

L'usura nei contratti bancari derivati denominati Interest Rate Swap.

Il reato di usura, disciplinato dall'art. 644 c.p., è stato radicalmente ridisegnato dal legislatore del 1996, eliminando dal testo della norma ogni riferimento all'altrui "condizione di minorità economica" e introducendo il così detto "tasso soglia usura".

Concettualmente la novella introdotta dal legislatore ha eliminato, o radicalmente ridotto, l'elemento soggettivo, non rilevando più in modo compositamente irrinunciabile, ai fini della consumazione del reato, la condizione di bisogno in cui deve trovarsi, al momento della erogazione del credito, il soggetto finanziato, ma essendo sufficienti, indipendentemente da questo, il fatto oggettivo del superamento del tasso soglia *pro tempore* vigente secondo le pubblicazioni periodiche della Banca d'Italia (usura oggettiva). Nella nuova formulazione dell'art. 644 c.p. al comma n. 4, permane, tuttavia, rispetto alla vecchia concezione della fattispecie in esame, anche la ipotesi di integrazione del reato di usura tenuto conto delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria del soggetto finanziato anche qualora non si ravvisi il superamento del tasso soglia usura : *"Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria"* (usura soggettiva).

Anche nei contratti derivati IRS è possibile ravvisare il superamento di detto tasso soglia usura, benchè il processo logico attraverso il quale si arriva ad individuare gli elementi di tale fattispecie criminosa non appaia di immediata e facile comprensione.

In primo luogo appare indispensabile comprendere il concetto di "finanziamento implicito", frequentemente insito in dette strutture contrattuali; concetto che costituisce il presupposto concreto su cui operare le analisi atte ad individuare criticità quali il superamento del tasso soglia usura.

Difatti, attraverso le modifiche introdotte con la Legge del 1996, è emerso chiaramente come la qualificazione del reato di usura non è più necessariamente legata all'esistenza di un rapporto di credito in senso formale. I termini usati dal legislatore del '96 hanno voluto evitare che le ipotesi di usura possano essere a priori eluse sulla base del mero *nomen iuris* del contratto o del rapporto intercorso tra le parti.

Uno degli studiosi più illustri, Perangelo Dagna (Profili civilistici dell'usura), trattando il tema dell'usura, osserva: *"la prestazione dell'usurario non è più (come nella precedente fattispecie di reato) "denaro o altra cosa mobile" ma è invece estesa a ogni utilità; altresì la controprestazione può consistere non solo in interessi, ma anche in altri vantaggi o compensi"* .Questa interpretazione estensiva della norma del 1996 nasce dalla considerazione dell'intento del legislatore che era quello di colpire, con la riforma, il fenomeno usurario in tutte le sue manifestazioni e non solo in quelle più tradizionali.

A ciò si aggiunge, più nello specifico, che l'art. 47, comma 2, Reg. Consob n. 11522/98, configura come concessione di finanziamenti anche l'effettuazione di ogni operazione finalizzata all'acquisizione, da parte dell'investitore, di somme di denaro o strumenti finanziari contro il pagamento di un interesse.

Muovendo, quindi, dalla definizione di finanziamento così come contenuta nella normativa Consob e così come suggerita dalla dottrina è possibile concludere che anche attraverso la stipula e soprattutto attraverso la rimodulazione di strumenti finanziari derivati, la Banca può concedere al Cliente dei finanziamenti impliciti soggetti alla normativa in ambito di usura.

Nel concreto, i processi metodologici atti ad individuare la presenza o meno di un finanziamento implicito ed eventualmente il superamento del tasso soglia di usura, ex L. 108/96, nell'ambito di un contratto derivato, sono i seguenti.

Il primo, di immediata evidenza, è quello in cui si ravvisa il finanziamento erogato dalla Banca alla Società in occasione della rimodulazione di un contratto derivato anticipatamente estinto il cui valore negativo viene azzerato attraverso la stipula di un nuovo contratto e la conseguente erogazione di una somma di denaro, denominata “*up-front*”, a titolo di finanziamento.

