

LE ISTRUZIONI DELLA BANCA D'ITALIA NEL SISTEMA DELLE FONTI. RIFLESSIONI SU C.M.S. E MORA.

DOTT. ENRICO ASTUNI (MAGISTRATO, TRIBUNALE DI TORINO)

1. Le fonti secondarie come “norme tecniche autorizzate”. Usi e abusi giurisprudenziali della formula.

L'impianto della legge 108 è abbastanza noto perché io debba esaminarlo *ex professo*. L'art. 644 c.p. (introdotto dall'art. 1 legge n. 108) riserva alla legge di fissare il tasso “oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”. A sua volta la legge (art. 2 ult. comma) individua il tasso-soglia come TEGM aumentato del 25% + 4 .p.p. (era del 50% fino a luglio 2011) e rinvia alla fonte secondaria (d.m.) per:

- classificazione su base annuale delle operazioni creditizie per classi omogenee (natura, oggetto, importo, durata, rischi, garanzie). Nella prassi tuttavia, il d.m. individua soltanto le categorie delle operazioni creditizie e affida alla Banca d'Italia l'articolazione per classi di importo, durata ecc.
- dichiarazione trimestrale del TEGM distinto per classi omogenee, sulla base delle rilevazioni della Banca d'Italia. Il TEGM comprende “commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari”.

A sua volta art. 3 d.m. prescrive a banche e intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia (2 co. 4 legge n. 108) di attenersi ai criteri di calcolo delle “istruzioni per la rilevazione del TEGM” emanate dalla Banca d'Italia¹.

Quindi. Le “Istruzioni” devono essere utilizzate: 1) per la segnalazione dei tassi medi rilevati, divisi per classi omogenee, ai fini della dichiarazione con d.m. dei TEGM medi validi per il trimestre a venire; 2) per la verifica del TEG della singola operazione creditizia, a fini di *compliance* alla normativa anti-usura (art. 3 d.m.).

Operazioni diverse. Strumento della rilevazione statistica (art. 2 legge n. 108) e verifica della legittimità della singola operazione (art. 3 d.m.). L'una vuole essere fotografia, per quanto è possibile fedele, del mercato creditizio italiano, l'altra appartiene già al piano del dover-essere normativo: - se il contratto riceve protezione giuridica (1815); - se il contratto integra fatto materiale di reato (644).

In questo duplice uso delle “Istruzioni” si annida il germe di un fraintendimento. Che TEGM e TEG (TEGM + cuscinetto) siano non soltanto due grandezze omogenee – e lo sono, ma vedremo poi in quale senso limitato – ma siano altresì perfettamente sovrapponibili. E che quindi le “Istruzioni” comandino e orientino anche la verifica (giudiziale) della legalità del contratto di credito *sub specie* di rispetto del tasso soglia.

In termini ancor più netti: “quel che non entra nel TEGM, non può entrare neppure nella verifica giudiziale del tasso soglia”, perché le “Istruzioni” (*amplius* il compendio delle fonti secondarie) sono “norme tecniche autorizzate”, previste dalla normativa primaria, necessarie per dare uniforme applicazione all'art. 644 c.p. e

¹ L'ultima edizione risale, come noto, ad agosto 2009, ma c'è anche una vasta produzione di FAQ e perfino comunicati stampa (come quello del 2.12.2005).

pertanto cogenti (Trib. Milano 3.6.2014 e 21.10.2014²; conformi Trib. Ferrara 2.7.2014; più di recente Trib. Avezzano 21.1.2015).

Questo fraintendimento s'è esercitato in modo eclatante su c.m.s. (“rilevata separatamente” fino all’agosto 2009 e quindi in tesi non rilevante ai fini del rispetto del tasso soglia) e tasso di mora (non rilevato su base sistematica neppure oggi e quindi in tesi estraneo alla verifica di usurarietà).

A me pare che questo sia un fraintendimento. Ma per dimostrarlo occorre allargare un po’ l’orizzonte.

2. Il rapporto tra TEGM e TEG alla luce dell’art. 644 c.p.

Operazioni escluse. Immergendosi nella lettura delle “Istruzioni” l’interprete verifica che la Banca d’Italia esclude determinate tipologie di operazioni creditizie dalla rilevazione statistica, “ma non dall’applicazione della Legge 108/96” (par. B2).

1) Operazioni in valuta. 2) Posizioni classificate a sofferenza. 3) Crediti ristrutturati. 4) Operazioni a tasso agevolato. 5) Operazioni a tassi di favore. ... 9) Finanziamenti infragruppo.

