

TRIBUNALE DI COSENZA
SEZIONE G.I.P. - G.U.P.

Ordinanza ex art. 409, comma 4, c.p.p.

Il Giudice Francesco Luigi Branda,

a scioglimento della riserva assunta nella camera di consiglio del 26 novembre 2018:

- letti gli atti relativi al procedimento penale nei confronti di omissis e omissis, indagati del reato di cui all'art. 644 c.p.;

- esaminate la richiesta di archiviazione presentata dal P.M. e l'opposizione da parte delle persone offese;

Osserva

Il procedimento necessita di ulteriori indagini.

Si procede alla trattazione secondo l'ordine di esposizione contenuto nell'atto di opposizione e nelle memorie depositate dai difensori degli indagati.

§ 1- Gli indagati, secondo la tesi dell'opponente, avrebbero concorso nel prospettato reato di usura nella loro qualità di presidenti del consiglio di amministrazione della banca, al pari dei funzionari che in concreto hanno concluso il contratto di mutuo a SAL (stato di avanzamento lavori), nei cui confronti il pubblico ministero non ha ancora proceduto.

La difesa degli indagati esclude la riferibilità della condotta ai vertici, del tutto ignari dello specifico contratto concluso dalla base.

In linea generale si tratta di verificare quali soggetti, inseriti nell'organigramma aziendale della banca, siano chiamati a rispondere penalmente della condotta prefigurata.

Occorre tener conto che il delitto di usura, data la sua connotazione dolosa, richiede la consapevolezza della condotta posta in essere e la volontà di realizzarla, quantomeno a livello di accettazione del rischio che le condizioni contrattualmente stabilite possano comportare per il cliente un costo, in termini di interessi e oneri compresi nel tasso effettivo, superiori alla soglia usuraria.

Semberebbe agevole ritenere che, a fronte della oggettiva integrazione della condotta usuraria, siano sicuramente responsabili i soggetti che hanno controfirmato il contratto in nome e per conto della banca o provveduto alla riscossione del finanziamento.

Tuttavia, questa soluzione, alla quale si aderisce, non trova consenso unanime nella giurisprudenza che è divisa in due orientamenti.

La tesi prevalente, e che appare difficilmente superabile, ritiene responsabile il funzionario che ha sottoscritto il contratto per una serie di ragioni ineccepibili.

In primo luogo, il reato di usura si consuma al momento della pattuizione a cui, evidentemente, partecipa per la banca l'incaricato alla stipula che pone in essere materialmente la condotta integrativa del reato.

Non vale osservare, a contrario, che costui sarebbe un mero esecutore di direttive impartite dai vertici aziendali deputati a fissare le condizioni contrattuali, e quindi specialmente i tassi e

oneri da imporre alla clientela, senza lasciare alcun margine di discrezionalità al funzionario che si occupa della conclusione dell'accordo e della riscossione del prestito.

E' indubbio che, in linea generale, risponde penalmente anche l'esecutore di un mandato criminoso; nessuno oserebbe ipotizzare che la responsabilità penale sia circoscritta solo ai mandanti e non si estende agli esecutori che adempiano pedissequamente, senza alcun margine di discrezionalità, agli ordini ricevuti; e, non si intravede alcun motivo per discostarsi da questo principio generale che non soffre eccezioni anche in tema di usura.

E' evidente che l'ordine, e ancor meno la direttiva ad osservare condizioni generali di contratto da altri prestabilite, non assume valore di causa di giustificazione quando esorbita dalla sfera di applicazione dell'articolo 51 del codice penale che chiaramente esclude la punibilità solo in presenza di un ordine legittimo proveniente dalla pubblica autorità. In tal caso la direttiva sarebbe addirittura illecita e non proveniente dalla pubblica autorità, priva pertanto di efficacia scriminante.

Del resto il funzionario a cui viene demandato il compito di concedere prestiti, dinanzi alla indicazione o direttiva che imporrebbe la stipula a tassi usurari, ha il dovere di astenersi per non incorrere nel concorso in usura; se non l'osserva, non può celarsi dietro l'ordine che in ogni caso sarebbe illecito o prospettare la sua buona fede, data la sua qualità di operatore professionale che in ogni caso gli permette di sindacare il mandato ricevuto.

Il secondo orientamento, teoricamente minoritario ma di frequente acriticamente osservato nella pratica, focalizza l'indagine quasi esclusivamente sui soggetti di vertice, trascurando i funzionari che effettivamente pongono in essere la condotta usuraria.

Nei procedimenti penali, sovente si assiste alla iscrizione nel registro degli indagati del presidente del consiglio di amministrazione della banca, senza prendere in considerazione chi materialmente ha operato.

Si ritiene da parte di alcuni Tribunali che i dipendenti dell'istituto di credito - di solito i direttori di filiale - che effettivamente procedono a concedere il prestito o a riscuotere i ratei, qualora sia comunque oltrepassato il tasso soglia, non possano concorrere nel reato di usura poiché agli stessi non è demandato il compito di fissare i tassi di interesse e gli oneri che vengono poi applicati alla clientela.

