, n. 108, il legislatore ha novellato il reato di usura di cui all'art. 644 c.p., delineando una disciplina in chiave tendenzialmente oggettiva che fa perno su un rapporto di sproporzione fra le prestazioni, predeterminato attraverso una procedura amministrativa. In linea generale il reato di usura comune si configura per l'oggettivo superamento del tasso-soglia degli interessi, indipendentemente dalla condizione della persona offesa, salvo che non si verifichi comunque un abuso delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria della vittima.

Ove non venga in considerazione l'abuso della situazione di bisogno, l'elemento oggettivo del reato di usura è integrato dall'obiettivo superamento del tasso-soglia degli interessi.

Il superamento del tasso soglia, determinato secondo la procedura amministrativa prevista dalla legge, comporta, infatti, una presunzione legale di usurarietà degli interessi.

Più specificamente il comma 3 dell'art. 644 c.p. prevede che: "la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

L'art.644 c.p. è norma penale in bianco che, per la determinazione del limite di usura, contiene il rinvio ad una **complessa procedura amministrativa**¹³ (disciplinata dall'art.2 co.1 e 2 della L.108/96) le cui principali fasi prevedono:

- 1) la rilevazione trimestrale del TEGM – da parte del Ministro dell'economia, sentita Banca Italia e UIC – comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse imposte e tasse, riferito a 1 anno degli interessi praticati dalle Banche e intermediari finanziari nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.
- 2) La classificazione delle operazioni per categorie omogenee (tenuto conto della natura, oggetto, importo, durata, rischi e garanzie) che viene effettuata annualmente con decreto MEF (sentiti BI e UIC).

Inoltre, la Corte ha escluso la fondatezza di eventuali dubbi di incostituzionalità della norma (già superati da Cass. sez.II n°20148 del 2003) perché la legge indica, in modo analitico, il procedimento per la determinazione dei tassi soglia e affida al Ministero il limitato ruolo di "FOTOGRAFARE" l'andamento dei tassi finanziari secondo rigorosi criteri tecnici.

Eppure non può ignorarsi che l'intervento tecnico postula scelte interpretative sia in merito alla "classificazione delle operazioni omogenee" sia in merito alle "commissioni, remunerazioni – spese" collegate al credito da includere nelle rilevazioni statistiche.

Non a caso, nella motivazione della sentenza si legge che le incertezze applicative sono derivate:

- dal contenuto delle **istruzioni di vigilanza**¹⁴ B.I. [punto C4) e C5)] in vigore fino al II trimestre 2009, secondo cui la CMS non rientrava nel calcolo del TEG.

A norma della L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4: "il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3 oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà".

Lo stesso art. 2, ai commi 1 e 2 prevede le modalità di svolgimento della procedura amministrativa per la determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari>> **Cass. sez.II n°12028/2010**.

¹³ In sostanza la legge ha previsto una procedura amministrativa volta a rilevare in modo oggettivo il livello medio dei tassi d'interesse praticato dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati, ancorando il disvalore sociale collegato al concetto di usura al superamento di tale livello-soglia, aumentato della metà. Di conseguenza la norma di cui all'art. 644 c.p. si presenta come una norma penale parzialmente in bianco, in quanto per determinare il contenuto concreto del preceppo penale è necessario fare riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa. Se tale procedura non venisse portata a termine, con la pubblicazione trimestrale dei Decreti del Ministro del Tesoro (attualmente dell'Economia e delle Finanze) portanti la rilevazione dei tassi globali medi, il reato non sarebbe punibile per la mancanza di un elemento essenziale, integrativo della condotta, fatta salva l'ipotesi dell'abuso dello stato di bisogno>>. **Cass. sez.II n°12028/2010**.

¹⁴ <<Le istruzioni di vigilanza diramate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario, in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie indicano analiticamente i dati da segnalare ed il trattamento degli oneri e delle spese.

