

MARCO CIAN

LE COMMISSIONI BANCARIE NELLA RECENTE DISCIPLINA ^(*)

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento legislativo della commissione di massimo scoperto. Funzione, causa, struttura, nella prassi anteriore alla riforma; – 2. (*segue*); e nel d.l. 185/2008; – 3. (*segue*); il presunto "divieto" della commissione di massimo scoperto nel d.l. 78/2009. La sua ancora persistente legittimità e la relativa disciplina. – 4. Le modalità di introduzione nel testo contrattuale delle commissioni di affidamento e di massimo scoperto, della loro soppressione e modifica. – 5. L'inserimento della commissione di massimo scoperto (e della commissione di affidamento) nel paniere degli oneri rilevanti per la valutazione di usurarietà del tasso applicato.

1. La commissione di massimo scoperto ha avuto larghissima applicazione nei rapporti bancari. Essa veniva per lo più strutturata come costo, dovuto dal cliente con una data periodicità (ad esempio trimestrale), in misura percentuale rispetto alla cifra massima dell'affidamento utilizzata nel periodo; l'applicazione della commissione poteva poi essere condizionata al fatto che il prelievo avesse avuto una certa durata (ossia: la commissione veniva calcolata sulla massima esposizione debitoria perdurante per la frazione temporale prestabilita), oppure no; in ogni caso il periodo rilevante risultava generalmente molto contenuto.

Detta commissione afferiva anzitutto ai rapporti di finanziamento, e, costituendo una percentuale della somma utilizzata, finiva nella sostanza per rappresentare un costo dovuto dal cliente, su questa stessa somma, ulteriore rispetto agli interessi dal medesimo corrisposti e calcolati di giorno in giorno sul saldo negativo variabile. Poteva inoltre gravare sui saldi debitori

^(*) Il presente scritto sintetizza i risultati di un più ampio lavoro, pubblicato in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.

indipendentemente dall'esistenza di un affidamento concesso dalla banca: ossia, veniva applicata, ancora una volta in aggiunta al tasso di interessi, sul picco dell'esposizione del cliente che non avesse ottenuto alcun finanziamento, ma il cui conto corrente scendesse per effetto di prelievi tollerati dall'istituto, al di sotto dello zero, o che, per lo stesso motivo, utilizzasse una somma superiore rispetto a quella affidata. In tali casi, la commissione risultava generalmente più elevata rispetto a quella richiesta intrafido.

Così strutturata, essa finiva per costituire un onere difficilmente quantificabile in anticipo da parte del cliente e le cui dimensioni erano sostanzialmente aleatorie ed apparentemente non riconducibili ad alcuna ragione giustificatrice, all'interno dell'equilibrio negoziale tra le parti, specie nei casi di oscillazioni isolate ma molto accentuate nel prelievo di una somma altrimenti mediamente poco utilizzata; le perplessità sulla sua plausibilità sociale si riflettevano, a livello giuridico, generando dubbi sulla sua legittimità.

Se si prescinde dai, pur non secondari, rilievi che venivano mossi in ordine alla sua determinatezza, il punto cruciale riguardava fondamentalmente la *causa* del suo inserimento nel sinallagma contrattuale: dal momento che l'uso del denaro da parte del cliente trova la propria controprestazione caratteristica negli interessi dallo stesso corrisposti, e che i servizi accessori eventualmente offerti dall'istituto a supporto del finanziamento sono autonomamente remunerati attraverso l'addebito di specifici costi, occorre cercare un diverso titolo che potesse giustificare l'applicazione di una controprestazione aggiuntiva, nei termini in cui essa era comunemente strutturata: una diversa utilità economica (diversa dall'utilizzo della somma), goduta dal cliente, suscettibile di sostenere causalmente l'ulteriore onere accollatogli.

