

Convegno “ANATOCISMO IUS VARIANDI E USURA NEI RAPPORTI BANCARI”  
Intervento della dott. Vincenzo Senatore, Procura di Salerno  
Roma, Centro Congressi dell’Università “Sapienza”, 24 febbraio 2012

## **LA SENTENZA N° 46669/11, V SEZIONE CORTE DI CASSAZIONE**

**SOMMARIO:** A. Premessa – B. Struttura del delitto di usura e principio di retroattività della norma penale più favorevole – C. Le commissioni di massimo scoperto: il valore delle circolari della Banca d’Italia – D. L’attribuibilità del reato ai componenti degli organi di amministrazione – E. Ignoranza scusabile della legge determinata da errore inevitabile – F. Imputabilità del fatto a fini risarcitori – G. Prospettive: problemi risolti dalla normativa e dalla sentenza e problemi irrisolti – H. Due iure cadendo: la responsabilità amministrativa della persona giuridica

### **A. Premessa**

La sentenza nr.4669/11 del 23.11.2011/19.12.2011 segna un punto di svolta storico nel controverso inquadramento della peculiare fattispecie della usura bancaria.

Essa si colloca nella scia della fondamentale disposizione normativa contenuta nel D.L. 29 novembre 2008, nr.185, articolo 2 bis, comma 1, convertito nella legge 28.1.2009, nr.2 con la quale si stabiliva che “le commissioni.....comunque denominate..... sono comunque rilevanti ai fini dell’applicazione dell’articolo 1815 c.c, dell’articolo 644 c.p e della legge 7 marzo 1996, nr.108, articolo 2 e 3”, che finalmente risolveva l’annosa questione dell’inclusione o meno delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo del TEG.

La particolarità della fattispecie, alla luce di reiterate pronunce di merito assolutorie (per assenza del dolo, ma anche per insussistenza del fatto e, in via residuale, per non aver commesso il fatto) e di almeno due sentenze di legittimità (richiamate nella decisione in commento) aveva rafforzato il convincimento della necessità di un intervento legislativo, finalizzato a tipizzare, quale figura criminis speciale, il reato di usura consumato nello specifico ambito dell’attività bancaria.

La Suprema Corte fornisce, nelle motivazioni, contenute nell’ultima sentenza argomenti assolutamente convincenti che consentono di applicare l’articolo 644 cp, nella sua attuale formulazione, anche agli esponenti degli istituti di credito.

Partendo dall’inquadramento della fattispecie, quale norma penale in bianco, la Cassazione affronta il tema della normativa di favore (per gli istituti di credito), contenuta nel D.L 70/11, convertito in Legge 7.7.2011 nr.106, della inclusione delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo del TEG, della irrilevanza- ai fini della configurazione del reato- di circolari ed istruzioni della Banca d’Italia, fino ad indicare le ragioni della attribuibilità del fatto ai componenti dei consigli di amministrazione (pur in presenza di strutture organizzative, cui viene demandato il compito di definire i tassi).

Il rilevante contributo fornito dalla sentenza del dicembre 2011 si completa con la individuazione di un tempo a partire dal quale nessuna ignoranza può essere più ritenuta scusabile e con l’affermazione del principio secondo cui il fatto, pur nel caso in cui non sia ascrivibile alla persona dell’amministratore, debba essere imputato a fini risarcitori all’istituto di credito.

In tal modo, probabilmente, indirizzando un messaggio implicito al legislatore ad adeguare il Dlvo 231/01, nel quale ancora risulta assente il riferimento al delitto di usura.

Si tratta di una sentenza che risolve definitivamente questioni molto rilevanti, apre prospettive di contestazione e di accertamento di responsabilità nuove, ponendo, tuttavia, la necessità di risolvere ulteriori problemi con provvedimenti normativi più adeguati.

## **B. Struttura del delitto di usura e principio di retroattività della norma penale più favorevole**

Il D.L 13 maggio 2011 nr.70, convertito in Legge 7.7.2011, nr.106 ha introdotto una modifica migliorativa per le aperture di credito in conto corrente, determinando un tasso soglia che, contenuto nel limite degli otto punti percentuali rispetto al TEGM, è più alto rispetto a quello individuato sulla base del precedente calcolo.