Questa somma non rappresenta un utile per il Cliente, in quanto integralmente utilizzata per effettuare la cancellazione di precedenti derivati in perdita.

Così facendo il Cliente ha maturato, senza neppure rendersene conto, all'atto della anticipata estinzione del contratto e nella assoluta convinzione che il passaggio da un contratto ad un altro non avesse nessun costo, un debito con la Banca, finanziato poi dalla stessa attraverso l'erogazione dell'*up-front* (universalmente considerato come una forma di indebitamento da parte del Cliente rispetto alla Banca).

A riprova del fatto che l'*up-front* costituisce a tutti gli effetti un finanziamento erogato dalla Banca al Cliente per coprire il precedente derivato in perdita si osservi come la sua concedibilità comporta, per la Banca, la delibera di una specifica linea di credito di pari importo.

Il secondo, di non immediata evidenza ma sul quale la dottrina finanziaria più autorevole ha ormai fornito delle indicazioni molto precise, è quello in cui, in assenza di flussi di cassa all'atto della stipula del derivato, si ravvisa il finanziamento erogato dalla Banca alla Società attraverso un procedimento di scomposizione delle componenti del derivato che consente di individuare il capitale finanziato dalla Banca. Effettuando, in via preliminare e attraverso una specifica perizia tecnico-finanziaria, la scomposizione del derivato nelle sue componenti derivate elementari - operazione, in gergo, denominata “*unbundling*” - è possibile individuare il finanziamento implicito sul quale operare la verifica del superamento o meno del tasso soglia usura.

Difatti, ogni derivato contiene delle “**componenti positive**” per il Cliente (così definite quelle componenti che costituiscono l'obiettivo reale del derivato e che di solito rappresentano o dovrebbero rappresentare la copertura di un rischio), che vengono implicitamente acquistate con il contratto derivato e formano il portafoglio di copertura del Cliente stesso.

In assenza del pagamento materiale del premio iniziale dovuto per l'acquisto delle componenti positive - cosa che nel concreto non avviene (quasi) mai - il derivato viene completato con delle “**componenti negative**” (così definite quelle componenti che di fatto vengono vendute dal Cliente alla Banca, in quanto ad essa favorevoli) che rappresentano il modo in cui la Banca fornisce (finanzia) al Cliente la somma necessaria all'acquisto delle componenti positive.

E' proprio attraverso quest'ultimo passaggio che si realizza il finanziamento (implicito) da parte della Banca a favore del Cliente ed è proprio attraverso la scomposizione delle componenti del derivato che si comprende come la Banca ha costruito, all'interno del derivato, tale finanziamento: le componenti positive del derivato, anziché essere pagate alla Banca, vengono finanziate dalla stessa al Cliente attraverso componenti per lui negative. Peraltro la componenti positive del derivato risultano, nella maggior parte dei casi, nettamente inferiori alle componenti negative; detto squilibrio matematico complessivo del valore delle componenti porta alla quantificazione di un “*fair value*” negativo per il Cliente. Per ricostruire l'equilibrio dell'operazione, all'atto della stipula del derivato, la Banca dovrebbe versare al Cliente il predetto “*fair value*”, importo che prende anche il nome di “*up front matematico*”; cosa che di fatto spesso non fa.

Nella prassi, infatti, è semmai uso delle banche riconoscere al Cliente soltanto una parte dell'*up-front matematico* necessario per riequilibrare il rapporto; in questo modo il *mark-up*, ovvero la differenza tra l'*up-front matematico* e quello effettivamente riconosciuto, mantiene, almeno in parte, lo stato di squilibrio iniziale del contratto (commissione occulta).