In questa direzione, scarso fondamento avevano le tesi che ravvisavano la funzione della commissione nel remunerare la banca per il maggior rischio nel recupero del credito, derivante

dall'incremento dell'esposizione debitoria del cliente rispetto a quella media del periodo¹. In realtà, questo rischio è calcolato dalla banca al momento della concessione del prestito e per l'intero ammontare affidato, e, a prescindere dalla circostanza che esso venga in concreto coperto in tutto o in parte attraverso la costituzione di garanzie personali o reali, la sua remunerazione non può che restare assorbita negli interessi; mentre, negli scoperti di conti correnti non assistiti da fidi, o l'istituto impedisce il prelievo eccedente la disponibilità, o, se lo tollera, si accolla un rischio retribuito non diversamente attraverso la corresponsione degli interessi.

Una lettura alternativa ravvisava nella commissione in parola la ricompensa per il costo che la banca deve sopportare per far fronte a richieste di denaro improvvise ed eccedenti la normale media di utilizzazione dell'affidamento: specie se di breve durata, i picchi di utilizzo sono remunerati in misura assai modesta dagli interessi, ma costringono l'istituto finanziatore, che eroga il prestito sulla base di un calcolo di ricorso "medio" alla somma messa a disposizione, da parte dei propri clienti, ad uno sforzo ulteriore e a costi aggiuntivi, che proprio la commissione di massimo scoperto sarebbe chiamata a premiare; in altre parole, questa pagherebbe l'onere derivante dalla non preventivabile (da parte dell'istituto, in quanto rimessa all'arbitrio esclusivo della controparte) elasticità dell'impiego del fido². In realtà, anche questo rischio è immanente alla stessa concessione del credito per l'intero ammontare per cui esso è concesso e non dovrebbe poter dunque giustificare la richiesta di una controprestazione autonoma a favore della banca; diversamente, verrebbe a delinearsi un sinallagma contrattuale all'interno del quale il cliente, pur avendo avuto accesso ad una linea di credito di una data entità, ne potrebbe liberamente far uso solo in parte (entro la soglia di "medio" utilizzo), mentre ogni impiego ulteriore, pur contenuto entro i limiti del capitale

¹ App. Lecce, 27 giugno 2000, in *Cont.*, 2001, 374.

² P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 673.

affidato, rappresenterebbe un'operazione eccedente, e tale da generare un diverso compenso a favore dell'istituto. Tutto ciò senza considerare che, in questa prospettiva, la commissione di massimo scoperto non dovrebbe trovare spazio quando il saldo negativo si mantenesse al di sotto di detta soglia, mentre essa ha (aveva) applicazione sotto questo profilo assolutamente incondizionata.

In realtà, la ricostruzione in esame conduce diritta al vero cuore della questione. La sola utilità economica non assorbita dal concreto godimento del denaro, riscontrabile in un rapporto di finanziamento in conto corrente, è rappresentata dalla costante disponibilità della somma, anche quando non utilizzata, entro il limite dell'affidamento concesso. L'impegno della banca a tenere in ogni momento a disposizione detta somma, per tutta la durata per cui è pattuito il prestito, non trova alcuna remunerazione negli interessi (che corrono proporzionalmente all'entità effettivamente prelevata e per il solo tempo dell'utilizzo) e costituisce, esso sì, un non irrilevante vantaggio per il cliente, soddisfacente di un interesse del tutto autonomo e indipendente dalla misura del concreto ricorso al denaro affidato.

In questi termini, la pretesa alla corresponsione di una controprestazione integrativa da parte del soggetto finanziato si giustifica appieno. Sennonché la struttura tipica della commissione di massimo scoperto e le sue condizioni di applicazione mal si adattavano ad una ricostruzione in questa chiave: sia perché essa era calcolata non sulla somma complessivamente affidata, bensì, come si è osservato, sul picco dell'utilizzato, tornando così ad ancorarsi ad un parametro riferito al godimento effettivo del denaro e non già alla sua disponibilità; sia perché era applicata anche per scoperti di conto in assenza di fidi (anzi, generalmente in questi casi era più elevata), rispetto ai quali la banca non ha assunto alcun obbligo avente ad oggetto la messa a disposizione della somma, che ne possa giustificare, in questa prospettiva, la pretesa.