Le ragioni incontrovertibili a sostegno della tesi prevalente sopra esposta sconsigliano vivamente di seguire questo orientamento.

Accertata dunque la riferibilità della condotta usuraria all'esecutore materiale, ovvero al funzionario che procede alla pattuizione ed alla riscossione, si tratta di verificare quali altri soggetti all'interno dell'istituto bancario in posizione gerarchica rispetto al funzionario che è intervenuto nella pattuizione o alla riscossione del prestito, possano concorrere nel reato.

Spesso si avverte l'influenza a mutuare principi normalmente affermati in materia di responsabilità colposa per omesso controllo a parte del legale rappresentante di persone giuridiche, con il rischio di immediate iscrizioni nel registro degli indagati nei confronti di soggetti che non hanno concorso alla determinazione preventiva delle condizioni generali di contratto e, in particolare dei tassi ed oneri da applicare alla clientela, e che sono del tutto ignari della conclusione in concreto del singolo contratto di finanziamento oggetto di indagine.

La Corte di Cassazione ha affrontato approfonditamente la questione nella sentenza n. 46669 del 23 novembre 2011, investita dal ricorso della pubblica accusa avverso la decisione del giudice di secondo grado, assolutoria nei confronti di presidenti del consiglio di amministrazione di noti istituti di credito.

La decisione della Corte di merito era stata preceduta da una sentenza di assoluzione anche in primo grado, con la formula di insussistenza del fatto, ritenendo che ai presidenti del consiglio di amministrazione non fosse riservata alcuna competenza nella determinazione dei tassi da applicare alla clientela, demandata invece ad un organo di secondo livello, individuato nella direzione generale.

La Corte d'Appello, pur confermando il verdetto assolutorio, mutava la formula, ritenendo che ai presidenti comunque dovesse essere attribuita una posizione di garanzia e di controllo dell'attività di negoziazione ed erogazione del credito e quindi delle condizioni praticate nei confronti della clientela, anche in costanza di deleghe ad uffici subordinati; riteneva pertanto oggettivamente configurabile anche per i vertici l'apporto causale al reato d'usura per non aver vietato un evento che si aveva l'obbligo di impedire.

Tuttavia, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, escludeva per costoro la consapevolezza e la volontà di praticare tassi usurari, adottando la diversa formula assolutoria perché il fatto non costituisce reato.

La Suprema Corte, superando le affermazioni della corte di merito, è giunta ad affermare che, almeno in astratto, **nella condotta dei presidenti del consiglio di amministrazione possa essere ravvisato l'elemento soggettivo tipico del reato di usura, ancorché non abbiano concorso nella determinazione dei tassi.**

La Cassazione ha innanzitutto osservato che, **i vertici della banca, e nella specie i presidenti del consiglio di amministrazione, data la loro specifica competenza e professionalità, debbano essere ritenuti i garanti primari della corretta osservanza delle disposizioni di legge in tema di usura, indipendentemente dalla suddivisione dei compiti all'interno dell'istituto che non esonera i vertici dall'obbligo di vigilanza e controllo della osservanza delle disposizioni di legge, segnatamente in tema di superamento del tasso soglia.**

Quindi, anche in ipotesi di decentramento delle funzioni ad altri organismi, i presidenti, in caso di omesso controllo, sono chiamati a rispondere ai sensi dell'articolo 40, comma secondo del codice penale, per non aver impedito un evento che si ha l'obbligo di impedire, avendo in tal modo concorso a cagionarlo.

Ha aggiunto che, **sebbene la determinazione delle condizioni di erogazione del credito possa esser demandata — come di solito accade — agli organi gestionali, in ogni caso gli organi apicali sono sempre tenuti a vigilare ed impedire che venga superato il tasso soglia.**

Il rigore delle premesse sembrerebbe preludere ad un accoglimento del gravame proposto dalla pubblica accusa ed invece la **Corte ha confermato la pronuncia assolutoria, attraverso un percorso argomentativo imperniato sulla buona fede.**

Infatti, pur sottolineando che i soggetti in posizione apicale hanno un dovere di informazione particolarmente penetrante sulla normativa esistente, tale da rendere ardua la configurabilità in loro favore della scusabilità dell'ignoranza e dell'inevitabilità dell'errore, ha comunque osservato che nel caso in esame -riguardante il superamento della soglia dovuta all'inclusione della commissione di massimo scoperto nei costi

rilevanti per la determinazione del tasso effettivo — la stessa formulazione dei decreti ministeriali di rilevazione trimestrale dei tassi medi, all'epoca (antecedente all'innovazione introdotta dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 bis, comma 1, convertito nella L. 28 gennaio 2009, n. 2), non teneva conto della suddetta commissione di massimo scoperto, come peraltro suggerito dalla circolare della Banca d'Italia del 30/9/1996, rendendo perciò scusabile l'errore che aveva determinato il superamento della soglia; e d'altro canto, non si era ancora consolidato alcun orientamento giurisprudenziale di segno contrario che potesse far sorgere il dubbio sulla liceità della condotta ed indurre all'astensione dalla stessa.