È evidente qual è il tratto comune delle operazioni non rilevate. Esiste un elemento di specialità non suscettibile di essere generalizzato. Tale quindi da inquinare, con prognosi *ex ante*, la serie dei dati rilevati alterando la rappresentazione fedele, il *fair picture* del normale prezzo praticato alla normale clientela.

a) Crediti difficili. Posizioni classificate a sofferenza, crediti ristrutturati, finanziamenti revocati.

b) Crediti agevolati o di favore, compresi i finanziamenti interni al gruppo.

c) Finanziamenti denominati in valuta. Il tasso è funzione della divisa in cui è espressa l’obbligazione. Non è un caso se negli anni ’90 e ancora recentemente molti consumatori hanno trovato allettante indebitarsi in ECU o DEM e oggi in CHF, al fine di sforniciare di qualche punto il tasso, esponendosi (disastrosamente) al rischio di cambio.

L’eterogeneità è evidente. Legittimamente la Banca d’Italia ha operato una scelta *ad excludendum*, lasciando fuori dal perimetro rilevato del costo fisiologico del credito le ali estreme e irregolari, al rialzo (crediti difficili), vuoi al ribasso (crediti agevolati o in valuta forte).

Nondimeno tutte queste operazioni sono – e lo ribadisce la stessa Banca d’Italia – soggette all’applicazione della legge n. 108. Quindi dovranno essere scrutinate, ai fini della verifica di legalità, utilizzando un TEGM che è stato formato dichiaratamente ignorandole.

Interessi di mora. È un passaggio quasi consequenziale al primo. La Banca d’Italia esclude dalla rilevazione lo *spread* di mora applicato ai fini del TEGM. E ci mancherebbe altro ! Se le “Istruzioni” sono lo strumento per

² “Istruzioni” oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate, posto che da un lato l’attribuzione della rilevazione dei tassi effettivi globali alla Banca d’Italia è stata via via disposta dai vari decreti ministeriali annuali che si sono succeduti ... per la classificazione in categorie omogenee delle operazioni finanziarie, e dall’altro i decreti ministeriali trimestrali con i quali sono resi pubblici i dati rilevati, all’art. 3 hanno sempre disposto che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia, si attengono ai criteri di calcolo indicati nelle Istruzioni emanate dalla Banca d’Italia. Le Istruzioni in parola sono pertanto autorizzate dalla normativa regolamentare e sono necessarie per dare uniforme attuazione al disposto della norma primaria di cui all’art. 644 quarto comma c.p.

rilevare il costo fisiologico per accedere al credito bancario, è evidente che non c'è voce più estranea (patologica) che il tasso di mora.

L'esclusione della mora (e direi anche dei crediti "difficili") si traduce anche in un effettivo "calmiero" del mercato creditizio, nella misura in cui evita l'inquinamento del TEGM con tassi (quasi per definizione) sopra la media che, se rilevati, porterebbero un aumento del TEGM e quindi, per il tramite dei coefficienti (1,5; 1,25 + 4 p.p.), del tasso soglia.

Di passaggio noto che, anche in base alla normativa secondaria sul credito al consumo (d.m. Tesoro 8.7.1992 e d.m. Economia 6.5.2000), la mora non entra nel perimetro del TAEG. Lì tuttavia per ragioni intuitivamente diverse, visto che il TAEG (ISC) è elemento di informazione precontrattuale e quindi non può che rappresentare gli oneri da sostenere per utilizzare il credito (normalmente). Il momento della inesecuzione del contratto resta dunque fuori dall'ambito dell'informazione.

Non può dirsi altrettanto con riguardo alla legge anti-usura. Se infatti il rispetto del tasso-soglia deve essere verificato avuto riguardo al contratto come eseguito, l'interesse di mora, non contemplato nella rilevazione del TEGM non è perciò solo estraneo alla verifica del TEG, in quanto si ritenga, in linea con uno stabile indirizzo di legittimità, costo collegato all'erogazione del credito³.

Esclusioni in conflitto con art. 644 c.p.: il caso dei premi di polizza. In altri casi, invece, la mancata rilevazione nel TEGM (*rectius l'esclusione*) di voci di costo che rientravano, a tutti gli effetti, nella fisiologia del rapporto ha determinato una sottostima, talora marcata, del costo del denaro, rispetto al parametro di legge ("commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito").