Partendo da tale novità legislativa, la Corte ha fornito un inquadramento generale del delitto di usura, al fine di verificare se, nel caso di specie, ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 2 comma 3 del codice penale (retroattività della legge penale più favorevole).

La soluzione è negativa sulla base delle seguenti considerazioni.

L'articolo 644 cp configura una norma penale in bianco: il precetto, infatti, è completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie, con rinvio ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia.

La punibilità della condotta non dipende dal momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui essa viene posta in essere; tale epoca, a dir il vero, pare più rilevante- ai fini della individuazione della normativa da applicare- rispetto alla data dell'accertamento evocato nella sentenza in commento.

E' da escludere, in questo ambito e nel caso di successione di leggi nel tempo, l'applicazione del principio della retroattività della disposizione più favorevole.

Ed invero, la Suprema Corte precisa che "l'applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole presuppone una modifica in via generale della fattispecie incriminatrice, cioè di quelle norme che definiscono il reato nella sua struttura essenziale e circostanziata, comprese le norme penali che la integrano"

La modifica dei criteri di rilevazione del tasso soglia, quale elemento che incide sulla configurabilità del reato di usura, va valutata tanto alla luce dell'articolo 25 della Costituzione, quanto alla luce dell'articolo 2 comma 3 del codice penale.

Il principio di legalità fissa l'obbligo della preesistenza al fatto di una norma che vieti la condotta posta in essere e che preveda una punizione per l'inosservanza del precetto.

Ai sensi dell'articolo 25 è vietata la retroattività della legge penale, ma non viene regolata l'ultrattività.

La Corte di Cassazione- in altre precedenti pronunce- ha affermato il seguente principio: "non rientrano nel principio di successione le norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatri-

ce, né quelle di atti o fatti amministrativi che, pur influenzando sulla punibilità o meno di determinate condotte, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta pertanto immutata e quindi in vigore”.

In particolare, l'articolo 2 comma 3 del codice penale non opera in presenza di norme extrapenali che non incidano sulla struttura essenziale del reato ma che comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto delineando la portata del comando.

Rispetto al delitto di usura, la Suprema Corte ritiene che il principio della retroattività della legge penale favorevole troverebbe applicazione solo in presenza di norme sopravvenute che escludano la illiceità oggettiva della condotta.

Tanto non accade in presenza di una nuova disciplina (quale quella contenuta nella legge 7.7.2011, nr.106) che non ha inteso sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nella vigenza della normativa precedente, essendosi limitata a modificare, ma solo per l'avvenire, i presupposti per l'applicazione della norma incriminatrice penale.

In definitiva, il D.L. 70/11 convertito in legge 106/11 non ha modificato la norma incriminatrice, avendo inciso le novità esclusivamente sui criteri di determinazione del tasso soglia.

Tali criteri, fondantisi su valutazioni di carattere economico, hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo.

La modifica introdotta nel maggio 2011 non determina l'automatica espansione della nuova legge, perché l'applicazione di tale norma contrasterebbe con la natura del fenomeno dell'abrogazione che opera ex nunc.

La conclusione dell'iter argomentativo sviluppato nella sentenza in esame è la seguente: “la portata dell'intervento innovativo sulla determinazione dei criteri di individuazione 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 poste in essere dopo la sua entrata in vigore, senza produrre effetti su preesistenti situazioni, regolate dalla normativa precedente.”

### **C. Le commissioni di massimo scoperto: il valore delle circolari della Banca d'Italia**

A fronte di un disposto normativo assolutamente chiaro ed inequivoco, quale quello contenuto nel quarto comma dell'articolo 644 cp, secondo cui : “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”, pare quasi inverosimile che si sia determinato un contrasto interpretativo sulla inclusione o meno nel TEG delle commissioni di massimo scoperto, per il quale si è reso necessario addirittura un ulteriore intervento del legislatore che con D.L. 29 novembre 2008, nr.185 (articolo 2 bis comma 1) ha stabilito (ma sarebbe più giusto dire- ha ribadito): “le commissioni...comunque denominate...sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 c.c., dell'articolo 644 cp e della legge 7 marzo 1996, nr.108, articolo 2 e 3”.

