

Il campo dell'usura bancaria è terreno elettivo di dialogo tra diritto civile e diritto penale. Da una parte, è l'art. 644 c.p. che fornisce la nozione di interesse usurario, attraverso il meccanismo della l. 108/1996¹. Dall'altra, sono la giurisprudenza e la dottrina civile che hanno più approfondito i problemi tecnico-interpretativi connessi all'usura, e di tali risultati può e deve avvalersi anche il giudice penale.

Per parte sua la matematica finanziaria rende effettive le regole di diritto nei casi concreti attraverso gli opportuni calcoli, ma può anche mediare la determinazione stessa della regola giuridica attraverso la selezione di ciò che è o non è coerente matematicamente².

Dovrebbe darsi per tendenzialmente acquisito che gli interessi moratori rientrino tra gli oneri collegati alla erogazione del prestito e siano, pertanto, suscettibili di sindacato sotto il profilo dell'usura. Quanto alla questione del calcolo il vero dilemma risiede nello stabilire a quale momento esso debba riferirsi.

È indiscutibile in base all'art. 644 co. 1 c.p. ("dare o promettere") e dell'art. 1 DL 394/2000 che già in sé la convenzione tra le parti può avere natura usuraria³, se gli interessi pattuiti superano il tasso soglia.

Qui, appunto, si inserisce il tema del *worst case*, cioè il caso estremo più sfavorevole per il debitore inadempiente.

Al *worst case* corrisponde un *worst rate*. Si afferma, allora, che se quest'ultimo è superiore al tasso soglia si è in presenza di usura.

Ora, poiché secondo le premesse l'usura si configura già per effetto e al momento della pattuizione, la soluzione più lineare, ed effettivamente accolta da vari giudici di merito, in civile⁴ e in penale⁵, è di calcolare a fini dell'usura con l'ausilio di un esperto il *worst rate* previsto dal contratto, indipendentemente dal reale verificarsi della situazione peggiore per il debitore.

Dal punto di vista penalistico una soluzione del genere, ineccepibile sul piano logico-formale, suona vagamente stonata. Ciò perché il diritto penale è diritto della offensività: il fatto non è punibile quando, pur corrispondendo ad una fattispecie di reato, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso, (art. 49 c.p.).

Ora, è vero che al momento della stipula il *worst case* è astrattamente possibile nella progressione del rapporto. Di più, se il divieto dell'usura, specie dopo la l. 108/1996, non ha solo una finalità di tutela morale/patrimoniale del singolo, ma ingloba una *ratio* di tutela della correttezza del mercato finanziario, come si è detto talvolta, allora ha pienamente senso una tutela anticipata al momento genetico del rapporto, con tutte le conseguenze che ne possono derivare, quindi anche con riferimento al *worst case scenario*.

¹ Così Cass. SU civ 24675/2017.

² Viene da pensare all'interdetto della sommatoria tra interessi corrispettivi e moratori per il raffronto con il tasso soglia (si ricordi, peraltro, che Cass. civ. 5598/2017 ammette tale sommatoria, sebbene senza argomentare).

³ Cass. SU civ 24675/2017.

⁴ Trib. Udine 26.9.2014; Trib. Massa 13.11.2018; C. app. Torino 24.7.2018 (conferimento di CTU).

⁵ Gup Pavia 25.10.18

Eppure resta il fatto che al momento della pattuizione il *worst case* è tendenzialmente irrealistico⁶.

In questa prospettiva, un calcolo *ex ante* del tasso ai fini del vaglio usurario non potrebbe riguardare fattori ipotetici come la mora, o la penale ecc. Si è, pertanto, concluso da taluno che un conteggio di tal fatta “*non è possibile*”, proprio perché non si conosce a priori come evolverà il rapporto⁷.

Questa impostazione è coerente con l’affermazione⁸ della natura virtuale, perché non attuale, del “*mark to market*” di un contratto derivato, in quanto “*proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata*”⁹.

D’altra parte, si è anche detto che il calcolo *ex post* - per esempio degli interessi moratori - è “*matematicamente affidabile ma giurimetricamente illegittimo*”¹⁰, sembrerebbe con riferimento alla irrilevanza dell’usura sopravvenuta.

Se così stessero le cose: calcolo *ex ante* impossibile, calcolo *ex post* giuridicamente impraticabile, ci troveremmo in un *loop* irrisolvibile, tipo il paradosso del *Comma-22* del famoso film di Nichols: “*Chi è pazzo può chiedere di essere esentato dalle missioni di volo, ma chi chiede di essere esentato dalle missioni di volo non è pazzo*”. Una tale *impasse* non può che essere respinta nei suoi esiti estremi, perché contraria al buon senso e perché non fornisce quella protezione contro l’usura che invece il legislatore vuole accordare.

Si è acutamente osservato che al momento della pattuizione (T_0) l’onere finanziario per interessi moratori (penale ecc.) è per definizione pari a 0, perciò *ex ante* non impatta sul TEG ai fini dell’usura, di modo che nel calcolo devono entrare solo gli oneri ragionevolmente certi, come gli interessi corrispettivi¹¹.

Per contro, la ricostruzione a posteriori dello sfioramento (eventuale) del tasso di usura in ragione dell’evoluzione concreta del rapporto contrattuale non si può dire che incontri il limite dell’usura sopravvenuta.

Infatti, come si evince anche dalla sentenza n. 24675/2017, l’usura sopravvenuta riguarda il fenomeno per cui, a causa della variazione dei tassi di mercato, verrebbe ad applicarsi un tasso d’interesse (originariamente pattuito e lecito) superiore al tasso soglia quale venutosi a determinare solo successivamente.

Il caso dell’usura sopravvenuta non ha quindi niente a che vedere con il *worst case*: il fatto che il calcolo del(l’eventuale) sconfinamento dal tasso soglia avvenga a posteriori non toglie che quel caso fosse fin dall’origine ricompreso nella pattuizione negoziale, e perciò rilevante ai fini civili e penali una volta divenuto attuale.

⁶ Sebbene non possano escludersi casi in lo scenario peggiore cui poteva essere realistico a priori, per esempio in considerazione delle caratteristiche del debitore o per altre ragioni note al finanziatore.

⁷ Peraltro questa obiezione non tiene conto che il *worst rate* è pur sempre calcolabile *ex ante*.

⁸ Per altri versi discutibile.

⁹ Cass. pen. 47421/2017 nel caso dell’addebito di truffa in danno dei Comuni di Messina e Taormina nella negoziazione in derivati.

¹⁰ Rossi, *Trattazione logico-positiva dell’usura bancaria e il sogno leibniziano del calculemus: la bellezza come metodo, tra (in)calcolabilità giurimetrica e giuridica... anche dopo le sezioni unite*, in www.almaiura.it/upload/Comunicazione/Articolo_Rossi.pdf, p. 21

¹¹ Trib. Torino 13.9.2016.

Sicuramente non è necessario che il *worst rate* sia pagato dal cliente. È sufficiente che sia contabilizzato: *“la banca finisce per contabilizzare a proprio favore la voce passiva degli interessi (nella specie usurari) a carico del cliente il quale si vede corrispondentemente ridurre il proprio saldo attivo così di fatto essendo già posto nella condizione di poter disporre esclusivamente del saldo del proprio conto corrente decurtato degli interessi stessi. In tale situazione è indubbio che il profitto della banca debba intendersi già concretamente conseguito per effetto di diretta derivazione causale della condotta dell'agente e che non ci si trovi in presenza di un credito meramente "virtuale"”*¹².

¹² Cass. pen. 45642/2015.