In entrambe le due ipotesi, comunque, sia che si parli di mancata erogazione da parte della Banca dell'intero *fair value* oppure sia che si parli di parziale erogazione, *mark-up*, la Banca matura e trattiene un margine comunemente detto “commissione implicita” o “commissione occulta”, che costituisce l'interesse del finanziamento implicito.

Le casistiche esaminate dal nostro studio consentono sovente di individuare la presenza, attraverso l'analisi tecnico-finanziaria dei contratti, di finanziamenti impliciti concessi al Cliente dalla Banca (o come componente positiva del derivato o come erogazione di un *up-front*) e le commissioni occulte applicate attraverso le quali si sviluppa poi l'usura,

Difatti, mettendo a confronto i tassi (commissioni occulte) applicati al finanziamento implicito (*up-front*/componenti positive) del derivato con il tasso soglia di riferimento per la categoria “anticipi, sconti commerciali e altri finanziamenti delle imprese effettuati dalle banche, talvolta, è possibile rilevare il superamento del tasso soglia usura così come dettato dalla Legge n. 108/96.

Ciò determina l'integrazione della fattispecie di reato di usura di cui all'art. 644 c.p., così come modificato dalla Legge 108/96, e la contestuale applicazione dell'art. 1815 c.c. secondo il quale: “...se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi?”.

L'usura interna rilevata nelle condizioni finanziarie del contratto derivato non risulta però, in talune casistiche, l'unica rilevabile.

Difatti, accade sovente che la Banca proponga al Cliente la stipula di un IRS contestualmente alla concessione di un mutuo, talvolta addirittura subordinando la delibera sul mutuo alla stipula del contratto derivato.

Qualora accertata detta circostanza, in conformità con quanto suggerisce la matematica finanziaria a riguardo, occorre operare una valutazione dei costi del mutuo che tenga doverosamente conto anche dei costi del contratto derivato.

Quindi, al fine di individuare l'eventuale superamento del tasso soglia usura del mutuo contratto dal Cliente, occorrerà, alla luce della normativa di riferimento di cui all'art. 644 c.p., includere nelle componenti del calcolo medesimo, anche tutti i costi prodotti dal contratto derivato, in quanto palesemente accessorio al contratto di mutuo (così come ad esempio avviene per l'assicurazione, i costi di istruttoria...), tra cui anche quanto pagato dal Cliente alla Banca sugli effetti negativi del contratto, differenziali negativi.

Risulta, quindi, di palese evidenza come tutti gli addebiti pagati dal Cliente in relazione al contratto derivato costituiscano delle componenti di costo del mutuo nella misura in cui il contratto derivato è stato posto come condizione alla concessione di erogazione del credito da parte della Banca ed è stato quindi imposto come costo accessorio allo stesso¹.

Avv. Micaela Veronese

¹ Ai sensi e per gli effetti dell'art. 644 c.p. “*per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione di credito*”.

La Legge n. 24 del 28 febbraio 2001 “*interpretazione autentica della Legge 108 del 7 marzo 1996*” chiarisce che “*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma del codice civile, **si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del pagamento.***”

La Corte Costituzionale con sentenza 29 del 25 febbraio 2002 “*In difetto di una specifica motivazione in ordine alla applicabilità anche agli interessi moratori dell'art. 1815 (...) va in ogni caso osservato – ed il rilievo è di per se decisivo – che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 394 del 2000, agli **interessi “a qualunque titolo convenuti”** rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui **il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori**”.*

La Corte di Cassazione con sentenza n. 350 del 9 gennaio 2013, e nn. 602 e 603 dell'11 gennaio 2013 ha chiarito e statuito che **gli interessi moratori concorrono alla determinazione del tasso usurario;**

Devono, infatti, ritenersi rilevanti, ai fini della integrazione della fattispecie dell'usura, tutti gli oneri che il contraente sopporta in connessione con l'erogazione del credito (Corte d'Appello di Milano . 2883/2013, Cass. Penale n. 12028/2010 e Cass. Penale n. 28743/2010).