Fondamentali sono i principi sanciti dalla Sentenza del 19.12.2011, destinati a valere- è bene precisarlo- anche per il tempo che ha preceduto il summenzionato intervento legislativo.

Come noto, sin dalla circolare della Banca d' Italia del 30.9.1996 era stato previsto che la CMS non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi.

Tale determinazione si traduceva “in aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”.

Sul punto, categoricamente, la Suprema Corte ha precisato che “le circolari e le istruzioni della Banca d' Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d' Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo”.

Le circolari e le direttive, se adottate in violazione di legge, non costituiscono fonte normativa e non valgono nemmeno quale mezzo di interpretazione, essendo le disposizioni sull'usura chiare e non presentando profili di difficoltà in capo a soggetti, quali i componenti di organi bancari, qualificati e dotati di adeguati strumenti di verifica.

In ambito penale vale solo la norma di legge, contenuta nell'articolo 644 comma 4 cp, secondo cui nella determinazione del tasso soglia vanno ricompresi tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore del credito.

E', dunque, illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, né può essere invocata, in generale, l'ignoranza del tasso di usura quale scusante, trattandosi di ignoranza sulla legge penale.

Tale perentoria affermazione, tuttavia, come sarà precisato in seguito, merita- ad avviso della Corte di Cassazione- un temperamento, tenuto conto della particolare situazione di confusione normativa venutasi a creare in Italia fra il 1996 ed il novembre del 2008.

#### **D. L'attribuibilità del reato ai componenti degli organi di amministrazione**

La sentenza della V sezione della Corte di Cassazione del 19.12.2011 affronta, inoltre, il problema della attribuibilità del reato in capo al presidente (e, più in generale, ai componenti) del consiglio di amministrazione di una banca, in presenza di strutture organizzative complesse nell'ambito delle quali la individuazione dei tassi da applicare per il credito erogato è demandata ad uffici specifici.

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte assume una valenza generale, destinata a produrre, per l'avvenire, effetti rispetto alla imputabilità agli organi di amministrazione di ulteriori fattispecie delittuose, eventualmente collegate alla erogazione del credito (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di concorso della banca nei reati di bancarotta ascrivibili all'imprenditore o agli amministratori della impresa fallita).

Il principio di diritto enunciato è che il consiglio di amministrazione non svolge compiti di mera rappresentanza e non è svincolato dalle conseguenze pregiudizievoli, eventualmente, derivanti dall'attività gestionale.

“Gli organi di vertice hanno il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente, essendo loro attribuiti, dai relativi statuti, poteri in materia di erogazione del credito, rientranti nell’ambito dei più generali poteri di indirizzo dell’impresa, sussistendo in capo agli stessi una posizione di garanzia essendo gli interessi protetti dalla norma incriminatrice soggetti alla sfera d’azione e di potenziale controllo dei presidenti e dei legali rappresentanti...”

In particolare, la suddivisione dei compiti all’interno dell’istituto non esonera i vertici dall’obbligo di vigilanza e controllo dell’osservanza delle disposizioni di legge, segnatamente in tema di superamento del tasso soglia.

La riforma societaria ha introdotto il cosiddetto modello dualistico con possibilità di attribuzione diretta ad altri organismi con compiti di gestione sottratti alla sfera di ingerenza del consiglio di amministrazione.

Tuttavia, tale modello non esonera da responsabilità gli organi di vertice, chiamati proprio in ragione della posizione di garanzia ad esercitare controlli puntuali, sanzionabili, nel caso di omissioni, ai sensi dell’articolo 40 comma secondo cp.

“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”.