La decisione della Suprema Corte richiede alcuni approfondimenti al fine di evitare che le argomentazioni possano essere lette nel senso di una possibile affermazione di responsabilità dei soggetti apicali "per assunzione di carica o di posizione" tout court.

Non è fuori luogo richiamare alcuni principi ormai consolidati in relazione alla responsabilità dei vertici di associazioni dedite al crimine rispetto ai cosiddetti reati- scopo.

E' nota a tutti la decisione delle Sezioni Unite del 18 marzo 1970, risalente nel tempo ma sempre attuale nei contenuti, con la quale è stato affermato che la posizione preminente di vertice non autorizza logicamente, di per sé sola, la presunzione che tutto quanto compiuto al livello esecutivo sia stato ordinato o quanto meno consentito dai vertici.

È evidente l'esigenza di conseguire la prova di elementi specifici che colleghino il singolo reato al soggetto di vertice, almeno a livello di consenso tacito. Non deve essere trascurata la ricerca di collegamenti in quanto utili ad accertare l'effettiva ed imprescindibile riferibilità del fatto al soggetto sottoposto ad indagine.

La regola generale, affinché possa affermarsi la responsabilità del vertice dell'associazione anche per i reati-scopo, è che occorre la consapevolezza del delitto che si vuole commettere e la partecipazione con una condotta causalmente rilevante, ancorché espressa anche in forma di contributo morale.

A livello soggettivo è richiesto almeno il consenso tacito, diverso dalla cosiddetta adesione passiva.

Nel caso in esame occorre altresì tener conto del differente tipo di organizzazione e delle norme che la regolano.

Si tratta infatti di un'organizzazione che normalmente si propone di svolgere attività lecita o addirittura di pubblico interesse, in relazione alla quale perciò non si ravvisa assoluta coincidenza tra attività istituzionale e condotte criminose; pertanto è necessario stabilire a quali organi siano riferibili le scelte che rappresentano una deviazione rispetto alle finalità normalmente perseguite dall'ente e se in ogni caso i vertici abbiano avuto effettiva percezione e corretta elaborazione dei segnali peculiari della condotta usuraria.

Vengono in rilievo innanzitutto i soggetti che, in ipotesi di prestiti a tassi usurari predeterminati, abbiano deliberato le condizioni generali da osservare nelle singole erogazioni in termini di interessi e costi, dovendo certamente costoro rispondere di ciò che viene eseguito sulla base delle loro deliberazioni.

Per costoro è sufficiente che le direttive siano rivolte a destinatari determinabili e, sotto il profilo oggettivo, che le condizioni contrattuali in contrasto con le norme antiusura siano predeterminate in astratto.

Normalmente questi elementi di collegamento possono ravvisarsi nei confronti dei soggetti che assumono il ruolo di direttori generali, deputati alla determinazione dei tassi di interesse da praticare nelle singole operazioni creditizie.

Risalendo verso l'alto a livello di consiglio di amministrazione e di legali rappresentanti dell'istituto - nella specie i presidenti che, secondo quanto si legge nella sentenza n. 46669 del 2011 della Cassazione, sarebbero tenuti sostanzialmente per aver omesso di controllare le scelte adottate a livello subordinato -, si impone un'analisi che comunque assicuri l'accertamento dell'elemento soggettivo con i caratteri del dolo, a livello di approvazione implicita e di consenso tacito o quantomeno di tipo eventuale, di ciò che a livello subordinato è stato deliberato e che costoro avrebbero dovuto e potuto impedire.

Il bilanciamento deve evitare il rischio di affermazioni di colpevolezza sulla base della cosiddetta responsabilità di posizione o per assunzione di carica e, sul versante opposto, il rischio di elusioni di responsabilità dovuta alla difficoltà della prova di riconducibilità del fatto alla volontà dei vertici, circoscrivendo l'attenzione investigativa solo sui soggetti che hanno concretamente operato alla concessione del prestito o alla riscossione dei ratei.

Si è già detto che nella sentenza della Corte di Cassazione in commento il criterio di collegamento della responsabilità ai vertici è individuato nell'articolo 40 del codice penale ed in particolare nel principio di equivalenza causale per omesso controllo e mancato impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire.

La norma è stata sottoposta ad approfondita riflessione da parte della stessa Corte nella sentenza n° 36399, sez. IV, del 5/9/2013.

Si parte dal principio che per aversi responsabilità del garante, è necessario che costui si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, anche a titolo di dolo eventuale.

Ma subito dopo si sottolinea la necessità di esame particolarmente accurato al fine di evitare il rischio di ricadere nell'area della colpa.

Il concetto è perfettamente illustrato nel seguente paragrafo della stessa sentenza: "*Se in linea di principio si può convenire e si conviene sulla tesi che sussiste la responsabilità penale dell'omittente quando, pur essendosi questo rappresentato la concreta possibilità di verifica dell'evento, si è sottratto consapevolmente all'adempimento dei propri doveri di controllo, accettando il rischio che l'evento si verificasse, il punctum dolens si rinviene lì dove si formula il giudizio di concreta sussistenza del dolo eventuale, che a fronte di indubitabili difficoltà di accertamento, corre il rischio di scivolare verso l'evocazione di schemi tipici della responsabilità per colpa.*"

Nell'accertamento del dolo, per evitare il rischio di confusione con la colpa, occorre superare la soglia della mera possibilità di conoscenza o di prevedibilità, per giungere alla verifica della effettiva percezione e corretta elaborazione dei segnali peculiari dell'evento da parte del garante.

