

CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE E GIURISPRUDENZA NORMATIVA: BREVI RIFLESSIONI SU ALGORITMO DI CALCOLO E COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO NELL'USURA BANCARIA

di Claudio De Lazzaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'usura bancaria e le principali problematiche applicative. – 3. Il delitto di cui all'art. 644 c.p. e la tecnica di formulazione della norma incriminatrice. – 4. Principio di tassatività e disapplicazione in *malam partem* dei decreti ministeriali: i limiti della pronuncia n. 46669 del 2011 della Suprema Corte sulle commissioni di massimo scoperto. – 5. La teoria delle grandezze omogenee ed il recente *revirement* della giurisprudenza civile della Cassazione. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il presente contributo intende offrire una valutazione critica delle problematiche interpretative di maggior momento inerenti il tema dell'usura bancaria, e segnatamente quelle relative ai meccanismi di calcolo del tasso di interesse, in funzione di un'analisi sulla compatibilità degli indirizzi ermeneutici elaborati nella giurisprudenza di merito e di legittimità con i principi fondamentali del diritto penale.

Appare chiaro, invero, come nell'usura il problema dei limiti all'eterointegrazione del precetto imponga un'attenta riflessione sulla coerenza della norma con il principio di stretta legalità nelle sue principali declinazioni, ovvero la riserva di legge, la tipicità penale, la determinatezza e la tassatività¹.

Le mutevoli decisioni maturate dai giudici di merito e, da ultimo, dalla Suprema Corte con riguardo al tema dei fattori da includere nel meccanismo di calcolo del tasso soglia ed alla scelta delle relative formule, sembrano introdurre un pericoloso *deficit* di certezza che va a sacrificare le garanzie sostanziali del diritto penale, ed in special modo la prevedibilità *ex ante* della liceità o illiceità della condotta²: la

¹ Su riserva di legge e norme penali in bianco in generale F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, V Ed., a cura di R. Guerrini, 2013, 65 ss. Sulla funzione di garanzia della legge penale ed i modelli di integrazione legge – fonte subordinata, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, Quarta Edizione, Zanichelli Editore, Bologna 2011, 56 ss. Con riguardo alle modalità espressive di formulazione del precetto penale e sul divieto di estensione analogica si veda F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979.

² L'attualità del tema viene in rilievo nel recente scritto di G. CANZIO, [Nomofilachia e diritto giurisprudenziale](#), in *questa Rivista*, 6 febbraio 2017, nel quale l'Autore accenna una riflessione sulla calcolabilità del diritto quale condizione preliminare dello sviluppo dei traffici, visione economicistica riconducibile a Max Weber erosa dalla liquidità del diritto postmoderno, il cui argine viene rinvenuto proprio nel ruolo formante

“disintegrazione” dell’interpretazione induce invero ad affidarsi alla casistica, allontanando l’uniformità di indirizzo che è aspetto fondante della certezza del diritto, anche in ragione dell’elevato costo sociale del rischio penale³.

L’argomento si presenta particolarmente attuale guardando al diritto penale eurounitario, ed in particolare alla giurisprudenza CEDU, nella quale è emersa una nozione di legge in chiave convenzionale chiamata al rispetto dei parametri qualitativi dell’accessibilità e della prevedibilità, ovvero del diritto ad essere sufficientemente informati sulla norma giuridica ed a conoscere il precetto in base all’interpretazione fornita dalla giurisprudenza.⁴

La rilevanza del tema ed i risvolti pratici delle scelte ermeneutiche impongono dunque un’attenta riflessione, che consenta di orientare le decisioni degli operatori ed il dibattito giuridico in un quadro di principi condiviso, adeguato alla complessità della materia.

2. L’usura bancaria e le principali problematiche applicative.

L’usura bancaria costituisce banco di prova di numerose problematiche che coinvolgono la parte generale del diritto penale⁵.

dell’ordinamento attribuito al diritto giurisprudenziale elaborato dalla Suprema Corte nella funzione nomofilattica (in chiave moderna connotata da un’essenza orizzontale, circolare e cetuale). Nel medesimo solco culturale sembra collocarsi anche F. VIGANÒ, [Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2016, che affronta il tema del ruolo normativo della giurisprudenza con riguardo alla tendenziale vincolatività del precedente; nello scritto si evidenzia il crescente ruolo di responsabilità del giudice comune, chiamato ad elaborare la *regula iuris* secondo standard minimi di qualità, in termini di chiarezza e riconoscibilità per i destinatari, e ad assicurare la prevedibilità e stabilità dell’applicazione del diritto nell’ordinamento.

³ Così F. RAMACCI, *Produzione e interpretazione del diritto nella problematica delle fonti. Tavola Rotonda*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 2010, n. 1, 354 ss., il quale afferma come “il principio di tipicità penale esiste, ed esiste ancora, perché è civile esigere che chiunque, facendo o non facendo una determinata cosa, possa prevedere, cioè sapere prima, se quel comportamento sarà punito o no. Orbene, che lo possa prevedere in base al testo di legge, attraverso la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie legale, è soltanto il primo passo. Il secondo, altrettanto importante è che anche l’interpretazione giurisprudenziale della legge penale possa essere prevedibile, perché un’interpretazione giurisprudenziale penale che giunga come ‘un fulmine a ciel sereno’, è altrettanto incivile di una legge penale retroattiva”.