In presenza di una organizzazione complessa, con suddivisione dei compiti di rappresentanza generale (presidente del cda), di governance strategica (consiglio di amministrazione), controllo (collegio dei revisori), con sottosistema comprendente direzione generale, direzioni centrali e gestioni periferiche, “è compito degli organi apicali vigilare e impedire che venga superato il tasso soglia, mentre l’applicazione delle relative condizioni può essere demandata agli organi gestionali, non potendo essere del tutto rigida, essendo connessa all’andamento dei mercati, mentre raramente è personalizzata in relazione alle caratteristiche ed esigenze del singolo cliente”

### **E. Ignoranza scusabile della legge determinata da errore inevitabile**

Come già accennato non è, in generale, scusabile l’errore riferibile al calcolo dell’ammontare degli interessi, eventualmente commesso dall’istituto di credito, data l’assenza di difficoltà di tale operazione.

Particolarmente accentuato è il dovere di informazione ricadente sugli organi di vertice della banca, chiamati ad agire con la massima diligenza e, nel caso di dubbio, obbligati ad astenersi dal porre in essere la condotta.

Viene, tuttavia, in considerazione il principio enunziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza nr.364 del 1988 secondo cui “la scusabilità dell’ignoranza e l’inevitabilità dell’errore va riconosciuta ogni qualvolta l’errore sia stato originato da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale da cui l’agente abbia tratto il convincimento della correttezza della interpretazione e, conseguentemente, della liceità del comportamento futuro”

Rilevano, inoltre, i principi enunziati- in tema di errore di diritto scusabile- dalle sezioni unite della Cassazione nel 1994, in base ai quali va distinta la posizione del comune cittadino, chiamato ad un

dovere di informazione da assolvere secondo le regole di ordinaria diligenza, rispetto a quella di chi svolge professionalmente una determinata attività, sul quale incombe un obbligo di informazione massima, richiedente la più elevata diligenza possibile, fino a ritenere rilevante- in sede di accertamento della responsabilità- la colpa lieve. E' in tale situazione che l'errore potrà essere ritenuto scusabile solo se determinato da pacifici orientamenti giurisprudenziali e da positivi comportamenti amministrativi.

Tanto è accaduto- secondo la Suprema Corte- nel settore bancario a partire dalla circolare della Banca d'Italia del 1996, rimasta in vigore fino al secondo trimestre del 2009, che escludeva espressamente dal calcolo del TEG la commissione di massimo scoperto.

Tale metodologia veniva addirittura recepita nei decreti ministeriali nei quali era contenuta la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio, secondo quanto stabilito dall'articolo 644 comma 3 cp, potendosi leggere all'interno di tali provvedimenti la seguente precisazione: "i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata".

Contemporaneamente, in ambito giurisprudenziale, si registrava l'assenza di sentenza di legittimità ed il succedersi di numerose sentenze di merito assolutorie.

In presenza di tale situazione, maturatasi in ambito amministrativo e giurisprudenziale, è ragionevole ritenere che gli esponenti degli organi bancari non abbiano violato i doveri di massima diligenza nell'escludere dal tasso soglia la CMS.

Tale situazione, naturalmente, può dirsi maturata fino alla emanazione del D.L. 29 novembre 2008 che- secondo quanto già in precedenza ricordato- ha espressamente incluso le commissioni di massimo scoperto nel calcolo del TEG.

Deve ritenersi, ragionevolmente, secondo i principi enunziati dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 19.12.2011 che fino a quella data per gli amministratori di banche sia da riconoscere la rilevanza dell'errore determinato da ignoranza scusabile, con la conseguenza di ritenere sussistente il fatto nella sua oggettività e, pertanto, di imputarlo, comunque, a fini risarcitori all'istituto di credito.

Se è vero che le circolari della Banca d'Italia non hanno alcuna valenza normativa, essendo la materia penale regolata esclusivamente dall'articolo 644 cp, e se è vero che ad esse non può riconoscersi nemmeno rilievo in sede di interpretazione, trattandosi di norme non equivoche, il tempo dell'errore scusabile si è concluso nel novembre 2008 e, dunque, a fini operativi, al massimo al quarto trimestre di quell'anno.