Netta è l'affermazione della differenza ontologica tra colpa cosciente e dolo eventuale, non graduabile lungo la linea crescente della astratta prevedibilità: nella verifica del dolo necessita l'accertamento della decisione per l'evento illecito ed invece nella colpa con previsione l'indagine si concentra sulla situazione di pericolo determinata dalla violazione della regola cautelare.

L'accettazione del rischio, normalmente indicata come caratteristica del dolo, "*non deve riguardare solo la situazione di pericolo posta in essere, ma deve estendersi anche alla possibilità che si realizzi l'evento non direttamente voluto, pur coscientemente prospettato*

altrimenti si avrebbe la (inaccettabile) trasformazione di un reato di evento in reato di pericolo".

Quindi, con riferimento alla materia in esame, non basta che i vertici non abbiano colposamente controllato l'esatta osservanza delle regole, ma è necessario che abbiano ricevuto segnali precipui della pratica usuraria e non l'abbiano impedita.

Nell'accertamento, bisogna tener conto delle variabili che connotano il caso concreto; ad esempio, può accadere che i soggetti inseriti nel consiglio di amministrazione, non solo sono all'oscuro del singolo contratto di finanziamento -come verosimilmente accade nella maggior parte dei casi- ma neppure sono a conoscenza che un determinato finanziamento, all'esito degli accordi concretamente raggiunti con la clientela, sia stato erroneamente qualificato e collocato in una categoria di operazioni con tasso soglia più elevato anziché in un'altra, sulla base di una valutazione che è necessariamente demandata all'ufficio chiamato a trattare con la clientela.

La distinzione può variare tra scelte predeterminate sottoposte al vaglio del consiglio di amministrazione (che tuttavia ben difficilmente ricadono in ipotesi criminose) e decisioni adottate a livello esecutivo che normalmente sfuggono al controllo preventivo da parte dei vertici, ai quali potrebbero essere ascrivibili solo in base ad un monitoraggio, caso per caso, delle singole operazioni concluse dai funzionari direttamente con la clientela.

Del resto, nella stessa decisione della Suprema Corte n. 46669 si avverte l'esigenza di differenziare le ipotesi in cui la determinazione delle condizioni contrattuali venga *"demandata agli organi gestionali, non potendo essere del tutto rigida, essendo connessa all'andamento dei mercati"*, ed a volte *"è personalizzata in relazione alle caratteristiche ed esigenze del singolo cliente"*.

In sintesi, in ipotesi di prestito usurario, la condotta è certamente riferibile in termini soggettivi al funzionario che ha materialmente proceduto alla negoziazione ed alla riscossione dei ratei.

Sono chiamati a rispondere altresì i soggetti che, in ipotesi di prestiti a tassi usurari predeterminati, abbiano deliberato le condizioni generali da osservare nelle singole erogazioni in termini di interessi e costi, dovendo certamente costoro rispondere di ciò che viene eseguito sulla base delle loro deliberazioni.

Per i vertici, ovvero per i legali rappresentanti dell'istituto bancario, non è sufficiente la dimostrazione che costoro, colposamente, non abbiano controllato l'esatta osservanza delle regole, ma è necessario che abbiano ricevuto segnali precipui della pratica usuraria e non l'abbiano impedita.

Nel caso in esame, il superamento del tasso soglia, ad avviso dell'opponente e del suo consulente di parte, sarebbe ricollegabile al fatto che la negoziazione intercorsa tra le parti, espressamente definita in rogito come mutuo a SAL (stato d'avanzamento lavori), rientra nella categoria dei mutui ipotecari ordinari a tasso variabile, per i quali non è consentita l'applicazione del tasso effettivamente concordato pacificamente superiore alla soglia prevista per questa categoria.

Al contrario il consulente del P.M. ha ipotizzato che il mutuo a SAL debba essere ricondotto nella categoria "altri finanziamenti", per i quali è prevista una soglia più elevata, non oltrepassata dai contratti stipulati dalle parti in causa.

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte sulla individuazione dei soggetti responsabili, occorre subito evidenziare che in entrambe le ipotesi, non è stata effettuata alcuna investigazione per accertare il concorso nella condotta in contestazione da parte dei presidenti del consiglio di amministrazione.

Infatti, nel caso in esame potrebbe trattarsi di una specifica pattuizione consistita nel ricollegare il mutuo a SAL ai tassi previsti per la categoria "altri finanziamenti", deliberata in sede di trattative, non ascrivibile, neppure a livello di responsabilità per omesso controllo preventivo, ai presidenti del consiglio di amministrazione.