⁴ Fra le altre v. sentenza pronunciata nella causa Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13, emessa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo il 14 aprile 2015; per un commento, PALAZZO “La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità” in *Dir. pen. proc.*, fasc. 9/2015, 1066 ss. Opportuna menzione merita altresì la recentissima sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in *questa Rivista*, 3 marzo 2017, con nota di A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della ‘legge’, ma una rondine non fa primavera](#). La Corte ha stabilito che la disciplina delle misure di prevenzione personali, nei casi di pericolosità generica, non garantisce la prevedibilità dei suoi effetti in considerazione sia della tecnica di determinazione dei destinatari sia dei contenuti delle misure di prevenzione.

⁵ Emblematico risulta il recente provvedimento di archiviazione emesso dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Cosenza il 21.9.16, nel quale è stata ritenuta la successione mediata di

La tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice, costruita secondo lo schema della “norma penale parzialmente in bianco”⁶, incentra l’offensività della condotta sul farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari come corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità (art. 644 comma 1 c.p.), facendo rinvio alla legge per l’individuazione del “limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art. 644 comma 3 c.p.) sulla falsariga dei criteri dalla stessa legge stabiliti (art. 644 comma 4 c.p.).

È noto che l’individuazione della soglia oltre la quale l’interesse è usurario avviene mediante il meccanismo previsto dall’art. 2 della l. 108/96, secondo cui il Ministro del Tesoro (oggi Ministro dell’Economia e delle Finanze), sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il **tasso effettivo globale medio** (TEGM), comprensivo di 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 iscritti negli elenchi tenuti dall’Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d’Italia ai sensi degli artt. 106 e 107, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.

La classificazione delle operazioni per categorie omogenee è attribuita allo stesso Ministro del Tesoro che procede annualmente con decreto pubblicato senza ritardo nella *Gazzetta Ufficiale*, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi (art. 2, comma 2, l n. 108/96).

La concreta individuazione della condotta penalmente rilevante dipende dunque dalla soglia individuata nei decreti ministeriali, secondo un’architettura che è stata ritenuta compatibile con la riserva di legge in materia penale, in ragione dell’essenza tecnica della regola contenuta nella fonte secondaria, che fa salva l’attribuibilità alla fonte primaria del precetto penale (cfr., fra le altre, Cass. Sez. II, 5.5.2003, Cass. Sez. II, 18.3.2003)⁷.

norme penali con riguardo alla disciplina introdotta dal d.l. 70/2011 (conv. nella l. 106/2011) che ha modificato il criterio di calcolo per la determinazione del tasso usurario. Si fa rinvio, per una diffusa trattazione dell’argomento, ad A. CHIBELLI, [La successione ‘mediata’ delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali](#), in *questa Rivista*, 20 febbraio 2017.

⁶ Le criticità dei rapporti tra norma primaria e norma secondaria, nella declinazione della c.d. norma penale in bianco, venivano già messe in luce da F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, 2° e 3° comma, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ‘70*, in *Quest. Crim.*, 1982, 179.

⁷ Sui rapporti tra legge e fonte subordinata, con particolare riguardo all’eterointegrazione, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale Parte Generale, cit.*, 56. Sul principio di tassatività e le tecniche di redazione della fattispecie penale, *ivi*, 72. La Corte Costituzionale, nell’affrontare il tema dei modelli di integrazione, aveva in tempi risalenti recepito la teoria della presupposizione, ritenendo con riguardo all’art. 5 lett. g) della l. 283/1962 come l’elenco degli additivi chimici vietati nel decreto del Ministro della Sanità, cui la legge faceva rinvio, non fosse costitutivo del precetto penale, mostrandosi piuttosto come presupposto della sua applicazione (v. Corte Cost. 12 novembre 1964, n. 96 in *Giur. cost.*, 1964, 103). Il criterio verrà superato da quello della sufficiente determinazione legale enunciato nella sentenza del 17 marzo 1966 n. 26, in *Giur. Cost.*, 1966, 262, con nota di G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l’art. 25*. Nella giurisprudenza costituzionale il modello delle norme penali in bianco è stato più volte considerato

La relazione fra la norma penale ed i decreti ministeriali ha mostrato tuttavia alcune criticità applicative, in rapporto alla coerenza con i principi della **tassatività e determinatezza del precetto**.

Invero, nella determinazione di natura tecnica contenuta nei decreti ministeriali di rilevazione trimestrale dell'interesse, sono stati individuati spazi di discrezionalità che possono tradursi in incertezze ermeneutiche per gli operatori, avuto riguardo alle diverse “matrici ideologiche” che ispirano i criteri e meccanismi di calcolo del TEGM utilizzato per stabilire il tasso soglia.

Nella prassi si assiste spesso ad uno stravolgimento nell'applicazione dei criteri di calcolo del tasso effettivo globale per i singoli rapporti presi in esame, frutto dell'inclusione di fattori di calcolo non considerati nelle istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi elaborate dalla Banca d'Italia, ovvero dell'utilizzo di metodologie di calcolo diverse da quelle prescritte con il decreto ministeriale (che richiama espressamente le predette istruzioni)⁸.

L'incertezza deriva dal fatto che la legge non determina direttamente la metodologia per il calcolo del tasso effettivo globale medio (su cui è parametrato il tasso soglia), nonostante la rilevanza della scelta di tale algoritmo, che conduce ad esiti fortemente diversi in termini di determinazione della soglia oltre la quale gli interessi si considerano usurari.