Del tutto irrilevante deve ritenersi la circostanza della emanazione di una nuova circolare della Banca d'Italia, avvenuta nell'agosto del 2009, contenente l'espresso riferimento alla necessità di comprendere la CMS nel calcolo del tasso soglia, al fine di differire il tempo della non punibilità fino al secondo trimestre del 2009

## **F. Imputabilità del fatto a fini risarcitori**

In conclusione, la Corte di Cassazione enunzia il seguente, rilevante, ulteriore principio: "una volta accertata la sussistenza del fatto reato sotto il profilo oggettivo da parte degli istituti di credito, trattandosi comunque di illecito avente rilevanza civilistica, non rileva, ai fini risarcitori, che non sia stato accertato il responsabile penale della condotta illecita, in quanto l'azione risarcitoria civile ben po-

trà essere espletata nei confronti degli istituti interessati che rispondono, comunque, ex art.1118 e 1228 cc, del fatto dei propri dipendenti”.

E' sufficiente la dimostrazione della imputabilità del fatto alla banca e la rilevazione di un danno ingiusto in ragione della violazione di uno standard normativo per far ricadere su di essa il rischio dei cosiddetti “danni anonimi”, cioè di cui non sia stato individuato il responsabile.

La possibilità di imputare alla banca il fatto a fini risarcitori, pur in presenza di una pronuncia assolutoria dei componenti degli organi di amministrazione, fondantesi sul riconoscimento di un errore di diritto scusabile, suona quale rimedio giurisprudenziale ad una vistosa lacuna nel sistema normativo che dovrà al più presto essere colmata al fine di completare il percorso di ampliamento delle tutele a favore degli utenti, ben avviatosi con il provvedimento legislativo del 2008 e con la rigorosa e chiara sentenza del dicembre 2011, qui presa in esame.

### **G. Prospettive: problemi risolti dalla normativa e dalla sentenza e problemi irrisolti**

Non v'è dubbio che rispetto ai finanziamenti erogati dalle banche a partire dal 30 novembre 2008 e, a maggior ragione, a partire dall'agosto 2009, il sistema fornisca garanzie e tutele in precedenza non invocabili.

L'articolo 2 bis del D.L 29 novembre 2008, nr.185 è stato condivisibilmente ritenuto dalla Suprema Corte (Cass penale, II Sezione, nr. 12028 del 2010) norma di interpretazione autentica.

Si tratta di una disposizione che non incide sulla configurabilità dell'elemento oggettivo dei reati di usura commessi dagli istituti di credito in epoca antecedente, tutte le volte che indebitamente escludevano dal calcolo del TEG la CMS; tale affermazione, come già evidenziato, ha il suo peso rispetto alla attribuibilità di tali condotte alle banche a fini risarcitori per condotte antecedenti il 30 novembre 2008.

Certo è che da questa data e, non dalla emissione della nuova circolare della Banca d'Italia dell'agosto 2009, nessun componente degli organi di amministrazione (e, naturalmente, nessun funzionario espressamente incaricato di calcolare i tassi da praticare) potrà mai più invocare l'errore di diritto scusabile, in quanto determinato da confusione amministrativa.

La norma di interpretazione autentica, infatti, vale proprio ad eliminare ogni dubbio sulla lettura di una già presente disposizione con effetto immediato e senza la necessità di ulteriori chiarimenti da parte di fonti, alle quali- come già rilevato- la Cassazione non ha attribuito rilevanza in ambito penale.

In ogni caso, le incertezze sono venute meno anche in ambito giurisprudenziale non solo grazie alla sentenza esaminata nei paragrafi precedenti, ma anche in ragione dei motivi espressi dalla Cassazione nel marzo 2010 nella sentenza nr. 12028.

Può, in altri termini, ritenersi definitivamente risolto, a favore del prenditore del credito, il problema della Commissione di massimo scoperto.

Allo stesso modo, le considerazioni, contenute nella sentenza del dicembre 2011, consentono di orientarsi con molta più tranquillità nella individuazione delle persone fisiche alle quali attribuire la condotta, fra le quali, per il ruolo di garanzia e per i connessi obblighi di controllo, non possono mancare gli organi di amministrazione.