In particolare il punto C4. (Trattamento degli oneri e delle spese), prevede:

"Ai sensi della legge 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. In particolare, sono inclusi:

- 1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento (per il factoring le spese di "istruttoria cedente");
 - 2) le spese di chiusura della pratica (per il leasing le spese forfettarie di "fine locazione contrattuale");
- Le spese di chiusura o di liquidazione addebitate con cadenza periodica, in quanto diverse da quelle per tenuta conto, rientrano tra quelle incluse nel calcolo del tasso.
- 3) le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate, salvo quanto stabilito al successivo punto b);
 - 4) il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo, se necessaria per l'ottenimento del credito;

- dai decreti ministeriali che, recependo la metodologia di calcolo del TEG applicata da Banca d'Italia – fin dal 1^a (in data 22.03.1997) – prevedevano che: <<i tassi non sono comprensivi della CMS eventualmente applicata>>.

Sulla natura della CMS le istruzioni di vigilanza di BI forniscono la seguente definizione: *<<tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il 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 . Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento. E' connessa alle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile pertanto, analoghe commissioni applicate ad altre categorie di finanziamento andranno incluse nel calcolo del TEG>>*.

In merito alla commissione di massimo scoperto, la Corte ha affermato: <<non è interesse in senso tecnico ma commissione (parziale ristoro per la minore redditività che le banca subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide). Non può però escludersi che sia collegato all'erogazione del credito e tale circostanza ha fatto sorgere sorte perplessità sul metodo di calcolo adottato da Banca d'Italia>>.

In motivazione si legge: <<Tali perplessità sono emerse sporadicamente dinanzi ai giudici di merito ma il problema non è mai stato compiutamente esaminato da questa Corte>>

Ed invero, Cass. sez.4^a n°8551/09 aveva in precedenza riconosciuto che, nel metodo di calcolo di B.I. per la rilevazione del TEG, sarebbe insita la violazione dell'art.644 c.p. ma, si era limitata ad escludere la sussistenza dell'usura sul presupposto che tale metodo di calcolo era stato integralmente accolto nei decreti ministeriali, adottati ai sensi dell'art.2 L.108/96, cui le banche si devono attenere ai fini della determinazione del tasso soglia (per espressa previsione).

La Corte ha evidenziato che la citata sentenza <<non ha ulteriormente indagato sulla conformità dell'esito della procedura amministrativa alle disposizioni di cui all'art.644 c.p>>.

In motivazione si legge: <<*Questo collegio ritiene che il chiaro tenore letterale dell'art.644 c.p. impone di considerare rilevanti ai fini della fattispecie di usura tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo credito. Tra essi certamente CMS (che è costo collegato all'erogazione del*

5) le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore, intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito;

Le spese per assicurazioni e garanzie non sono ricomprese quando derivino dall'esclusivo adempimento di obblighi di legge. Nelle operazioni di prestito contro cessione del quinto dello stipendio e assimilate indicate nella Cat. 8 le spese per assicurazione in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore non rientrano nel calcolo del tasso purché siano certificate da apposita polizza.
6) ogni altra spesa contrattualmente prevista connessa con l'operazione di finanziamento. Si considerano non connessi con l'operazione, con riferimento al Factoring e al Leasing, i compensi per prestazioni di servizi di natura non finanziaria.

Sono esclusi:

a) le imposte e tasse;
b) le spese e gli oneri di cui ai successivi punti per la parte in cui non eccedano il costo effettivamente sostenuto dall'intermediario:

il recupero di spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi (ad es. perizie, certificati camerali, spese postali; spese custodia pegno; nel caso di sconto di portafoglio commerciale, le commissioni di incasso di pertinenza del corrispondente che cura la riscossione);

le spese legali e assimilate (ad es. visure catastali, iscrizione nei pubblici registri, spese notarili, spese relative al trasferimento della proprietà del bene oggetto di leasing, spese di notifica, spese legate all'entrata del rapporto in contenzioso)". Nel successivo punto C.5 le istruzioni di vigilanza (in vigore fino al 2^a trimestre 2009) prevedono che la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG>>. Cass. sez.II n°12028/2010

credito) giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente e funge da corrispettivo per l'onere cui l'intermediario si sottopone di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione>>.