Diversamente, nel caso in cui si accerti che gli organi di vertice, siano rimasti inerti nonostante abbiano ricevuto segnali che questo genere di mutui sia stato costantemente ricondotto dai funzionari alla categoria "altri finanziamenti" per prassi consolidata, o sulla base di direttive provenienti da omissis sovraordinati, o ancora, nonostante precedenti contenziosi che abbiano coinvolto i vertici, potrà ipotizzarsi il concorso dei presidenti del consiglio di amministrazione per non aver impedito un evento che avevano l'obbligo di impedire.

E il dilemma deve essere sciolto attraverso approfondimenti investigativi per verificare quale delle due ipotesi ricorra.

§ 2- In ordine logico, il predetto accertamento deve essere preceduto dalla corretta qualificazione del contratto secondo le categorie indicate nei decreti che trimestralmente indicano i tassi medi.

Come è noto le rilevazioni trimestrali riguardano diverse categorie di operazioni ed indicano per ciascuna uno specifico tasso medio sulla base del quale viene determinato il tasso soglia.

Può accadere che — come in questo caso - si controverta in ordine alla qualificazione del contratto e si renda necessario stabilire a quale categoria appartenga, con evidenti conseguenze sulla individuazione del tasso soglia di riferimento

Ad esempio, nella giurisprudenza di merito è dibattuta l'individuazione **della categoria di riferimento dei mutui ipotecari a stato di avanzamento lavori, poiché da alcuni sono ricondotti nella categoria dei "mutui ipotecari" (indicata in tabella al punto 7) e da altri in quella denominata "altri finanziamenti" (indicata in tabella al punto 10).**

Le conseguenze della diversa qualificazione sono rilevanti perché per i "mutui ipotecari" è indicato un tasso medio notevolmente inferiore rispetto a quello degli "altri finanziamenti"; ad esempio, nell'ultimo trimestre del 2010 per i mutui ipotecari a tasso variabile il tasso medio era pari al 2,6 % ed invece, per gli altri finanziamenti, al 12,33 %.

E' evidente pertanto che lo stesso contratto, in cui ad esempio sono previsti in concreto interessi al 5,46 %, possa essere considerato usurario o lecito, in base alla qualificazione secondo l'una o l'altra categoria.

Per i mutui ipotecari a stato di avanzamento lavori la giurisprudenza di merito è divisa in due orientamenti.

Coloro che sostengono la qualificazione di "altri finanziamenti" sostengono che il maggior tasso sarebbe giustificato da un rischio più elevato rappresentato dal fatto che la prima erogazione avviene quando l'opera non è ancora iniziata.

Hanno condiviso questo orientamento il Tribunale di Cagliari con la sentenza del 24 aprile 2018, n. 1350 richiamata dal difensore degli indagati, ed il Collegio dell'Arbitro Bancario e Finanziario di Napoli - Decisione N. 4456 del 03 giugno 2015.

Il Tribunale di Cagliari ha sottolineato che il mutuo a SAL, ancorché ipotecario, ha natura di contratto atipico poiché ha natura giuridica di negozio ad effetti obbligatori, nel quale la consegna della somma non è elemento costitutivo ma oggetto di obbligazione, differenziandosi perciò dal mutuo disciplinato dagli articoli 1813 e seguenti del codice civile, tipico contratto reale che si perfeziona con la *datio rei*; e da ciò ha tratto la conseguenza che per l'individuazione del tasso medio di riferimento si debba tener conto della categoria "10 — altri finanziamenti" in cui sarebbero compresi i contratti di finanziamento atipici.

Il collegio arbitrale di Napoli ha sinteticamente affermato che il mutuo a SAL, anche se garantito da ipoteca, viene generalmente stipulato ad un tasso più alto per compensare il rischio della insolvenza anteriore alla ultimazione delle opere poste a garanzia e quindi alla loro effettiva valorizzazione; ha perciò concluso per la congruità dell'inserimento nella decima categoria "altri finanziamenti".

A sostegno della prima tesi sono altresì richiamate le istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi che, apparentemente, riconducono indistintamente i mutui a SAL nella categoria "altri finanziamenti".

Sulla base di questa premessa si afferma che la rilevazione dei tassi medi relativa alla categoria "*altri finanziamenti*" è effettuata anche sulla base dei tassi normalmente praticati per i mutui a SAL, sicché sarebbe irragionevole rapportare in concreto i tassi effettivamente praticati per questo tipo di contratti ad altra categoria, poiché determinerebbe un rapporto tra grandezze non omogenee.

In altri termini, si ripropongono i principi affermati dalla Suprema Corte con la sentenza n. 12965 del 2016 in materia di commissione di massimo scoperto, partendo tuttavia da un postulato indimostrato, ovvero che le istruzioni della Banca d'Italia nella elencazione dei contratti a cui si riferisce la categoria "10", abbia incluso anche i mutui a SAL, connotati da iscrizione ipotecaria su beni già esistenti che garantiscano a sufficienza la prima erogazione.