3. Il delitto di cui all'art. 644 c.p. e la tecnica di formulazione della norma incriminatrice.

L'analisi strutturale della norma in commento ripropone un tema particolarmente caro al penalista, ovvero quello attinente alla “crisi della riserva di legge”, che si manifesta con forza nei casi di integrazione della fattispecie penale mediante apporto di fonti subordinate⁹.

legittimo; si veda, fra le altre, Corte Cost. 5 luglio 1971, n. 168, in Giur. Cost. 1972, 1774 sulla legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.

⁸ Per una panoramica delle interpretazioni e soluzioni applicate nella prassi in contrasto con quanto stabilito nelle istruzioni per la rilevazione dei TEGM ai sensi della legge sull'usura, v. A. BOMPIANI, “*Usura bancaria: aspetti paradossali e questioni irrisolte*”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, fasc. 1-2, 313-328.

⁹ Il tema relativo alla crisi della riserva di legge viene affrontato dalla dottrina in diverse prospettive. Gli aspetti che investono il rapporto tra riserva di legge e giurisprudenza sono stati oggetto di un approfondito dibattito dal titolo *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, 77 ss., con nota introduttiva di F. GIUNTA e contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, 125 ss. Sul tema si veda anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 1247 ss. e F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *ivi*, p. 1279. La diversa prospettiva della progressiva erosione della riserva di legge in rapporto agli obblighi di penalizzazione sovranazionali è analizzata da C. CUPELLI, *Il parlamento europeo*

La dottrina ha da tempo messo in luce come, nel contesto italiano, il tema dei rapporti fra legge e fonti secondarie suscita ad un tempo disinteresse e disincanto¹⁰, sentimenti connessi da un lato alla maggiore attenzione ormai stimolata dai rapporti con la normativa sovranazionale e dallo studio dell'ordinamento multilivello, e dall'altro dalla presa d'atto dell'esistenza di una realtà normativa pienamente dispiegata ed innegabile, su cui la stessa giurisprudenza ha assunto orientamenti tendenzialmente conservativi.

Nel panorama normativo l'eterointegrazione mediante fonti subordinate appare piuttosto invalsa, e atteggiata secondo una molteplicità di variabili che sono modulate sul grado di incidenza della fonte secondaria nella descrizione della condotta, in rapporto al nucleo di offensività della fattispecie tipica, sulla struttura della norma (rinvio fisso/rinvio mobile) e sulla natura più o meno manifesta del rinvio.

È chiaro come tanto maggiori sono le criticità che si manifestano, quanto il fenomeno integrativo diviene più incisivo, andando ad erodere la riserva di legge cui è demandata l'individuazione dell'offesa al bene giuridico.

La Corte Costituzionale, nel tempo, ha ammesso la possibilità di integrazione del precetto penale ad opera di atti governativi generali ed astratti, affermando come la riserva di legge sia sostanzialmente garantita quando la norma incriminatrice rinvenga nella legge i presupposti, il carattere, il contenuto ed i limiti *“di modo che il precetto penale riceva intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto”*.¹¹

In generale può dirsi che un punto di equilibrio viene raggiunto nelle ipotesi di sufficiente specificazione degli elementi significativi del fatto da parte della legge, ciò che avviene maggiormente quando alla norma di rango secondario sia demandato un mero spazio di concretizzazione tecnica (si pensi alla disciplina sugli stupefacenti,

e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge, in *Criminalia*, 2012, 535. Si veda anche N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315. La dottrina ha recentemente ha posto l'accento sul più ampio tema afferente la crisi della legalità penale, chiamando in causa il ruolo del formante giurisprudenziale, a tratti intriso di un *“autoritarismo ben intenzionato”*, in quanto teso ad estendere la portata della norma incriminatrice in funzione della tutela di interessi ritenuti di speciale rilevanza, con l'effetto di far luogo ad un fenomeno *“deformante della legalità”*. Così D. PULITANO', *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2015, 29.

¹⁰ V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2010, 84.

¹¹ Così Corte Costituzionale, sentenza n. 282/1990, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 989. La sentenza, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 comma 1 e 5 comma 1 della l. 818/1984 in tema di certificato di prevenzione incendi, ha incentrato il proprio giudizio sulla violazione della garanzia relativa alla riserva di legge, in quanto si rimetteva all'esecutivo il potere di determinare il *“nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio”*. Si veda sul punto G. VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini - T. Padovani - F. Palazzo, Giuffrè, 1994, 72.

strutturata sul rinvio alle tabelle stabilite con decreto ministeriale che fissa la soglia drogante per ciascuna tipologia di sostanza)¹².

Va osservato tuttavia come la concretizzazione tecnica potrà considerarsi tale solo in caso di predeterminazione, da parte della legge, di regole per l'esercizio della discrezionalità tecnica, risolvendosi diversamente tale costruzione in un modello astratto di integrazione, che solo formalmente preserva la giusta ripartizione di competenze tra legislatore e governo.

La valutazione sul rispetto dei canoni di tale modello si traduce nel sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica (nei limiti della legge e secondo i principi dalla stessa stabiliti), immanente al più generale potere di disapplicazione attribuito al giudice ordinario, e consistente nel decidere della illiceità penale di una condotta senza tener conto di un atto amministrativo (di carattere generale e astratto o individuale e concreto) reputato illegittimo.