È il caso, anzitutto, di certi premi di polizza assicurativa. Caso indubbiamente singolare, perché il premio di polizza normalmente rientra nel calcolo del TEGM (cfr. Istruzioni febbraio 2006, C4 sub 5: "le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore, intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito"), eccettuati quelli:

- che rispondono a un obbligo 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" (anche qui in effetti esiste norma di legge che prevede l'obbligatorietà dell'assicurazione sulla vita e contro i rischi di impiego: art. 54 D.P.R. 5.1.1950 n. 180⁴).

A ben vedere, però, benché obbligatoria per legge, l'assicurazione, se è intesa a garantire alla banca/intermediario finanziario il rimborso del finanziamento, rappresenta pur sempre un costo inerente

³ Indirizzo stabile da Cass. 22.4.2000 n. 5286 a Cass. 19.1.2013 n. 350.

⁴ Le cessioni di quote di stipendio o di salario consentite a norma del titolo II e del presente titolo devono avere la garanzia dell'assicurazione sulla vita e contro i rischi di impiego od altre malleverie che ne assicurino il ricupero nei casi in cui per cessazione o riduzione di stipendio o salario o per liquidazione di un trattamento di quiescenza insufficiente non sia possibile la continuazione dell'ammortamento o il ricupero del residuo credito (1).

Non è consentito prestare garanzia in favore del cedente mediante cessione, da parte di altro impiegato o salariato di pubblica amministrazione, di una quota del proprio stipendio o salario.

Gli istituti autorizzati a concedere prestiti ai sensi del presente titolo non possono assumere in proprio i rischi di morte o di impiego dei cedenti, ad eccezione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni e delle società di assicurazione.

alla concessione di credito. Anzi è addirittura una *condicio sine qua non* ed è comunque contestuale⁵. Ovviamente non è riducibile al *genus* delle “imposte e tasse” e quindi non può beneficiare della clausola di esonero ex art. 644 c.p.

Aggiungiamo che l’esclusione è tanto meno plausibile – non ha neppure l’effetto di occultare costi al cliente – perché il costo del finanziamento, comprensivo della polizza assicurativa, risulterà con ogni probabilità evidenziato nel TAEG, dove questa distinzione tra polizze comprese ed escluse manca.

Significativamente, come nel caso (più noto) della c.m.s., anche qui la Banca d’Italia ha cambiato indirizzo nel passaggio dalle “Istruzioni” del febbraio 2006 a quelle dell’agosto 2009. Il nuovo testo (C4 sub 5) include nel TEGM “le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore (ad es. polizze per furto e incendio sui beni concessi in leasing o in ipoteca), se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente” e quindi, in definitiva, lascia fuori soltanto quelle polizze (R.C. auto) che, pur essendo obbligatorie, non servano a coprire il rischio di credito.

Quell’esclusione, indebita e irragionevole, ha comunque dato luogo a un certo contenzioso. Si può osservare che, mentre App. Torino 20.12.2013 e App. Milano 22.8.2013 hanno confermato le sentenze di primo grado che avevano riconosciuto lo sforamento del tasso soglia – il caso di App. Torino è emblematico perché evidenzia l’incidenza della polizza: a fronte di un TEG dichiarato dell’8% circa, l’inclusione della polizza portava il costo inherente al 22% circa – la posizione dell’ABF⁶ è invece orientata ad applicare le “Istruzioni” vigenti *ratione temporis*, con conseguente esclusione del premio di polizza dalla verifica del TEG e salvezza del contratto.

A mio modo di vedere il punto, ragionando sulle “Istruzioni” ante 2009, non è l’obbligatorietà dell’assicurazione. Il punto è invece l’inerenza al costo del credito e l’affrancamento dal controllo anti-usura che determina quella singolare esclusione.

Questo è il primo vero conflitto che analizziamo tra fonte primaria e secondarie⁷. A mio modo di vedere il conflitto si presenta qui in modo ancor più lineare che nel caso della c.m.s., poiché il “costo inherente” non è “rilevato separatamente”, ma proprio escluso.

L’emersione del conflitto sollecita una domanda. Se l’art. 644 c.p. contenga una delega, espresa o implicita, al compendio di fonti secondarie per la individuazione delle voci di costo inerenti alla concessione di credito oppure sia norma completa e autosufficiente (almeno per quanto concerne il profilo dei costi rilevanti).

L’autosufficienza dell’art. 644 c.p. L’art 644 c.p. è una norma penale soltanto parzialmente “in bianco”, nella parte in cui descrive la fattispecie dell’usura c.d. oggettiva.