Gli argomenti a favore della definizione come mutui ipotecari tendono a ridimensionare invece il rischio sotteso alla erogazione frazionata, poiché l'istituto di credito acconsente alla erogazione dopo aver verificato l'avanzamento dei lavori e quindi l'incremento di valore del bene oggetto di garanzia reale, già considerato a garanzia della prima erogazione.

In senso analogo si è pronunciato il Tribunale di Brindisi con l'ordinanza del 2/2/2018, richiamata dall'opponente, che ha genericamente condiviso l'assenza di un rischio maggiore rispetto agli ordinari mutui ipotecari

E altro Collegio Arbitrale (Milano - Decisione N. 5265 del 14 agosto 2014) ha altresì correttamente sottolineato che il discrimine corre, sin dalla fase genetica del contratto, lungo la linea della proporzionalità delle garanzie rispetto all'entità del debito.

Ad esempio, al momento della prima erogazione, se è vero che l'opera non è ancora iniziata, esiste pur sempre il terreno edificabile oggetto di ipoteca che ha un valore di cui si deve tener conto nella determinazione del rischio effettivo.

Per stabilire a quale dei due orientamenti è preferibile aderire occorre tener conto delle peculiarità del contratto sottoposto ad esame, come è d'uopo in ogni attività di qualificazione del fatto.

Si tratta di mutuo edilizio stipulato il 1 dicembre 2010, con erogazioni frazionate al tasso del 5,46 % annuo, da restituirsi in trenta anni con rate comprensive di capitale ed interessi, garantito da ipoteca su quoziente di terreno edificabile di mq 1.500.

Non si attaglia al caso concreto l'argomentazione che fa leva sul maggior rischio che il tipo di finanziamento concesso comporterebbe rispetto ad un mutuo ordinario.

Evidente il peso della garanzia ipotecaria nel rendere meno rischioso il finanziamento e quindi nel giustificare un tasso di interesse più contenuto.

E si tratta di una iscrizione ipotecaria rilevante anche con riferimento alla prima erogazione, la quale non è affatto concessa senza alcuna effettiva garanzia patrimoniale, essendo stato ipotecato il terreno edificabile, stimato ad un valore congruo rispetto al primo finanziamento erogato.

Per le successive erogazioni, è stato efficacemente affermato che il versamento avviene dopo la constatazione dello stato di avanzamento dei lavori.

Non è neppure pertinente il richiamo alle citate istruzioni della Banca d'Italia di agosto 2009, poiché, ad una più attenta lettura, si evidenzia che nella categoria "altri finanziamenti" sono collocati i mutui che prevedono l'erogazione a stato di avanzamento lavori, senza specificazione dell'ulteriore connotato, che qui invece ricorre, costituito dalla effettiva garanzia ipotecaria. L'allineamento ai mutui chirografari, contenuto nella definizione della stessa categoria "10", lascia intendere che siano stati considerati come "altri finanziamenti" i mutui a SAL non adeguatamente garantiti da ipoteca su beni già esistenti, il cui valore è in grado di supportare la prima erogazione.

Ed invece, nelle stesse istruzioni, la definizione di mutui collocati nella categoria 7), delinea caratteristiche perfettamente speculari al contratto oggetto di lite, costituite dalla durata ultraquinquennale, dalla effettiva garanzia ipotecaria, e dalla previsione di un rimborso attraverso il pagamento di rate comprensive di capitale ed interessi.

In sintesi, gli argomenti che militano a favore della qualificazione secondo la categoria dei mutui ipotecari appaiono insuperabili.

Come si è già sottolineato, ad una più attenta lettura delle Istruzioni della Banca d'Italia, il mutuo a stato di avanzamento lavori, se garantito da ipoteca su beni già esistenti con valore proporzionato alla prima erogazione, ha tutti i requisiti della categoria 7)

Non si ravvisa un maggior rischio che giustifichi il più alto tasso normalmente praticato per "*altri finanziamenti*".

Ed infine, a sostegno di questa opzione interpretativa, appare sintomatico il fatto che in questo caso le parti abbiano concordato un tasso di interesse annuo (5,46%) prossimo alla soglia dei mutui ipotecari e parecchio distante da quello della categoria "altri finanziamenti".

A ciò consegue che debba farsi conto sul parametro dei mutui ipotecari a tasso variabile (categoria 7), e non su quello di "altri finanziamenti" (categoria 10), a cui invece ha ritenuto di adeguarsi il consulente del Pubblico Ministero.

§ 3 - Ultima questione meritevole di approfondimento — prima in ordine logico - è se sia stato correttamente applicato dai consulenti il criterio di determinazione del tasso soglia.

La legge di interpretazione autentica n.24 del 28 febbraio 2001, ha stabilito —con efficacia retroattiva - che si intendono usurari gli interessi che superano il limite previsto dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, con esclusivo riferimento al momento genetico del rapporto contrattuale.

Infatti, l'articolo 1 della predetta legge àncora il, criterio di determinazione della soglia al tasso esistente al momento della pattuizione, sulla falsariga della disciplina vigente in altri ordinamenti che fa espresso riferimento al momento della concessione del prestito per la verifica dell'eventuale superamento del limite.