Dunque nella determinazione del TEG deve tenersi conto delle CMS.

L'interpretazione trova conferma nella normativa in materia di contratti bancari¹⁵.

L'art.2 bis del DL185 del 2010 conv. L.2 del 28 gennaio 2009 prevede:

- al comma 1 (ridimensionamento dell'operatività delle clausole aventi ad oggetto CMS):
- al comma 2 che: <<gli interessi le commissioni, le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione di fondi da parte del cliente (...) sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p. e della L. 108/96, artt. 2 e 3>>.

In applicazione di tale normativa, Banca d'Italia ha diramato - nell'agosto del 2009 - nuove istruzioni per la rilevazione del TEGM ai sensi della L. Usura.

Al punto C4) sono indicate tra le voci da comprendere nel calcolo anche CMS.

Un passaggio della motivazione che ha prestato il fianco a numerosi rilievi critici in dottrina e giurisprudenza è quello in cui si legge: <<La disposizione citata (L.2/09) può essere considerata norma interpretazione autentica dell'art. 644 c.4 c.p. in quanto puntualizza cosa entra nel calcolo degli oneri indicati correggendo una prassi amministrativa difforme>>.

La Corte non menziona il testo del comma 1 dell'art. 2 bis del Dl.185/08 perché non strettamente rilevante ai fini penalistici quanto, invece, significativo per le innovazioni introdotte nella normativa sui contratti bancari.

Eppure la valutazione che il Supremo collegio compie della norma - in termini di RIDIMENSIONAMENTO DELL'OPERATIVITÀ DELLE CLAUSOLE – non è condivisa da autorevoli commentatori¹⁶ che hanno evidenziato contraddizioni¹⁷, problematiche applicative e, soprattutto,

¹⁵ <<Tale interpretazione risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari.

Al riguardo occorre richiamare il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 bis convertito con la L. 28 gennaio 2009, n. 2.

Tale articolo al comma 1 **disciplina le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto, ridimensionandone l'operatività**.

Al comma 2 precisa che: "gli interessi, le commissioni, le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente (...) sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e della L. 7 marzo 1996, n. 108, artt. 2 e 3".

In applicazione di tale normativa la Banca d'Italia ha diramato, nell'agosto del 2009, le nuove Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura. Al punto C.4 (trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG) sono indicate (sub 7) fra le varie voci da comprendere nel calcolo anche:

"gli oneri per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti". La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4 in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme.>> Cass. sez.II n°12028/2010.

¹⁶ <<Da lettura delle norme, di cattiva fattura e solo apparentemente censorie della c.m.s., appare evidente che il legislatore abbia inteso disciplinare due distinte commissioni.

La prima parte del comma 1 si occupa della *commissione di massimo scoperto* (da calcolarsi sul picco del credito effettivamente utilizzato dal cliente), introducendo due punti innovativi, e precisamente:

a) fissazione *ex lege* del *limite temporale minimo (30 giorni)* di esposizione a debito per la corresponsione della c.m.s. da parte del cliente (laddove in passato, come si è evidenziato, anche l'utilizzo limitato ad un solo giorno avrebbe determinato il suo calcolo);

b) applicabilità della *c.m.s. solo ad alcuni contratti riconducibili all'apertura di credito* e comunque solo sul fido effettivamente utilizzato nell'ambito dell'affidamento accordato, escludendo, quindi, ogni applicazione della commissione sugli scoperti di conto corrente e sugli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l'ammontare dell'affidamento. Si tratta, quindi, di una remunerazione accessoria rispetto agli interessi passivi.

La seconda parte del comma 1 **dell'art. 2-bis** disciplina, invece, la *provvigione d'affidamento* («quale corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme» e, dunque, indipendente dall'utilizzo delle somme messe a disposizione), riconoscendone la validità, a condizione che il corrispettivo sia:

a) predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate;

b) oggetto di patto scritto non rinnovabile tacitamente;

c) determinato in misura onnicomprensiva rispetto ad ogni altra voce di costo;

d) *determinato in misura proporzionale all'importo credito accordato ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente*.