⁵ Cfr. App. Torino 20.12.2013 (Pres. Grimaldi, est. La Marca) su *Il caso.it*

⁶ ABF Roma decisione n. 1137 del 28.2.2013. Conformi: ABF Roma decisione n. 620/1012; ABF Milano decisione n. 2860 del 3.9.2012; ABF Milano decisione n.4819 del 20.9.2013. Evidentemente, per quel che si dirà infra in merito al valore delle “Istruzioni”, non posso convenire con quest’indirizzo.

⁷ Non c’è conflitto con riguardo alle operazioni escluse, che *ex se* continuano a restare assoggettate alla legge n. 108, né con riguardo agli interessi di mora, che non avrebbero comunque potuto essere ragionevolmente comprese nella determinazione di un TEGM inteso a rilevare il costo fisiologico medio del credito.

Il nucleo dell’incriminazione è descritto in modo compiuto nella norma penale, senza alcun rinvio a fonti secondarie – “farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari”.

Neppure si può dire che la fonte ministeriale sia delegata dalla norma primaria a individuare le voci di costo rilevanti ai fini della verifica di legalità del tasso. L’art. 644 co. 4 prevede che “per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese” senza fare rinvio a un aggregato di costi predeterminato dai d.m.: criterio funzionale e autosufficiente⁸.

L’art. 2 legge n. 108 seppure prescrive alla fonte secondaria di considerare “interessi commissioni spese” inerenti la concessione del credito, tuttavia riguarda la rilevazione statistica e non la verifica di legalità. E questo è il punto.

Una rilevazione statistica implica di fare una cernita, darsi griglie di organizzazione dei dati. È chiaro che, a questi effetti, Banca d’Italia esercita discrezionalità tecnica e opera scelte (così anche Cass. pen. 12028/2010 e Cass. pen. 46669/11) per rappresentare con un numero (per categoria, importi ecc.) il normale andamento del mercato nel trimestre.

Restano fuori operazioni anomale (crediti difficili agevolati in valuta) oppure scarsamente significativi (conti con utilizzo 0 nel trimestre). Resta fuori ciò che palesemente appartiene al momento patologico del rapporto (mora).

Questo vale però, appunto, ai fini del TEGM. Nessuna norma primaria stabilisce un raccordo tra le Istruzioni (valide ai fini statistici) e il TEG così da circoscrivere il perimetro dei costi rilevanti a quelli soli considerati ai fini TEGM.

Esiste per vero una norma secondaria. È l’art. 3 d.m. che ha la pretesa di chiudere il cerchio TEGM-TEG prescrivendo alle banche di verificare la legittimità del tasso utilizzando le Istruzioni della Banca d’Italia. È sufficiente dire che questa norma, se ha per effetto di restringere il perimetro di rilevanza dei “costi inerenti” viene a trovarsi in conflitto con l’art. 644 c.p.

Quindi l’art. 644 c.p. è bensì norma penale in bianco, ma soltanto nel senso che non può operare senza la pubblicazione in d.m. del TEGM da cui rilevare il tasso-soglia. Il tasso medio pubblicato vale però in quanto tale e non in funzione dell’aggregato di costi contemplato dalla Banca d’Italia e sintetizzato in quel dato.

Confutazioni : 1) L’argomento dell’omogeneità. “Non è possibile confrontare mele con pere: considerare ai fini del tasso soglia grandezze non contemplate nella rilevazione del TEGM”. Vale quanto abbiamo detto prima. Il d.m. non è un listino prezzi, come i vecchi provvedimenti del C.I.P. anni ‘70, organizzato per voci di costo. Del lavoro di elaborazione dei dati ciò che l’art. 644 c.p. recupera e recepisce è il risultato di sintesi, il numero finale che esprime il costo medio. Nel fuoco di questa sintesi si consumano e perdono di rilevanza le singole voci.

Sulla base di questo costo medio, incrementato del “cuscinetto” (50% o 25% + 4 p.p.), la banca può modulare l’offerta di credito fissando liberamente interessi, commissioni e spese, purché appunto il risultato finale non superi la soglia.

⁸ Il *nomen juris* è espressamente tenuto per irrilevante, visto che la remunerazione entra nel calcolo del tasso usurario “a qualsiasi titolo” (art. 644) e “comunque denominata” (art. 2-bis comma 2 del d.l. 185/2008), purché sia onere funzionalmente collegato all’erogazione del credito.