E' dunque è necessario stabilire come si determina il tasso-soglia per accertare se la pattuizione *inter partes* del 01.12.2010 lo abbia superato, integrando per ciò solo il reato di usura, ovvero sia rimasta nei limiti di liceità.

Al riguardo si rammenta che la normativa originariamente introdotta dall'art.2, comma 4, della legge 108 del 1996 prevedeva come usurari i tassi che superavano il tasso medio del periodo aumentato della metà.

Di recente, e precisamente dal 14 maggio 2011, il Legislatore, con il DL 70/2011 ha modificato il criterio di calcolo, stabilendo che il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è calcolato aumentando il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali.

Si tratta di vedere se questa modifica legislativa, ove determini un trattamento più favorevole, possa essere ricondotta nella sfera di applicazione della disciplina sulla successione delle leggi penali nel tempo, di cui all'articolo 2 del codice penale.

La questione è rilevante perché la menzionata pattuizione di interessi potrebbe risultare superiore o inferiore alla soglia a seconda del criterio osservato per la determinazione della soglia.

E' noto che l'art. 644 c.p. è una tipica norma penale in bianco, in cui è determinata la sanzione ma non il precetto, che resta generico, essendo destinato ad essere completato da un elemento esterno introdotto da una norma extrapenale.2.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 2451 del 27 settembre 2007 hanno affermato il principio che, in tema di successione di leggi penali, la modificazione (più favorevole) della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva.

Nella motivazione sono sanciti alcuni principi generali che certamente devono orientare anche il giudizio in *subiecta materia*.

Si è autorevolmente affermato che l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato.

La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto rispetto alla precedente che, in quanto tale, una volta accaduta, non può subire modificazioni.

Ed ancora si è affermato che, nell'ambito della fattispecie penale, le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, vista la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali; perciò occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate.

Il giudizio deve essere certamente rigoroso, poiché la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe (Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393), per le norme diverse da quelle penali costituisce una eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama.

Ad esempio, la giurisprudenza ha in tal senso considerato la disposizione civilistica quando è stata modificata dall'art. 1 I. 8 marzo 1975, n. 39, che ha ridotto il limite della maggiore età da ventuno a diciotto anni: la vicenda è stata ricondotta nell'ambito dell'art. 2 c.p. ed è stata esclusa la punibilità dei fatti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) commessi nei confronti di persone di età tra i diciotto e i ventuno anni prima che il limite della maggiore età venisse ridotto (Sez. VI, 11 aprile 1975, n. 8940, Centone, rv. 130790; Sez. VI, 29 dicembre 1977, n. 3791, Amato, rv. 138463).

In casi come questi si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare, alla stregua dell'art. 2 c.p., come una successione di norme penali.

Incidentalmente si osserva che anche nel caso di specie, attraverso la modifica del criterio di calcolo della soglia, si è ulteriormente circoscritta l'area di rilevanza penale per determinate operazioni in cui i tassi normalmente praticati risultano di entità contenuta.

In applicazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite, si ritiene che il D.L. 70/2011 abbia introdotto una norma extrapenale che integra in modo essenziale il precetto, e che perciò è sottoposta al regime della successione di leggi di cui all'art. 2 del codice penale.

Innanzitutto, dalla lettura della norma sul reato di usura come modificata dalla legge 108/96, si ricava immediatamente l'essenzialità del criterio di calcolo. Infatti, il tratto fondamentale che connota gli elementi costitutivi della condotta illecita è costituito essenzialmente dal superamento del tasso-soglia, non essendo più necessario l'approfittamento dello stato di bisogno della vittima, diversamente considerato come circostanza aggravante; il criterio di calcolo della soglia - oltre la quale la pattuizione o corresponsione di interessi integra usura - è dunque il principale elemento che connota la condotta illecita.

Sotto il profilo della *ratio legis*, appare evidente che il legislatore ha modificato il criterio di calcolo perché si è reso conto che il metodo precedente (tasso medio aumentato della metà) non dava una risposta proporzionata alla minore o maggiore offensività, trattando allo stesso modo situazioni diverse anche in astratto e comunque riconducibili alla stessa fattispecie.

Il criterio infatti regolava allo stesso modo operazioni finanziarie, con interessi di entità contenuta e prossima alla soglia, e operazioni con tassi medi elevati che maggiormente incidono in danno della parte debole.

Il nuovo criterio di calcolo (tasso medio, aumentato di 1/4, e ulteriormente aumentato di 4 punti), invece, porta ad un innalzamento della soglia per gli interessi di entità contenuta e addirittura ad una sua contrazione per i tassi a doppia cifra.

Ad esempio, in relazione ad un tasso medio del 4%, la soglia — secondo il nuovo criterio — è pari al 9% ($4\% + \%*4 + 4$), laddove secondo il vecchio metodo sarebbe stata pari al 6% ($4\% + 1/2*4$); in relazione al tasso del 18%, il nuovo criterio colloca la soglia al 26% ($18 + 8$ — differenziale massimo), laddove il vecchio criterio l'avrebbe portata al 27% ($18 + 1/2*18$).