Lo stesso collegio sindacale chiamato a svolgere, a seguito della riforma del diritto societario, un ruolo di controllo molto meno formale e molto più ancorato alle vicende gestionali non potrà essere ritenuto esente da censure in sede penale rispetto alle modalità di erogazione del credito.

Ed invero, le gravi irregolarità nella gestione che costituiscono il presupposto della denuncia al Tribunale ex articolo 2409 cc ben potrebbero riguardare, in ambito bancario, il credito erogato, con verifica della rispondenza di tale attività ai canoni generali contenuti nell'articolo 644 comma IV cp ed a quelli più specifici enunziati nella circolare della Banca d' Italia del 2009.

Non v'è dubbio, infatti, che eventuali illeciti commessi in tale contesto produrrebbero effetti pregiudizievoli, nella prospettiva risarcitoria, proprio nei confronti della società, in tal modo concretandosi un ulteriore presupposto applicativo dell'articolo 2409 cc, che potrebbe- in sede penale- essere apprezzato nell'ambito dell'articolo 40 cpv cp

La responsabilità di chi abbia predisposto i tassi da praticare, ma anche di chi- in sede periferica- dovesse averli praticati non può essere messa in dubbio tutte le volte che si sia al cospetto di soggetti professionalmente qualificati, dai quali- come evidenziato dalla Suprema Corte nella sentenza del dicembre 2011- si deve pretendere un grado di diligenza massima.

Tali considerazioni- frutto di un orientamento giurisprudenziale autorevolmente espresso, ma, tuttavia, ancor recente e non consolidato- lasciano aperto il dubbio, più volte affiorato in tale specifico ambito, particolarmente nel corso delle indagini (allorchè individuata la condotta si pone il problema di attribuirle a determinate persone fisiche) sulla utilità di un intervento legislativo finalizzato a qualificare l'usura in ambito societario (e non solo strettamente bancario) come un reato proprio da riferire a determinati soggetti individuati normativamente.

Si tratterebbe di adeguare la previsione rispetto a quanto accade nella contestazione di reati societari, fallimentari, bancari, il che, naturalmente, non impedirebbe- ricorrendone i presupposti- l'estensione della responsabilità ad amministratori di fatto o a concorrenti estranei.

Riteniamo che una eventuale specificazione dei soggetti cui può essere attribuito il reato di usura in ambito societario spetti- con previsione generale ed astratta- al legislatore e risulti di grande utilità nella fase della individuazione delle responsabilità.

Probabilmente renderebbe più agevole la ricerca degli stessi organi inquirenti, molto spesso chiamati ad estenuanti attese, originate proprio dalle banche, sulla ricostruzioni di organigrammi e strutture operative specializzate; quantomeno l'indagine potrebbe contare su un punto riferimento normativo, dal quale partire per la individuazione, in concreto, di ulteriori responsabili.

Lascia perplessi, inoltre, il tenore della circolare della Banca d' Italia dell'agosto del 2009, soprattutto nella parte in cui al punto C4 ha ritenuto di escludere dal calcolo dei tassi, accanto alle imposte e tasse (previsione a dire il vero del tutto inutile, in quanto già ben rappresentata nell'articolo 644 comma 4 cp) "le spese e gli oneri di cui ai successivi punti per la parte in cui non eccedano il costo effettivamente sostenuto dall'intermediario".

Seguono indicazioni, alquanto generiche, di spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi (ad esempio, perizie, certificati camerali, spese postali, spese di custodia pegno, nel caso di sconto di portafoglio commerciale, le commissioni di incasso di pertinenza del corrispondente che cura la riscossione) e, ancora, spese legali e assimilate.

Il riferimento a spese dall'importo molto variabile (perizie, onorari di avvocati, di notai, "spese legate all'entrata del rapporto in contenzioso) rende molto problematica la pur indispensabile valutazione della congruità degli importi.