Tale rilevante potere nasce, come noto, con l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia e trova disciplina negli articoli da 1 a 5 contenuti nell'All. E della l. 2248 del 1865 (c.d. abolitiva del contenzioso amministrativo), in cui si fissa un principio fondamentale della gerarchia delle fonti: la supremazia della legge rispetto agli atti del potere esecutivo.¹³

Giova ribadire come l'attribuzione che l'ordinamento fa al giudice penale di una generale potestà di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi non può in alcun modo determinare, in concreto, un suo utilizzo *in malam partem*, essendo il potere di controllo sulla legalità amministrativa circoscritto nella sua operatività ai principi costituzionali in materia penale, non ultimo il principio di legalità (nei principali corollari della tipicità e tassatività).

Diversamente il giudice penale acquisterebbe un potere creativo in relazione alla fattispecie tipica, laddove il principio di tassatività preclude l'uso del procedimento analogico nell'interpretazione delle norme incriminatrici (artt. 25 cost., 14 disp. att. c.c.). I richiamati principi sembrano messi in crisi dai principali filoni giurisprudenziali che si sono formati in tema di usura bancaria, tanto da spingere qualche autore a parlare di "*supplenza giudiziaria*", con riferimento alle sentenze che hanno pretermesso l'applicazione delle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi, e di "*Babele applicativa*" con riguardo ai numerosi e divergenti orientamenti che si sono susseguiti, in particolare sul tema delle commissioni di massimo scoperto¹⁴.

¹² Si richiama a tal proposito la nota sentenza dell'11 luglio 1991 n. 333, pronunciata dalla Corte Costituzionale in materia di stupefacenti, che ha escluso l'illegittimità degli artt. 75 e 70 del d.p.r. 309/90 i quali, per la soglia di punibilità, rinviavano ai limiti del principio attivo stabiliti dal decreto del Ministro della Sanità per le dosi medie giornaliere. La sentenza è pubblicata in *Foro It.*, 1991, I, 2628, con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*.

¹³ Cfr. M. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2013, p. 742.

¹⁴ V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit.

4. Principio di tassatività e disapplicazione *in malam partem* dei decreti ministeriali: i limiti della pronuncia n. 46669 del 2011 della Suprema Corte sulle commissioni di massimo scoperto.

Un argomento emblematico del complesso dibattito che anima il tema dell'usura bancaria è senz'altro quello relativo al **computo della commissione di massimo scoperto** ai fini della valutazione sul superamento del tasso soglia.

Il citato onere, inteso come corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario del servizio di messa a disposizione di una somma in relazione ad un determinato periodo di tempo, non era infatti originariamente considerato nelle rilevazioni del tasso effettivo globale medio, per espressa previsione contenuta nelle istruzioni della Banca d'Italia per l'attuazione dell'art. 2 l. 108/96¹⁵.

Alcuni giudici di merito tuttavia includevano le commissioni di massimo scoperto nella base di calcolo per la determinazione del tasso d'interesse applicato dalla banca, ritenendo che fosse «*la stessa legge, e non una qualche istruzione della Banca d'Italia, ad imporre che la CMS sia tenuta in considerazione come elemento potenzialmente produttivo di usura*».¹⁶

Diverso l'approccio da parte di altri giudici, secondo cui l'interpretazione che avesse incluso elementi estranei a quelli presi in considerazione nei decreti ministeriali si sarebbe risolta in un'operazione analogica in *malam partem*.¹⁷

Nell'agosto 2009 la Banca d'Italia, recependo quanto stabilito dall'art. 2 bis, comma 2 d.l. n. 185/2008 (conv. nella l. 2/2009), emanava le nuove "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura", il cui paragrafo "C4. Trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG" stabiliva espressamente che **il calcolo del tasso include la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti; soluzione questa recepita anche nelle note sentenze della Cassazione** (Cass., Sez. II, 14.5.2010, inedita; Cass., Sez. II, 19.2.2010¹⁸), secondo cui l'art. 2 bis, d.l. 185/2008 è «*norma di interpretazione autentica dell'art. 644, comma 4 c.p.*», correggendo una prassi amministrativa ritenuta difforme dal dettato della legge.

Guardando al citato panorama normativo e giurisprudenziale, la Suprema Corte pronunciava la sentenza n. 46669 del 2011, decisione che segnerà a lungo la

¹⁵ I criteri elaborati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC cui si fa riferimento, vigenti fino al secondo semestre del 2009, sono pubblicati rispettivamente nella G.U. n. 74 del 29.3.2006 e n. 102 del 4.5.2006.

¹⁶ Fra le altre si veda Trib. Palmi, 8 novembre 2007, D.M., in *Riv. it.dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1551 ss. seguita da nota di G. MANTOVANO, *Usura e commissione di massimo scoperto, profili di indeterminatezza della fattispecie*.

¹⁷ Cfr. G.u.p. Trib. Lecce, 6 marzo 2008, G.F., in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 1551.

¹⁸ Cass. Sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028, Caletti, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 4133, con motivazione e osservazioni di CUGINI.

successiva giurisprudenza di merito, interessando gli studiosi ad un tempo per i controversi riflessi applicativi derivanti dalle soluzioni ermeneutiche propugnate e per l'assenza di pronunce successive delle sezioni penali sul tema, ciò che ha determinato una tendenziale conformazione della giurisprudenza alle indicazioni fornite dall'organo nomofilattico¹⁹.