E non si tratta di ipotesi inverosimili, poiché, ad esempio, tra le rilevazioni trimestrali nel periodo in cui è intervenuto il DL. 2011, si riscontrano tassi medi di tale entità (es. dal 1° gennaio — 31 marzo 2010, per le operazioni "Altri finanziamenti alle famiglie effettuati dalle banche - che include anche prestiti su pegno" - il tasso medio era pari al 18,13 %).

Inoltre, la scelta del legislatore serve ad evitare che per operazioni con tassi di interesse contenuti la soglia di riferimento sia meno influenzabile da piccole oscillazioni nelle rilevazioni trimestrali del tasso medio, essendo comunque previsto un differenziale (di 4 punti) in misura fissa.

Si tratta evidentemente di una scelta che incide direttamente nella graduazione della offensività della fattispecie astratta operata dal legislatore per esigenze di ragionevolezza e non dettate da esigenze del particolare momento storico in cui è intervenuto.

Infine, si rammenta che a fondamento della regola della retroattività della norma penale di favore e delle norme extrapenali che la integrano è stato richiamato in dottrina il principio di parità di trattamento, sancito dall'art. 3 Cost., e il richiamo è certamente corretto, con l'avvertenza però che l'art. 3 Cost. riguarda situazioni uguali e legittima, all'opposto, trattamenti diversi quando le situazioni da regolare sono diverse.

Si pensi al caso di identici contratti di mutuo stipulati rispettivamente il giorno prima dell'entrata in vigore del DL. 70/2011 e all'indomani del termine di vigenza, riconducibili al parametro della stessa rilevazione trimestrale.

L'applicazione di criteri diversi comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento, ancora più evidente laddove si consideri che il reato di usura - per giurisprudenza costante - può presentare la struttura dei delitti a condotta frazionata o a consumazione prolungata, qualora alla promessa segua -mediante la rateizzazione degli interessi convenuti - la dazione frazionata di essi, sicché condotte poste in essere nello stesso contesto temporale potrebbero essere sottoposte a differenti criteri di calcolo del tasso- soglia.

Tutto quanto osservato porta a ritenere che il D.L. 70/2011, nel dettare il nuovo criterio di calcolo, abbia introdotto una norma extrapenale che integra in modo essenziale il precetto, e che perciò è sottoposta al regime della successione di leggi di cui all'art. 2 del codice penale.

Queste osservazioni, già condivise dalla dottrina (Diritto Penale Contemporaneo, 20 febbraio 2011 - LA SUCCESSIONE "MEDIATA" DELLE NORME PENALI E IL DELITTO DI USURA - con nota a Ord. Trib. Cosenza del 21/9/2016) non permettono di aderire all'orientamento seguito da Cass. 2011 n.46669, che, al contrario, ha ritenuto estranea alla disciplina della successione di leggi ex art. 2 c.p. la modifica del criterio di calcolo del tasso

soglia introdotta dal DL 70/11, perché sarebbe inidonea ad incidere sulla struttura essenziale del reato.

La suddetta decisione parte dalla corretta osservazione secondo cui l'applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, sancito dall'art. 2 cod. pen., comma 3, 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 extrapenali che la integrano.

Tuttavia, pur partendo da questa premessa indiscutibile, poi afferma che il D.L. 70/2016 non avrebbe inciso in modo essenziale sulla fattispecie penale, non avrebbe ritagliato un'area di rilevanza penale più circoscritta e che, ove il legislatore avesse voluto garantire l'applicazione retroattiva del metodo, lo avrebbe detto con una norma di interpretazione autentica.

Oltre alle superiori argomentazioni sulla essenzialità del criterio di calcolo a livello di struttura del reato, si deve replicare che l'innalzamento della soglia riduce automaticamente l'ambito di applicazione della fattispecie penale e che l'interpretazione autentica non era assolutamente necessaria, perché trattandosi di norma integrativa che va a connotare il precetto è già di per sé riconducibile alla sfera di operatività dell'articolo 2 del codice penale, come — in linea generale e già da tempo — hanno affermato le Sezioni Unite.

Conclusioni

Alla luce delle superiori argomentazioni si rendono indispensabili ulteriori investigazioni di seguito indicate.

Innanzitutto, occorre che il Pubblico ministero sottoponga all'attenzione del suo consulente il differente sistema di calcolo del tasso soglia introdotto dal DL 70/2011 al fine di verificare se in base al predetto criterio (Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali) il tasso di interesse concordato rimanga al di sotto della soglia prevista per i mutui ipotecari a tasso variabile (di cui alla cat. 7 delle rilevazioni trimestrali), ovvero la superi.

Solo se sarà accertata la seconda ipotesi, il P.M. dovrà procedere all'iscrizione nel registro degli indagati dei funzionari che hanno concretamente proceduto alla stipula dei contratti; inoltre, verificare se nel caso di specie agli organi di vertice siano pervenuti segnali della prassi illecita e ciò nonostante siano rimasti inerti.

Giorni 120 per il supplemento investigativo.

Cosenza, 21 dicembre 2018

Il giudice per le indagini preliminari
Dr. Francesco Luigi Branda