Per apparente paradosso, quindi, la c.m.s. è stata di fatto legittimata sotto entrambi i profili in precedenza contestati (91).

L'art. 2 comma 2 d.lg. 1 luglio 2009, n. 78 ha aggiunto all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 2-bis l. n. 2 del 2009 la previsione secondo cui l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5%, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione.

Il legislatore ha poi:

- fissato (con il secondo intervento normativo) un tetto nell'ammontare del corrispettivo (per contenere gli immediati effetti di aumento dei costi per gli utenti);

- regolamentato il calcolo dei giorni valuta con effetto dal 1 aprile 2010;

- **previsto che la c.m.s. deve entrare nel calcolo del TEG, facendo peraltro salve le precedenti rilevazioni che non ne hanno tenuto conto;**

- stabilito un termine per l'adeguamento dei contratti in corso alle disposizioni sopravvenute>>. Da "Questioni Attuali In Materia Di Anatocismo Bancario, Commissione Di Massimo Scoperto Ed Usura".

Pasquale Serrao D'Aquino. Giur. merito 2011, 05, 1172.

¹⁷ <<Con il decreto-legge del 29 novembre 2008 numero 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n.2, a sua volta modificata con decreto legge 1 luglio 2009 numero 78, convertito con la legge 102/2009, il legislatore è intervenuto per regolamentare le commissioni di massimo scoperto, che tanti problemi hanno dato negli anni passati.

Purtroppo, però, l'intervento normativo si è rivelato ancora una volta pasticcato, di difficile comprensione e dunque foriero di maggiori dubbi rispetto al passato; soprattutto, le nuove disposizioni sembrano tradire gli annunci che il Governo aveva fatto alla vigilia della sua entrata in vigore, come se la commissione di massimo scoperto fosse ormai in via di estinzione.

Al contrario, come si vedrà in seguito, la confusa situazione attuale, dovuta alla presenza di numerose contraddizioni all'interno dello stesso articolo di legge, sembra favorire una moltiplicazione degli oneri a carico del correntista e, comunque, sancisce una volta per tutte la validità delle commissioni di massimo scoperto, sebbene nei limiti di cui infra si dirà.

La norma incomincia con un'affermazione importante in ordine alla **nullità** delle clausole che prevedono una commissione di massimo scoperto, ma subito dopo introduce le prime eccezioni; [...]

In conclusione, la situazione attuale non sembra affatto migliorata se messa in relazione con la disciplina anteriore; allora le banche usavano applicare la commissione di massimo scoperto, in aggiunta agli interessi passivi, con percentuali generalmente (almeno fino al secolo scorso) molto basse, da calcolarsi sul picco massimo di indebitamento del trimestre. Oggi possono coesistere gli interessi passivi, le commissioni di massimo scoperto di cui al primo periodo del primo comma, seppur con i limiti ivi previsti, nonché una ulteriore provvigione di conto calcolabile sull'intero importo dell'affidamento ed indipendentemente

tutto i rischi che la disciplina di dettaglio adottata, con una stigmatizzazione solo apparente delle clausole e la introduzione – in realtà - di norme legittimanti, sia della commissione di massimo scoperto sia di quella c.d. di “affidamento”, possa prestare il fianco a nuovi abusi degli istituti di credito in danno della clientela.

Numerose perplessità sono state espresse in dottrina e giurisprudenza¹⁸ sulla qualificazione della natura della disposizione di cui all'art.2 co. 2 bis della L.2/09 che viene considerata dalla Suprema Cor-

mente dal suo utilizzo, nella misura non indifferente del 2% annuo. Un costo in più a carico del cliente, il quale, invece, avrebbe dovuto essere favorito da questa nuova disciplina.

Il secondo comma della norma in esame (art. 2-bis d.l. 185/2008) ci dice che gli interessi (passivi, ovviamente), le commissioni di massimo scoperto o le altre provvigioni, comunque denominate, che prevedono un corrispettivo favore della banca commisurato all'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi (trattasi delle commissioni disciplinate dal primo periodo del comma primo, mentre restano escluse le cosiddette provvigioni di conto, cioè quelle disciplinate dal secondo periodo del primo comma) sono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, numero 108.