La Cassazione, per quanto qui d'interesse, ha sostenuto l'inclusione delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo del tasso effettivo globale dei singoli rapporti bancari anche per il periodo antecedente all'emanazione delle nuove istruzioni per la rilevazione elaborate dalla Banca d'Italia (emanate a seguito del d.l. 185/2008 conv. nella l. n. 2/2009); il ragionamento seguito dai giudici di legittimità si è basato sul disconoscimento delle istruzioni della Banca d'Italia quali "*fonte di diritti ed obblighi*" e la conseguente esclusione di un'efficacia vincolante delle stesse, soprattutto ove illegittime perché emanate in violazione di legge.

In tal modo è stato censurato lo "*scorporo*" delle commissioni di massimo scoperto dal calcolo del tasso effettivo globale, facendosi riferimento al "*chiaro*" dettato dell'art. 644 comma 4 c.p., secondo cui ai fini della determinazione sullo sfioramento del tasso soglia occorrerebbe ricomprendere le commissioni e remunerazioni a qualsiasi titolo collegate all'erogazione del credito.

L'illustrata scelta ermeneutica ha prodotto risultati aberranti sul sistema, avendo di fatto legittimato la ricorrente disapplicazione delle istruzioni di Banca d'Italia da parte di tecnici ed operatori del diritto, con conseguente creazione di formule di calcolo diverse da quelle indicate nei decreti ministeriali ed inclusione, nel meccanismo di analisi del TEG di ciascuna relazione bancaria, di elementi non ricompresi nelle fonti secondarie.

Va aggiunto che nel dicembre del 2005 venne elaborato un aggiornamento delle istruzioni dalla Banca d'Italia, con l'emanazione di una circolare che introduceva il criterio della commissione di massimo scoperto "*soglia*"²⁰, elemento quest'ultimo non incluso nella rilevazione del TEGM e del TEG, ma comunque utile a stabilire l'usurarietà del rapporto.

In sostanza gli istituti di credito venivano invitati a comunicare le commissioni di massimo scoperto applicate alla Banca d'Italia, che in tal modo elaborava un valore medio della commissione di massimo scoperto; l'aumento di tale valore fino alla metà determinava una soglia oltre la quale lo sfioramento doveva essere messo in relazione al TEG, per verificare se incidesse sul residuo margine che la banca poteva richiedere al cliente senza oltrepassare il tasso soglia.

Tale circolare veniva utilizzata per sostenere il risalente riconoscimento, ad opera della stessa Banca d'Italia, della natura rilevante delle commissioni di massimo scoperto ai fini della determinazione del tasso usuario, e la conseguente illiceità delle

¹⁹ Il riferimento è a Cass. Pen. Sez. II, 23.11.2011, n. 46669, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, 6, 730 con nota di M. PILONI, *Usura bancaria e commissione di massimo scoperto: l'elemento oggettivo e soggettivo del reato*.

²⁰ V. Banca d'Italia, Vigilanza creditizia e finanziaria. Servizio concorrenza normativa e affari generali, circolare n 1166966 "*Commissione di massimo scoperto*", 2 dicembre 2015, in www.bancaditalia.it.

prassi adottate dagli istituti di credito in ossequio a circolari ed istruzioni dell'istituto di vigilanza non conformi al dettato della legge.

Gli argomenti riassunti hanno consentito alla Suprema Corte di sostenere come la commissione di massimo scoperto fosse un valore da includere *ab origine* nel calcolo del tasso soglia, ovvero a prescindere da quanto statuito nel tempo dai decreti ministeriali emanati prima del 2010.

L'orientamento introdotto, largamente seguito dalla successiva giurisprudenza di merito, è stato sottoposto a penetranti critiche da parte della dottrina.²¹

Le osservazioni più incisive, in breve, hanno riguardato: il problema della mancanza di omogeneità dei criteri adottati per l'elaborazione del TEGM e la valutazione in concreto del TEG, l'inammissibile configurabilità dell'art. 2 bis l. 2/2009 quale norma di interpretazione autentica, l'incertezza normativa derivante dalla disapplicazione creativa dei decreti ministeriali operata dal giudice comune e l'inevitabile supplenza giudiziaria conseguente all'impropria delega politica operata in favore dell'esecutivo e della Banca d'Italia.

In effetti tali riflessioni hanno messo in luce le perplessità sollevate da un orientamento rivelatosi espressivo di una più generalizzata "ribellione dell'interprete" ai criteri tecnici integrativi del precetto, che ha di fatto determinato una minor tutela per le persone offese ed un maggiore pregiudizio in termini di rischio penale per gli operatori del settore; ciò in ragione della grave incertezza applicativa derivante da un'interpretazione della norma rimessa alla manipolazione dell'interprete secondo principi e criteri tecnici non sempre dominati.

Altrettanto evidente è parso agli studiosi come detto atteggiamento ermeneutico abbia dato la stura ad un utilizzo della disapplicazione dei decreti ministeriali anche *in malam partem*, con gravi riflessi sui principi generali ed in special modo sulla tassatività e sul divieto di analogia²².

Si pensi all'ipotesi in cui il giudice, sostituendosi all'autorità amministrativa, faccia luogo ad un ricalcolo del tasso soglia sostituendo il TEGM stabilito con decreto ministeriale con un diverso tasso ricavato includendovi elementi estranei a quelli ivi considerati.

È evidente come ciò determini la creazione in via interpretativa di una diversa fattispecie incriminatrice, derivante dall'esercizio da parte del giudice comune della discrezionalità tecnica riservata all'esecutivo, secondo una paradossale eterogenesi dei

²¹ Ci riferisce in particolare a R. RAMPIONI, *La fattispecie di usura 'presunta' nel crogiuolo della pratica applicativa. Il 'nodo' della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2012, p. 0361 B.