TEGM e TEG sono dunque omogenei, ma soltanto nel senso che unico è il criterio normativamente previsto di rilevanza, ossia l'inerenza alla concessione di credito.

2) L'argomento della non manifesta irragionevolezza delle scelte di Banca d'Italia. Quest'argomento è stato seguito da una parte (la più parte) del Tribunale di Torino ed è implicito nelle posizioni giurisprudenziali da cui ho preso le mosse che attribuiscono alle Istruzioni la natura di "norme tecniche autorizzate".

La questione è mal posta. Siamo d'accordo che la Banca d'Italia esercita discrezionalità tecnica. Ma il punto è precisamente un altro, qual è l'oggetto su cui questa discrezionalità deve esercitarsi. L'art. 2 co. 1 è chiarissimo: si tratta della rilevazione del TEGM e non c'è una cinghia di trasmissione normativa che dia a Banca d'Italia il potere di fissare i "costi inerenti" con determinazioni di inclusione/esclusione (in tesi) vincolanti per il giudice.

Quindi è un *nonsense* parlare di eccesso di potere (questa è la patologia dell'atto amministrativo evocata dalla "non manifesta irragionevolezza") perché *in primis* non c'è un potere. Il giudice potrebbe anche accogliere le esclusioni di Banca d'Italia, ma non può argomentare tramite semplice *relatio* alle Istruzioni (che non sono fonte normativa ai fini dell'art. 644 c.p.), ma deve entrare nel cuore della norma primaria e argomentare l'estranchezza del costo alla concessione del credito. Impresa già titanica per le polizze vita (sono *condicio sine qua non* del prestito) e impossibile per la c.m.s. (tanto manifestamente collegata all'erogazione del credito, da essere rilevata, sia pure separatamente).

3) L'argomento della sanatoria per via legislativa (art. 2-bis co. 2 del 29.11.2008 n. 185). Norma nota e molto utilizzata a difesa della separata rilevazione della c.m.s. (e dell'esclusione delle polizze vita). Si sostiene questa tesi:

- la legge avrebbe riformulato il criterio di rilevanza di "interessi commissioni e provvigioni comunque denominate" e delegato a d.m. l'emanazione di disposizioni transitorie "*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*".

Il punto è la (declamata) "novità" della nuova definizione. Che a me pare semplicemente non sussistere. Se l'intento si può intuire (fare salva la separata rilevazione della c.m.s.; vedi comma 1), la formulazione normativa è talmente opaca, incolore da tradursi in una ripetizione quasi pedissequa dell'art. 644 co. 4 e dell'art. 2 legge n. 108: "*Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca ... sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 del codice civile, dell'art. 644 del codice penale e degli artt. 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108*".

In conclusione. È indubbio l'imbarazzo dell'interprete di fronte all'evidente disallineamento tra la verifica empirica dell'inerenza al credito e le Istruzioni. Non sorprende che in una fase di tardo capitalismo finanziario e tecnocrazia si manifesti un'incertezza nel sistema delle fonti del diritto: seguire la legge oppure le Istruzioni di Banca d'Italia? quell'incertezza è una spia della distanza tra la Costituzione scritta e quella che Carl Schmitt chiamava Costituzione materiale.

Comunque sia, il giurista positivo non può che risolvere il dilemma prendendo atto che il nodo esiste e non può essere sciolto; deve essere invece tagliato d'autorità disapplicando perché in violazione di legge l'art. 3 d.m. nella parte in cui prescrive alle banche di verificare il TEG utilizzando le Istruzioni della Banca d'Italia.

3. L'argomento “equitativo” dell’incremento e/o ricalcolo del tasso soglia in funzione della “separata rilevazione”: il c.d. regime del margine.

Nota di dicembre 2005 della Banca d’Italia: se la banca applica la c.m.s., si verifica usura in caso di superamento della c.m.s. soglia (TEGM *1,5), a meno che non residui un margine utile sul tasso soglia che vada a compensare lo scarto.

Singolarmente il metodo non viene riproposto e neppure accennato nelle Istruzioni del febbraio 2006. Altrettanto singolarmente, è scarsamente praticato dalla giurisprudenza che afferma la necessità di riferirsi alle Istruzioni della Banca d’Italia ed escludere la c.m.s. dal computo del tasso soglia ante agosto 2009. A me pare che in questo modo la c.m.s., separatamente rilevata, finisce proprio per finire fuori dal perimetro di qualsivoglia verifica, in patente violazione dell’art. 644 c.p..