Dunque, le commissioni di massimo scoperto commisurate all'effettivo utilizzo assumono infine rilievo ai fini dell'usura, anche se non si nascondono serie perplessità sull'esclusione delle commissioni di conto, cioè di quelle commisurate all'importo del fido ed indipendenti dall'effettivo utilizzo delle somme; non si può, infatti, non rilevare che l'articolo 644 del codice penale, al comma quarto, afferma che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito. Ebbene, non si vede come le provvigioni di conto, che sono legate all'apertura di credito, possano non rientrare nella categoria delle “remunerazioni (...) collegate alla erogazione del credito”.

>>. Da “**Brevi riflessioni su anatocismo e commissione di massimo scoperto nei conti correnti bancari**” PAOLO GIOVANNI DEMARCHI ALBENGO all’Incontro di studio sul tema: “IL CONTENZIOSO BANCARIO” organizzato da Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata – settore civile - Corte d'appello di Bari il 15 aprile 2011

¹⁸ La natura interpretativa dell'art. 644 c.p. attribuita dalla legge n. 2/09, ha suscitato dubbi e perplessità: “(...) A ciò si aggiunge che la giurisprudenza citata non richiama compiutamente l'espressione normativa secondo cui „Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. (2 bis del decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185, convertito nella legge 28 gennaio 2009 n. 2 (c.d. decreto “anticrisi”)); la norma, quindi, fornisce un'interpretazione autentica di segno diametralmente opposto rispetto a quello sostenuto dal citato indirizzo di legittimità. L'indirizzo avversato, inoltre, omette di considerare che le Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto del 2009 in materia di rilevazione del TEG – le quali ora esplicitamente includono la C.M.S. nel calcolo del TEG - per il periodo transitorio prevedono espressamente che <<fino al 31 dicembre 2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate rispettivamente nella G.U. n. 74 del 29 marzo 2006 e n. 102 del 4 maggio 2006.>> ed ancora, <<Nel periodo transitorio restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente (ma vanno inclusi nel TEG 52 per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia): a) la C.M.S. e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009 (omissis)” (Trib. Napoli, P. Serrao d'Aquino, 26/10/10; Cfr. anche Andrea Di Landro, in Foro Italiano, Parte II, 2010).»

In una più recente Ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Ufficio del giudice per le indagini preliminari) del 27/9/11 del dott. M. De Chiara si riporta: “(...) rilevato che tale interpretazione (Cass. 19/2/10, n. 12028) è stata criticata dalla migliore dottrina con argomenti che a parere dello scrivente sono pienamente da condividere in quanto più aderenti al dato normativo; rilevato, in primo luogo, che l'inciso „dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, contenuto nell'art. 2 bis, co. 2, l. 2, cit., appare difficilmente conciliabile con il

te una norma INTERPRETATIVA AUTENTICA dell'art.644 c.p. (correttiva di una prassi amministrativa difforme rispetto al contenuto della legge) nella parte in cui stabilisce che la c.m.s. deve essere inserita nel calcolo del tasso effettivo.

Sul punto si è osservato, a sostegno della tesi contraria, che la stessa L. n°2/09 - all'art.2 comma 2 bis - prevede espressamente l'irretroattività delle nuove norme che entreranno nella base di calcolo del tasso praticato *"a partire dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge"*.

Inoltre, quando il legislatore ha inteso introdurre norme di interpretazione autentica lo ha espressamente previsto (come nel caso della L.24/2001 di interpretazione autentica della L.108/96).¹⁹

Cass. n° 28743 del 2010 è sentenza "gemella" pronunciata su vicenda analoga.

Il provvedimento impugnato è una sentenza dello stesso giudice (Trib. Ascoli Piceno) pronunciata su imputazioni per il reato di usura in danno della medesima società, in relazione a conti aperti presso altri istituti di credito.