Ancora, una volta, tuttavia, riemergono- al di fuori del TEG- spese palesemente collegate alla erogazione del credito e che, a rigore di legge, devono essere prese in considerazione per la determinazione del tasso usurario.

Risolto- dopo anni- il problema della inclusione della CMS, nato per ragioni oscure, pur in presenza di una norma penale chiarissima, la lettera b del punto C4 della circolare vigente promette di alimentare ulteriori contenziosi, palesandosi- ancora una volta- ed in relazione a molte delle spese esemplificativamente enunziate un aggiramento dei rigorosi limiti fissati da legislatore penale.

In ogni caso, sin da ora può prevedersi un aggravamento dell'onere dimostrativo ricadente sugli organi inquirenti, chiamati a valutare una pletora di voci di spesa, talora in assenza di parametri oggettivi di riferimento.

## **H. De iure condendo: la responsabilità amministrativa della persona giuridica**

Rispetto alla attribuibilità del fatto alla impresa bancaria, pur nella impossibilità di riconoscere la responsabilità in capo a determinate persone fisiche investite di compiti di amministrazione e rappresentanza, la Cassazione, nella sentenza commentata nr.46669 del 2011, ha fatto salvi i profili risarcitori evocando istituti e figure giurisprudenziali del codice civile.

In tal caso appare evidente ed apprezzabile l'intento di rimediare ad una incredibile lacuna del sistema che, inspiegabilmente, si protrae da almeno 11 anni.

Ci si riferisce alla mancata previsione del delitto di usura nell'elenco dei reati idonei a consentire la contestazione dell'illecito amministrativo alla persona giuridica ai sensi del Dlvo 231/01- nel tempo estesosi sempre più fino a ricomprendere un reato odioso, ma certamente di non frequente commissione quale la pratica della mutilazione degli organi genitali femminili (articolo 25 quater1).

La lacuna nel sistema è vistosa e- a distanza di anni- sempre più inaccettabile.

Non v'è dubbio, infatti, che la persona fisica agisca- nell'ambito della impresa bancaria- nell'interesse esclusivo di quest'ultima, così come richiesta dall'articolo 5 del Dlvo 231/01. Anzi tale argomento- l'aver agito senza perseguire un vantaggio patrimoniale diretto e personale- ha costituito- nell'ambito della esperienza professionale maturata- l'argomento difensivo più abusato dalle difese di amministratori di banche tratti a giudizio.

Va ricordato, al fine di comprendere a pieno, la gravità del vuoto normativo che, ai sensi dell'articolo 8 del Dlvo 231/01:

la responsabilità dell'ente sussiste anche quando:

- a) L'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;
- b) Il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia.

Ad avvalorare la portata della lettera b), va senz'altro richiamato l'articolo 22 comma IV secondo cui: "se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio", il quale, evidentemente- richiamando un principio civilistico- pone al riparo l'illecito amministrativo da ogni rischio di estinzione (sempre incombente, pur con l'innalzamento del limite editale introdotto nel 2005, particolarmente nei gradi del processo successivi al primo).

L'eventuale ed auspicabile inclusione del delitto di usura fra i reati che possono sorreggere l'illecito amministrativo della persona giuridica consentirebbe di applicare alla usura bancaria:

- 1) strumenti di cautela molto efficaci (si pensi alla nomina di un commissario giudiziale);
- 2) il regime del sequestro del profitto finalizzato alla confisca su altri beni nella disponibilità dell'azienda per importo equivalente (in tal modo ampliando la cautela prevista nell'articolo 644 comma VI cp);
- 3) il particolare e speciale regime sanzionatorio premiale previsto dagli articoli 12, 17 e, in sede cautelare dall'articolo 49 e dall'articolo 50, che prevede, in generale, una rilevante attenuazione delle conseguenze restrittive, collegate a provvedimenti di condanna o di sequestro, in presenza:
  - 4)
    - a) dell'integrale risarcimento del danno da parte dell'ente e della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato,
    - b) della eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi;
    - c) la messa disposizione da parte dell'ente del profitto conseguito ai fini della confisca.

Vincenzo Senatore