A me pare che il regime del margine, pur essendo finanziariamente corretto⁹, sia giuridicamente incompatibile con un dato, evidente e insuperabile, della legge n. 108, ossia che il tasso-soglia non può che essere unico e omnicomprensivo (per classe di rilevamento nell’unità di tempo).

Viceversa, il regime del margine introduce due distinte soglie, secondo che la banca abbia applicato al singolo rapporto la c.m.s. (avvantaggiandosi dunque della c.m.s. soglia) oppure no, con evidente e irrazionale disparità di trattamento.

Anche in tal caso il conflitto non può che risolversi con la non applicazione:

- della separata rilevazione della c.m.s.
- del regime del margine.

Caduta la clausola di esclusione/separata rilevazione, la c.m.s. rientra d’autorità nella verifica del TEG come costo manifestamente collegato all’erogazione del credito e deve essere verificata in punto legittimità avendo riguardo all’ordinario TEGM + cuscinetto.

4. Brevi notazioni sugli interessi di mora.

La maggiorazione 2,1%

Non può trovare applicazione la maggiorazione 2,1% (pur applicata da una parte della giurisprudenza di merito). La rilevazione non risponde ai canoni di legge: fatta nel 2002, mai più ripetuta, senza suddivisione in classi di operazioni creditizie. È perfino poco plausibile se si considerano i tassi di mora normalmente applicati.

Gli interessi di mora tra codice del consumo e legge anti-usura

Nell’elenco di clausole abusive, che si presumono vessatorie, ergo inefficaci, salvo prova di trattativa individuale rientra anche

art. 33 lett. f) *imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo;*

⁹ Risulta utilizzato dal C.T.U. proveniente dalla Banca d’Italia nel processo penale definito con sentenza n. 1732/07 del G.U.P. Palmi.

Ora, la clausola degli interessi di mora è una penale, vuoi seguendo la giurisprudenza della Corte UE (CGUE 14.6.2012, C-618/10, *Banco espanol de credito*) vuoi in quella dell'ABF (Collegio di coordinamento 24.6.2014 n. 3955; 28.3.2014 n. 1875) e pertanto, se manifestamente eccessiva, risulterà affetta da nullità¹⁰.

Il precedente *Banesto* offre anche una risposta interessante a un problema di coordinamento, tra il rimedio della manipolazione conservativa del contratto (in Italia cfr. art. 1384 c.c.) e la sanzione di nullità per violazione della direttiva 93/13 (art. 33 cod. consumo). Teoricamente sono possibili due diverse letture.

Il potere di riduzione a equità impedisce al giudice di fare una valutazione di abusività della clausola. Oppure la manifesta eccessività, ergo l'abusività, comporta la nullità della clausola senza che residui spazio per un'applicazione mitigata.

Nel caso *Banesto*, il contratto di mutuo (credito al consumo per acquisto di un autoveicolo destinato a «soddisfare le necessità familiari») prevede TAN 7,950%, il TAEG all'8,890% e il tasso degli interessi moratori, ben nascosto in mezzo a una selva di altre clausole generali, è fissato al 29% (spread di oltre 20 p.p.).

In fase di ingiunzione, il giudice dichiara la manifesta eccessività della penale per mora e ordina alla banca di ricalcolare penale al tasso moratorio legale del 19%. La banca reclama quest'ordinanza e il giudice di appello si interroga se, rilevata l'abusività della clausola penale, il giudice possa legittimamente esercitare un potere di manipolazione del contratto, riconduzione a equità (cfr. art. 1384 c.c.). Solleva la questione pregiudiziale.

La Corte di giustizia risponde così: la dir. 93/13 prevede una nullità parziale. Il contratto ha effetto tra le parti, a eccezione della clausola abusiva (che è nulla, inefficace, non vincolante.). Non prevede, e non consente, alcuna operazione di riconduzione a equità della clausola. Ergo non sono applicabili per contrarietà al diritto comunitario le norme (come l'art. 1384) che consentono al giudice di conservare, con contenuto ridotto, una clausola abusiva.

Ratio decidendi. La funzione dissuasiva della norma. Sembra utile riportare le conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Banesto*.

La prospettiva che i motivi d'inefficacia del contratto siano sanati e l'esiguità dei rischi incorsi dal professionista potrebbero produrre un effetto contrario a quello voluto dal legislatore europeo. Tali fattori potrebbero indurre il professionista semplicemente a «tentare la fortuna» inserendo nel contratto quante più clausole abusive possibile, nella speranza che gran parte di esse sfuggano all'attenzione del giudice nazionale.