Cass. n°46660/11 ud.23.11.2011 Rel. Chindemi

Il Tribunale di Palmi in data 8.11.2007 aveva assolto (con formula NACF) i Presidenti di tre noti istituti di credito dall'imputazione di usura in danno di un gruppo imprenditoriale per rapporti bancari intercorsi dal 4^o trimestre 1997 alla fine 2002. L'imputazione si era fondata sulla contestazione di un'applicazione strumentale della circolare B.I. 30.09.1996 e succ. che escludevano CMS nella rilevazione del TEG degli interessi.

Il Giudice di merito aveva escluso la responsabilità ritenendo che i **Presidenti degli istituti fossero in posizione sotto ordinata rispetto al Consiglio di amministrazione** tenuto conto di delle caratteristiche di un sistema decisionale che affidava la determinazione delle condizioni applicate alla clientela ad una **articolazione semi centralizzata e semi apicale**.

La C. Appello di Reggio Calabria il 2.07.2010 aveva riformato parzialmente la sentenza, in particolare modificando la formula assolutoria, ritenendo di dover escludere il dolo (Fatto Non Costituisce Reato) sul presupposto che la condotta fosse riferibile ai legali rappresentanti.

Il Giudice di II grado aveva:

- confermato la sussistenza dell'usura (sotto il profilo oggettivo);
- riconosciuto che il potere decisionale in materia di erogazione del credito compete ai Presidenti degli istituti di credito come estrinsecazione del più generale potere di indirizzo.

supposto carattere ricognitivo della norma, in quanto tali parole possono essere interpretate solamente nel senso che il legislatore ha voluto escludere per il periodo antecedente la rilevanza degli oneri ivi contemplati; rilevato inoltre che, anche nel dibattito parlamentare, emerge che la normativa in questione è stata adottata per modificare radicalmente l'indirizzo accolto dalle autorità di settore e dunque non solo per interpretarlo; rilevato, infatti, che dal raffronto con la normativa secondaria precedente, emerge una radicale diversità, per ciò che concerne la rilevanza delle commissioni di massimo scoperto, che appare difficilmente compatibile con il concetto stesso di norma interpretativa; rilevato, pertanto, che, in coerenza con le premesse sopra esposte, non si sarebbe in presenza di una norma di interpretazione autentica ma di un'ipotesi di successione di norme giuridiche integrative di un elemento normativo della fattispecie avente ad oggetto, in particolare, la procedura amministrativa prevista dal terzo comma dell'art. 644 c.p.; rilevato che in presenza di una successione di leggi deve applicarsi quella più favorevole al reo, la quale deve individuarsi nella normativa anteriore a quella vigente, secondo cui le commissioni di massimo scoperto non erano rilevate ai fini del superamento delle soglie usurarie; (...) rilevato, pertanto, che in base alla normativa applicabile al caso concreto deve disporsi l'archiviazione degli atti perché il fatto non sussiste; (...)".

¹⁹ In tal senso Rosario di Legami in <<I profili del reato di usura e l'esperienza bancaria>>. I dossier d'autore n°1 7 maggio 2010 in Repertorio Lex24 n°I.

- Ritenuto gli stessi Presidenti degli istituti bancari titolari di una posizione di garanzia;
- Escluso l'esistenza di deleghe a terzi in materia di remunerazione del credito.
- Escluso la sussistenza del dolo e riconosciuto una colpa non punibile ex art.644 c.p.

La Corte d'Appello aveva anche escluso (come il Giudice di 1^o grado) la responsabilità dei funzionari locali da ritenersi estranei ai fatti non potendo questi predisporre cautele idonee a scongiurare il prodursi dei tassi usurari.

Il Procuratore Generale aveva sostenuto la configurabilità di un DOLO EVENTUALE non potendo il titolare della posizione di garanzia declinare all'obbligo di controllo e vigilanza e dovendo essere a conoscenza delle questioni di maggior rilevanza che attengono all'esercizio dell'impresa e tra queste quella della remunerazione del denaro oggetto delle operazioni di cui si concretizza l'esercizio del credito.