²² Per un approfondimento dello specifico tema, V. FARINA, *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2016, p. 445. In generale sul principio di tassatività e sul correlato divieto di analogia, si segnalano F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1965, 277, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979, 3; si veda altresì G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

fini: lo sforzo ermeneutico teso a preservare il principio di supremazia della fonte primaria sul regolamento mediante la disapplicazione del decreto ministeriale fa sì che gli elementi significativi della fattispecie incriminatrice vengano delineati in via giurisprudenziale, in palese violazione del principio della riserva di legge in materia penale (art. 25 cost.)²³.

È quanto è avvenuto con l'utilizzo del criterio della c.d. commissione di massimo scoperto soglia, laddove il TEGM è stato manipolato con un valore non incluso nel meccanismo di calcolo e, fino alle istruzioni dell'agosto del 2009, considerato autonomamente dai decreti ministeriali.²⁴

Con riguardo invece ai criteri utilizzati per il calcolo del T.E.G. nel caso concreto, sono emerse posizioni divergenti anche in dottrina.

Taluno ha ritenuto che tale operazione sia del tutto autonoma rispetto a quella che stabilisce il TEGM sulla base delle istruzioni per la rilevazione della Banca d'Italia, cui dunque l'interprete non deve uniformarsi nella valutazione in concreto del costo dell'operazione, essendo tenuto ad una qualificazione del fatto penalmente rilevante sulla semplice base del dettato normativo di cui al comma 4 dell'art. 644 c.p.²⁵

In altre parole, si è sostenuto che gli elementi aggregati per la rilevazione del TEGM non necessariamente sono esaustivi dei costi rispondenti al dettato normativo di cui al citato comma 4 dell'art. 644 c.p., con la conseguenza che alcuna forzatura può ravvisarsi nell'opera dell'interprete di inclusione di elementi di costo non previsti nelle istruzioni per la rilevazione della Banca d'Italia quando deve determinare il TEG dell'operazione finanziaria.

Tale ricostruzione sembra non tenere conto tuttavia del principio di omogeneità delle grandezze comparate, che incide sull'operazione di esegesi in termini logici prima ancora che in termini giuridici²⁶.

Invero occorre domandarsi se sia corretto ricostruire il TEG utilizzando metodo e fattori di calcolo differenti rispetto a quelli utilizzati per la rilevazione del TEGM, finendo in tal modo per comparare valori non omogenei.

²³ Nella giurisprudenza di merito, con riguardo al tema degli interessi di mora, ci sono state decisioni in cui si è proceduto a ristrutturare il tasso soglia mediante una disapplicazione "selettiva", ovvero implementando il TEGM con uno spread aggiuntivo del 2,1%, valore ricavato dalla nota metodologica aggiunta ad ogni decreto ministeriale che stabilisce la rilevazione dei tassi. Così Trib. Padova, 13 gennaio 2016, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 14049, pubblicata il 22 gennaio 2016.

²⁴ Il caso cui ci si riferisce è proprio quello approdato in Cassazione e sfociato nella pronuncia della Sez. II penale, 23.11.2011, n. 46669, pubblicata in *Diritto Penale e Processo*, cit.

²⁵ Così V. FARINA, *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, cit. Diversamente l'operazione proposta non viene ritenuta possibile con riguardo alla classificazione delle operazioni per categorie omogenee, che secondo l'autore è vincolante per l'interprete in quanto imposta dall'art. 1 della l. 108/96.

²⁶ C. PERELMAN – L. OLBRECHTS – TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 2013, p. 265.

Secondo una parte della dottrina l'operazione, oltre a pregiudicare la certezza della norma per il destinatario della stessa, violerebbe il principio di non contraddizione²⁷ nel tentativo di raffrontare grandezze disomogenee²⁸.

5. La teoria delle grandezze omogenee ed il recente *revirement* della giurisprudenza civile della Cassazione.

La tesi della simmetria fra le formule di calcolo del TEGM e quelle del TEG mette in luce, al di là del problema strettamente giuridico, un principio di carattere essenzialmente logico, ovvero la necessaria omogeneità delle tecniche di elaborazione dei tassi in modo che siano comparabili le relative grandezze analizzate: non è possibile elaborare il TEG delle operazioni sospettate di usura mediante l'inclusione di voci di costo (come la commissione di massimo scoperto, o l'interesse di mora²⁹) non utilizzate per l'elaborazione del TEGM, e di conseguenza del tasso soglia, costituendo quest'ultimo "*tertium comparationis*" strutturato sulla base dell'inclusione di fattori predeterminati, fra cui non rientrano i fattori inclusi nel valore da comparare.

L'operazione condotta mediante disapplicazione parziale dei decreti ministeriali, nella parte in cui non prevedono un determinato fattore o un corretto algoritmo per il calcolo dei tassi, che culmina nell'inclusione di tali elementi (quali le commissioni di massimo scoperto o gli interessi di mora) o nell'utilizzo di diverse formule di calcolo per la ricostruzione del TEG, porta ad avviso di chi scrive a risultati devianti.

Invero, se nella costruzione del tasso soglia stabilito con decreto ministeriale non è stata inclusa la commissione di massimo scoperto fino al secondo semestre del 2009, la valutazione in concreto del TEG di un'operazione finanziaria mediante inclusione di tale costo porta a comparare tale valore con un elemento non omogeneo (il TEGM calcolato senza cms), ciò che rende il risultato del tutto incongruo.