C'è un mutamento di paradigma che è interessante registrare.

Il diritto delle codificazioni borghesi dell'800 e '900, cui appartiene anche il nostro c.c. 1942, vive di misura e proporzione. Anche quando la clausola è dichiarata nulla per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico economico ecc., l'ordinamento nega protezione giuridica a quel *surplus* rispetto a ciò che la parte legittimamente poteva pretendere. La penale eccessiva si riduce a equità, perfino il contratto usurario genera interessi legali. Operano cioè tecniche di integrazione del contratto (equità giudiziale, diritto dispositivo).

La politica di deterrenza esige viceversa una reazione non proporzionata, ma smisurata rispetto alla violazione consumata. Non soltanto è negata protezione giuridica alla clausola nulla (penale eccessiva), ma il

¹⁰ Come si dovrà valutare la manifesta eccessività della penale ? ABF 28.3.2014 n. 1875 (in tema di apertura di credito in c/c) nega rilievo al 2,1% ma ha comunque buon gioco nel giudicare la manifesta eccessività della penale visto che il TEG è 5% e il tasso di mora il 16%. Lo spread è di 11 p.p. !! A fortiori se l'interesse moratorio determina lo sconfino dal tasso soglia potrà ritenersi manifestamente eccessivo.

predisponente non può neppure esigere ciò che avrebbe potuto esigere restando nei confini della liceità. Il caso più eclatante di questo “diritto smisurato di protezione” è l’art. 1815 cpv. c.c. che sancisce la gratuità del contratto usurario: di fronte al quale l’unica plausibile risposta, da parte del ceto bancario, intesa a recuperare misura e proporzionalità, consiste nella contrattualizzazione generalizzata della clausola di salvaguardia (o “cimatura”).

Come si coordina l’art. 33 lett. f) con la legge anti-usura ?. Se cioè la rilevata nullità della penale determini un alleggerimento dell’onere rilevante ai fini della verifica dell’usura. È mio convincimento, tuttavia, che il sistema rimediale è tendenzialmente inclusivo. Il consumatore farà valere l’art. 33 quando la penale è in se manifestamente eccessiva ma non si verifica superamento del tasso soglia. Si avvarrà invece dell’art. 1815 c.c. se la banca ha addebitato interessi complessivamente (tra corrispettivi e moratori) superiori al tasso soglia.

5. Metodi di calcolo

In specie, le Istruzioni della Banca d’Italia (anche prima della versione dell’agosto 2009 che ha inserito la c.m.s. nel calcolo del TEGM) hanno sempre tenuto distinte (vedi C3) due grandi categorie di operazioni creditizie.

Per quelle con utilizzo rotativo e flessibile di un plafond di credito (apertura in c/c, linee di anticipo fatture/documenti, factoring, credito revolving) la formula per il calcolo del TEG è la seguente

$$(INTERESSI * 36.500 / NUMERI DEBITORI) + (ONERI*100 / ACCORDATO)$$

dove i "numeri debitori" sono dati dal prodotto dei "capitali" (recte dei saldi passivi) per il numero dei giorni, mentre per "accordato" si intende il "limite massimo del credito concesso dall’intermediario segnalante sulla base di una decisione assunta nel rispetto delle procedure interne, direttamente utilizzabile dal cliente in quanto riveniente da un contratto perfezionato e pienamente efficace" (così il par. B4 delle Istruzioni, sostanzialmente invariate sullo specifico punto nel corso degli anni).

Il dato qualificante è la variabilità di utilizzo (da 0 fino all’accordato) nel tempo della linea di credito. Ciò dipende dalla facoltà del cliente di disporre del fido, e di ripristinare il fido una volta utilizzato, secondo le sue esigenze finanziarie.

La variabilità di utilizzo del fido non determina particolari difficoltà quando si esamina il primo addendo della formula. Infatti l’utilizzo della provvista, e il mancato ripristino del fido utilizzato, aumenta l’esposizione debitaria, quindi i “numeri debitori” (sommatoria di saldi giornalieri passivi) e gli interessi stessi (conteggiati sui numeri debitori nei riassunti scalari): in definitiva l’utilizzo del fido è direttamente correlato sia al numeratore sia al denominatore della frazione.