La difesa aveva dedotto che:

- per la prima volta il legislatore aveva previsto l'inclusione delle CMS nel calcolo TAEG con D.L.185/08 (art.2 bis) conv. L.2/09 e che tale norma non poteva avere efficacia retroattiva (per espressa previsione di legge).
- il consiglio di amministrazione non fosse competente a decidere il "Pricing" spettando tale compito alla Direzione generale.

La difesa di uno degli istituti di credito aveva eccepito la nullità della perizia poiché il consulente aveva effettuato accessi presso le banche senza informare la difesa e aveva sostenuto che il D.L.70/11 (che ha elevato i tassi soglia) dovesse essere applicato retroattivamente in quanto legge più favorevole al reo.

La Corte di Cassazione ha ripercorso l'evoluzione della giurisprudenza sull'elemento oggettivo del reato precisando che, dopo un orientamento di segno contrario (Cass.8551 del 2008), il Supremo collegio aveva ritenuto - nel 2010 - di includere nel TEG la CMS praticata su operazioni di finanziamento in cui l'utilizzo del credito è variabile .

L'art.644 è norma penale in bianco. La punibilità dipende dalla fonte vigente al momento dell'accertamento e non al momento della decisione. Non si applica il principio di retroattività della norma più favorevole. <<Art.2 c.p. riguarda la successione di norme incriminatrici tra cui non rientrano vicende successorie di norme extra penali che non integrano la fattispecie incriminatrice né quelle di fatti o atti amministrativi che, pur influendo sulla punibilità, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale che resta immutata (Sez. 3^a n°43829 del 16.10.2007)>>.

La Corte ha aderito all'orientamento secondo cui l'art.2 c.p. non si applica in caso di successione di norme extra penali integratrici del preceitto penale che non incidano sulla struttura essenziale del reato ma comportino solo una variazione del contenuto del preceitto delineando la portata del comando.

Dunque il D.L.70/11 (che eleva la soglia del tassi di usura) non si applica retroattivamente.

La portata dell'intervento innovativo sulla determinazione dei criteri di determinazione del tasso soglia e la mancanza di norme transitorie, certamente non dovuta a disattenzione, denotano che si è voluto dare alla normativa (che ha introdotto un regime maggiormente favorevole agli istituti bancari in relazione al reato di usura) operatività con esclusivo riferimento a condotte successive, senza produrre effetti su situazioni preesistenti, regolate dalla normativa precedente.

E' corretto considerare le CMS fatto potenzialmente produttivo di usura.

Le circolari e istruzioni Banca d'Italia non sono fonte di diritti e obblighi e se gli istituti si conformano ad una erronea applicazione fornita da BI in una circolare non può essere escluso l'elemento oggettivo del reato.

La circolari illegittime non hanno efficacia vincolante neppure quale mezzo di interpretazione, stante anche la qualifica soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica.

La Corte ha escluso una differenza tra conto corrente affidato con utilizzo nei limiti del fido e conto corrente non affidato.

L'ignoranza del tasso di usura per le banche è priva di effetti poiché ignoranza di legge penale (art.5 c.p.)

SULLA RIFERIBILITA' SOGGETTIVA della condotta

Il Tribunale aveva ritenuto i Presidenti degli istituti di credito in posizione sotto ordinata rispetto ai membri del consiglio di amministrazione nella determinazione delle condizioni applicate alla cliente-la esistendo un sistema di articolazione centralizzata e semi apicale.

La C. Appello aveva ribaltato l'impostazione ritenendo che i Presidenti avessero pieni poteri in materia di erogazione del credito, stando agli statuti, essendo questi compresi nei più generali poteri di indirizzo dell'impresa bancaria e dunque aveva ritenuto esistente una posizione di garanzia.

La C. Appello aveva citato l'esempio dello statuto del Banco di Roma che, all'art.17 prevede la possibilità di delega al direttore generale dei poteri in materia di erogazione del credito, ribadendo che, anche in presenza di una delega, resta intatto il potere di controllo e vigilanza del consiglio di amministrazione NON DELEGABILE.

C. Appello aveva escluso elemento soggettivo ritenendo configurabile una colpa.

La Suprema corte ha affermato che i Presidenti hanno il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa in materia e tale dovere deriva dalla posizione di garanzia connessa ai poteri di indirizzo dell'impresa.