Ciò a meno di non operare una ricostruzione ipotetica del TEGM dell'epoca, comprensivo delle commissioni di massimo scoperto (o degli interessi di mora) non incluse nel decreto ministeriale, ed una conseguente ricostruzione del tasso soglia con lo stesso metodo.

²⁷ Così, R. RAMPIONI, *La fattispecie di usura 'presunta' nel crogiuolo della pratica applicativa. Il 'nodo' della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, cit.

²⁸ Diversamente C. PARODI e F. CARBONE, *Il reato di usura bancaria*, Giuffrè Editore – Officina del Diritto, Milano 2015, p. 11, secondo cui quello della disomogeneità dei termini di confronto è un problema superabile, in ragione della netta separazione fra i criteri di rilevazione del tasso medio di mercato ed i criteri di verifica della soglia d'usura.

²⁹ Sull'inclusione degli interessi di mora nel calcolo del TEG, ad onta della sua esplicita esclusione nelle istruzioni della Banca d'Italia, si veda fra le altre Cass. 9 gennaio 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 498 ss., con nota di DOLMETTA, *Usura e interessi moratori: questioni attuali*, p. 501 ss.

Quest'ultima operazione appare tuttavia deviante, in quanto conduce al raffronto del TEG della singola operazione con un valore soglia di creazione pretoria del tutto ipotetico e diverso rispetto a quello stabilito con decreto ministeriale, cui la legge penale fa riferimento.

Inoltre tale percorso ermeneutico, con riguardo al diverso fattore degli interessi di mora, non sarebbe realizzabile in considerazione dell'assenza di dati trasmessi dalle banche e relativi ai valori storici degli interessi di mora, che non sono richiesti dalle istruzioni per la rilevazione del TEGM (a differenza della commissione di massimo scoperto, il cui valore medio dal 2005 veniva comunque determinato, seppur in via autonoma rispetto al TEGM).

Il tema così riassunto ha trovato un esplicito approfondimento nella recente pronuncia della Cassazione Civile n. 12965/2016, nella quale il giudice di legittimità ha affrontato il tema della natura interpretativa o innovativa dell'art 2 *bis* comma 2 d.l.185/2008 conv. l. 2/2009 (che ha determinato l'inclusione delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo del TEGM), giungendo ad affermare un principio di diritto del tutto innovativo rispetto alla consolidata giurisprudenza sul tema sinora analizzata: per i rapporti bancari esauriti prima del 1° gennaio 2010, afferma la sentenza, non deve tenersi conto delle commissioni di massimo scoperto applicate dalla banca al fine di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante.³⁰

Gli argomenti sostenuti dal giudice di legittimità sono principalmente due: l'assenza di dati testuali nella citata disposizione da cui ricavare la natura di "*norma di interpretazione autentica*", con conseguente diverso riconoscimento di una sua portata innovativa dell'ordinamento, e l'ontologica inapplicabilità della disciplina antiusura in difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione ed inficiati da profili di illegittimità.

Per quanto qui d'interesse, giova evidenziare come la Suprema Corte faccia espresso riferimento alla "*necessità di utilizzare, nella rilevazione dei tassi usurari, dati tra loro comparabili*"; invero essendo l'usura oggettiva integrata col superamento del tasso soglia, ricavato dal TEGM, ed essendo quest'ultimo fissato nei decreti ministeriali sulla base delle istruzioni dell'organo di vigilanza, "*è ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale*".

Ancor più chiaramente si afferma che "*l'utilizzo di metodologie e formule matematiche alternative, non potrebbe che riguardare tanto la verifica del concreto TEG contrattuale, quanto quella del TEGM: il che significa che il giudice (...) non potrebbe limitarsi*

³⁰ Il riferimento è alla sentenza della Cassazione Civile, Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965 – Pres. Nappi – Est. Ferro, in *I Contratti*, fasc. 11/16, p. 969 ss., con commento di V. FARINA, *Clausola di salvaguardia, commissione di massimo scoperto e divieto delle usure*. L'Autore si pone in posizione critica rispetto al principio di diritto enunciato, sostenendo la natura equivoca degli indici utilizzati dalla Corte per ritenere la natura innovativa della norma sopra indicata. Lo stesso è a dirsi con riguardo al principio di simmetria delle formule di calcolo del TEGM e TEG, secondo il commentatore privo di fondamento ed in contrasto con il chiaro tenore letterale dell'art. 644 comma 4 c.p.

a raffrontare il TEG ricavabile mediante l'utilizzo di criteri diversi dalla Banca d'Italia, con TEGM rilevato proprio a seguito dell'utilizzo di questi ultimi (...)".

Evidente è la portata innovativa di tale pronuncia della I sezione civile, il cui orizzonte applicativo appare del tutto trasversale rispetto alle tematiche dell'usura bancaria, mostrando un radicale ripensamento del giudice di legittimità sugli orientamenti nel tempo consolidatisi sulla base dei principi espressi dalle citate pronunce delle sezioni penali nel 2010 e 2011.

La motivazione della pronuncia appare persuasiva e coerente con i principi dell'interpretazione della legge e con quelli della logica, andando incontro alle tempestive critiche espresse da autorevoli autori circa lo stravolgimento della riserva di legge e del principio di non contraddizione operati dalla nota sentenza 46669 del 2011.