Viceversa gli “oneri” (spese e commissioni collegate all’erogazione del credito) non sono direttamente correlati alla somma utilizzata e alla durata di utilizzo: in definitiva ai numeri debitori. Quando pure siano correlati alla somma utilizzata (come la c.m.s.: vedi infra) non sono però correlati alla durata, visto che la c.m.s., per come è stata declinata nella prassi bancaria fino all’art. 2-bis legge n. 2/2009 – ne ha sancito la nullità “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” – è remunerazione collegata all’intensità di utilizzo del credito, indipendentemente dalla sua estensione nel tempo.

La mancanza di correlazione diretta tra “oneri” e “numeri debitori” dà parvenza di ragionevolezza alla scelta, compiuta dalle Istruzioni della Banca d’Italia, di tenere distinti, ai fini del calcolo del TEG nei fidi a utilizzo variabile nel tempo, “interessi” e “oneri”, commisurando questi ultimi (non già all’utilizzato ma) al parametro dell’accordato, tendenzialmente invariante nel tempo e indipendente dalle scelte discrezionali del cliente.

Anche in tal caso, la scelta di metodo opera come “calmiere” anzitutto in fase di rilevazione del TEGM.

Infatti, se così non fosse, il cumulo di interessi e oneri determinerebbe proprio sui conti meno utilizzati e solo saltuariamente scoperti (quindi con numeri debitori molto bassi) una artificiosa e aberrante lievitazione del costo del credito, che si tradurrebbe nell’esposizione di un più elevato TEGM.

A riprova, le Istruzioni della Banca d’Italia prevedono bensì una formula di calcolo del TEG che non distingue “interessi” e “oneri”. Questa formula tuttavia, analoga a quella del TAEG (vedi D.M. Tesoro 8.7.1992, integrato dal D.M. Economia 6.5.2000, in materia di credito al consumo), riguarda in definitive le sole operazioni per le quali è previsto un rimborso graduale del finanziamento (mutui, prestiti personali e leasing).

In questi casi, infatti, la misura dell’esposizione debitoria, dall’erogazione fino al rimborso integrale, viene fissata, in genere alla conclusione del contratto, nel piano di ammortamento. Anche se il debitore non sia tenuto all’osservanza di un rigido piano di rimborso, in ogni caso il capitale a scadere viene a esprimere, momento per momento, sia la base di calcolo su cui maturano interessi corrispettivi de die in diem (utilizzato), sia il “limite massimo del credito concesso” (accordato), giacché non è prevista alcuna rotatività nell’utilizzo del credito.

In conclusione.

A me non pare che la legge n. 108 abbia fatto una chiara opzione a favore del TAEG o di un metodo assimilabile, non vedo questa scelta in particolare nella formula legislativa “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” che indica il perimetro di rilevanza, ma non il metodo di calcolo.

6. Conclusioni sul valore delle “Istruzioni”

a) Sono vincolanti per le banche, intermediari finanziari in fase di rilevazione del TEGM.

b) Rappresentano *guidelines* per l’interprete (sistema bancario, autorità giudiziaria) in fase di verifica del rispetto della legge anti-usura, al fine di verificare costi inclusi e esclusi, ossia la ricorrenza del “collegamento all’erogazione del credito”. Non possono pretendere di assumere, tuttavia, valore vincolante, sia perché esistono costi collegati ma non rilevati (non c’è perfetta sovrappponibilità), sia perché l’art. 644 co. 4 è norma completa, autosufficiente per quanto concerne la determinazione dei costi rilevanti ai fini del TEG (“interessi, remunerazioni, commissioni comunque denominate collegate all’erogazione del credito”).

c) Nel conflitto tra fonti primaria e secondarie, cadono e devono essere disapplicati i d.m. anteriori a quello 1.1.2010 (e le “Istruzioni” anteriori all’agosto 2009), nella parte in cui prevedono:

- la separata rilevazione della c.m.s. (violazione del principio di unicità e onnicomprensività del tasso-soglia)
- l’obbligo delle banche di verificare il rispetto del tasso-soglia (art. 2 co. 4 legge n. 108) attenendosi alle “Istruzioni” e quindi lasciando la c.m.s. fuori dal TEG (art. 3 d.m.).

Caduta la norma di esclusione, il tasso soglia deve essere verificato in base al solo TEGM * 1,5, comprendendo nei costi anche c.m.s. e premi polizza (come costi manifestamente collegati all'erogazione del credito) e senza che sia possibile recuperare la “separata rilevazione” della c.m.s. per il tramite del c.d. regime del margine.

d) Non sussiste viceversa conflitto tra fonti primaria e secondarie per quanto concerne la formula di calcolo.