Nella motivazione si legge: *<<E' attribuibile ai Presidenti degli istituti bancari e dei relativi consigli di amministrazione una c.d. "posizione di garanzia", in quanto la formale rappresentanza dell'istituto bancario, se non accompagnata da poteri di decisione o gestione operativa, appare totalmente priva di significato nell'ottica della tutela di interessi che ricevono protezione penale. Si deve quindi affermare che i presidenti delle banche, quali persone fisiche, siano garanti, agli effetti penali, cioè tenuti a rendere operativa una posizione di garanzia, che, in ultima analisi, fa capo all'ente, centro d'imputazione dell'attività di erogazione del credito nell'ambito della quale ben può essere ravvisata la violazione del preceitto penale anche in capo ai predetti organi. >>*

I Presidenti degli istituti bancari sono, dunque, GARANTI PRIMARI della corretta osservanza delle leggi sull'usura indipendentemente dalla suddivisione dei compiti che non può esonerare i vertici dall'attività di vigilanza e controllo.

Ed invero, la posizione assunta dalla Suprema Corte, sul punto, non lascia spazio ad equivoci interpretazioni: *<<Anche se dalla normativa secondaria, quali delibere e regolamenti, dovesse risultare l'attribuzione ad altri organismi, quali il direttore generale o il settore commerciale, delle competenze relative alla fissazione dei tassi, rimane salvo il potere di controllo e vigilanza del Consiglio d'amministrazione degli istituti di credito in funzione di garanzia, quest'ultimo non delegabile. >>²⁰*

Se la banca è strutturata su un modello "dualistico" con attribuzione di funzioni a comitati direttivi o comitati centrali resta sempre un dovere di vigilanza e controllo sugli organi di vertice.

Ciò vale anche in banche di notevoli dimensioni con più settori e servizi, nelle quali il Presidente del Consiglio di amministrazione e i componenti di esso conservano, comunque, poteri di indirizzo e coordinamento in posizione di garanzia.

In conclusione la SC ha ritenuto che: *<<... il ragionevole dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità (cfr. in tal senso Sez. 6, Sentenza n. 6175 del 27/03/1995 Ud. (dep. 27/05/1005) Rv. 201518).>>* (Cassazione Pen. II Sez., n. 46669/11).

²⁰ <<Ad un maggior grado di responsabilità e professionalità corrisponde una maggiore consapevolezza e capacità di discernere gli obblighi di *compliance*, nonché di valutare i presidi da predisporre, distinguendo la rilevanza, il nesso e la priorità della normativa primaria, degli atti amministrativi disposti dal Ministro dell'Economia e delle indicazioni della Banca d'Italia>> da << **La consulenza tecnica nei procedimenti penali per usura bancaria** - La verifica delle soglie d'usura e la riferibilità della condotta usuraria in capo agli organi sociali >> dott. Roberto Marrelli. Su sito www.assoctru.it

Dunque il dolo è da escludere in forza delle circolari BI e dei Decreti Ministeriali dell'epoca che non comprendevano CMS nel calcolo del tasso soglia nonché da consolidata giurisprudenza di merito in senso conforme.

La circolare B.I. del 30.02.1996, (aggiornata al dicembre 2002) - che escludeva dal TEG la CMS e ne proponeva una rilevazione separata espressa in termini percentuali - è rimasta in vigore fino al II trimestre del 2009.

I Decreti Ministeriali, fino al novembre 2008, precisavano che i tassi (TEGM) non sono comprensivi di CMS.

Solo con D.L.185/2008 conv. L.2/09 (art.2 bis) si è stabilito che la CMS è rilevante ai fini dell'usura. Nell'agosto del 2009 Banca d'Italia ha emanato nuove istruzioni, ma, secondo l'interpretazione avallata in sentenza, non può ritenersi violato il dovere di diligenza nella ricostruzione dei criteri applicabili per i tassi soglia a carico dei vertici delle banche, in mancanza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità (sia civile che penale) che – all'epoca dei fatti - ritenesse illecita tale prassi.