6. Conclusioni.

Il travagliato percorso della dottrina e della giurisprudenza sui temi in commento, da ultimo approdato alla citata sentenza della I sezione civile della Cassazione, suggerisce un'attenta lettura circa l'andamento delle decisioni analizzate, che sembra spingere l'interprete ad una tendenziale rivisitazione dei principi affermati dalle sezioni penali della Suprema Corte sul tema dell'usura bancaria.

Le plurime sollecitazioni di autorevoli studiosi sui temi relativi alle pericolose derive della giurisprudenza normativa, alla crisi della riserva di legge e del principio di prevedibilità delle decisioni, sembrano trovare un agognato approdo nella decisione da ultimo citata, nella quale i giudici della Corte attentamente procedono ad una ricollocazione delle problematiche sull'usura bancaria nel quadro dei principi sull'interpretazione della legge.

La Cassazione sembra allertare gli operatori sulle gravi ricadute che possono avere, anche in termini di scarsa coerenza logica, gli orientamenti sino ad oggi consolidati su alcuni aspetti dell'usura bancaria, in quanto astrattamente tesi al rispetto di canoni ermeneutici primari (si pensi alla supremazia della legge nella gerarchia delle fonti), ma concretamente pregiudizievoli di altrettanti principi fondanti la materia penale.

Va peraltro rilevato come le considerazioni sviluppate sul tema dalla dottrina e le linee ermeneutiche da ultimo espresse dalla Suprema Corte, ove trasferite nell'area strutturalmente omogenea dei reati in materia di stupefacenti (costruiti anch'essi mediante eterointegrazione), appaiono ancor più convincenti, mettendo per certi versi in luce la portata evidente delle carenze interpretative di carattere logico giuridico segnalate.

Nessuno dubiterebbe invero circa l'impossibilità di considerare penalmente rilevanti condotte di commercio, in senso lato, di sostanze aventi natura stupefacente secondo recenti studi scientifici (si pensi alle c.d. nuove droghe), ma non ancora incluse nelle relative tabelle mediante aggiornamento del decreto ministeriale; né potrebbe mai considerarsi punibile la detenzione di sostanze stupefacenti in un quantitativo inferiore alla soglia elaborata in base al criterio della "dose media singola" indicata nelle tabelle,

valutando la soglia drogante secondo criteri tecnici diversi da quelli posti alla base del valore fissato nel decreto ministeriale.

L'eventuale sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica esercitata dall'esecutivo, teso in ipotesi a valorizzare l'inattendibilità dei criteri seguiti nella determinazione della soglia drogante in rapporto al principio attivo di ciascuna sostanza, non potrebbe in nessun caso determinare la rilevanza penale di condotte sulla base dell'elaborazione di una soglia massima di detenzione dello stupefacente diversa da quella stabilita nella norma secondaria.

L'operazione descritta sarebbe nettamente in contrasto con la riserva di legge ed il divieto di analogia in materia penale, e pregiudicherebbe ad un tempo il principio di omogeneità delle grandezze in comparazione, pretendendo di sindacare nel caso concreto il valore costituente limite del quantitativo massimo di stupefacente detenibile secondo criteri differenti da quelli adottati nel decreto ministeriale per l'individuazione della quantità di principio attivo indicativa della soglia drogante³¹.

Appare chiaro, dunque, come la costruzione della fattispecie incriminatrice mediante integrazione del precetto con rinvio alla normativa secondaria in funzione di specificazione del contenuto tecnico, porta ad un inevitabile precipitato logico giuridico: la radicale impossibilità di includere nel precetto contenuti estranei alla previsione stabilita nella norma regolamentare e la corrispondente inapplicabilità della norma penale al di fuori del perimetro tracciato dalla fonte subordinata, anche ove presenti profili di apparente illegittimità.

Occorre pertanto ribadire come le rilevanti criticità emerse nelle decisioni che si sono conformate al filone inaugurato dalle sentenze n. 12028/10 e 46669/11 della II sezione penale, impongono all'interprete di convogliare ogni sforzo esegetico verso elaborazioni maggiormente conformi al principio di legalità (con speciale riguardo alla tipicità penale, alla riserva di legge ed alla tassatività), anche in chiave convenzionale (in relazione ai requisiti di prevedibilità ed accessibilità), ed orientate alla considerazione dei limiti ontologici della "giurisprudenza creativa" ed alle gravi conseguenze della "supplenza giudiziaria" sulla riserva di legge, simmetricamente compromessa da una creazione della norma incriminatrice in via ermeneutica.

³¹ In argomento di grande interesse è la pronuncia del Tar Lazio, Sez. III-quater, 21 marzo 2007 n. 2487, che annullava il decreto del Ministro della Salute, adottato di concerto con il Ministro della Giustizia, in data 4 agosto 2016 (con nota di L. ROMANO, *I limiti tabellari delle sostanze stupefacenti, tra riserva di legge e (abuso) della discrezionalità tecnica*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, 93 ss). Sulla nozione legale di stupefacente e sulle correlate problematiche interpretative, si veda anche Cass. pen., 1 aprile 2011, n. 1431, Sez. VI, con nota di L. ROMANO, *Previsioni tabellari e 6-monoacetilmorfina: motivazioni in merito alla riconducibilità alla nozione (legale) di sostanza stupefacente*, in *Riv. it. Medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. Medicina legale e dir. sanitario*), fasc. 4-5, 2011, 1199.