Ora, la deviazione strutturale di una simile commissione rispetto al modello che avrebbe dovuto assumere una normale commissione di affidamento ne comportava, secondo una lettura abbastanza

diffusa anche nelle corti di merito – pur se non incontrastata –, una deviazione funzionale e, alla fine, la nullità per mancanza di causa³.

2. E' in questo complesso contesto che si è inserita la l. 2/2009, la quale, peraltro, si trascina dietro in buona parte l'ambiguità dello scenario che l'aveva preceduta.

Con il primo intervento normativo (il d.l. 185/2008; *rectius*, la legge di conversione, alla quale si deve l'introduzione dell'articolo in commento) si è stabilito che "sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido".

Un primo, importante indicatore della posizione sistematica che il legislatore ha voluto assumere è rappresentato dall'ultimo inciso: la circostanza che la commissione non sia applicabile in mancanza di affidamenti (il che si riferisce sia alle ipotesi in cui il saldo negativo riguardi un conto non affidato, sia a quelle in cui lo scoperto ecceda il finanziamento concesso) induce a pensare che la disposizione faccia propria la qualificazione della commissione come corrispettivo dell'impegno (della banca) a tenere la somma convenuta a disposizione del cliente.

Questa illazione appare tuttavia immediatamente smentita dall'ulteriore condizione di legittimità della commissione, ossia che essa venga applicata solo se risulta una esposizione debitoria perdurante per almeno trenta giorni consecutivi: per questa via si torna ad ancorare tale costo all'effettivo utilizzo del denaro, con buona pace della coerenza sistematica dell'istituto.

³ Cfr. ad esempio INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anotocismo e commissione di massimo scoperto*, in questa *Rivista*, 2003, II, 470 s.; M. TATARANO, *La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici*², Napoli, 2007, part. 55 ss.

Le opacità funzionali della commissione di massimo scoperto restano dunque immutate anche alla luce della disciplina di fine gennaio 2009. Epperò questa ha finito con il legittimarla (dalla nullità della clausola, quando non vengano rispettate le condizioni legali, si evince la sua validità, in caso contrario), e con il legittimarla proprio nella sua configurazione tradizionale, ossia come onere calcolato sulla maggior somma utilizzata nel periodo, per cui non se ne potrà più in alcun modo predicare la mancanza di causa. Il fatto che al picco dello scoperto, come tale, sia stato sostituito, al numeratore, il saldo negativo massimo continuato per trenta giorni (o per la maggiore durata eventualmente prevista dal contratto) non riconduce l'onere in esame entro l'alveo delle commissioni di affidamento pure, ma rappresenta esclusivamente uno strumento di contenimento del costo del denaro, colorando anzi ancor di più la commissione quale accessorio degli interessi.

3. In questo scenario normativo, si è dopo poco inserito anche il decreto legge estivo (n. 78 del 2009), che, “allo scopo di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto della commissione di massimo scoperto”, ha introdotto un nuovo, ultimo periodo nell'art. 2-*bis*, comma 1°, della l. 2/2009, disponendo che “l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione” (art. 2, comma 2°).

Con tutto ciò, ne è uscito un quadro regolamentare nel suo complesso non del tutto rigoroso dal punto di vista linguistico, ma soprattutto con qualche inconveniente sul piano interpretativo.

Facilmente superabili le imprecisioni contenute nella disposizione originaria (il primo periodo del primo comma, comunque rimasto invariato: le clausole non sono nulle – come è scritto –, se il saldo del cliente è negativo per un periodo inferiore a quello legale; lo sono, più correttamente, *se prevedono l'applicazione della commissione* anche per i casi in cui il saldo sia negativo per un periodo minore di quello legale), maggiori incertezze, questa volta sotto il profilo ermeneutico, genera quella estiva. Innanzitutto perché riferisce il limite massimo convenibile (lo 0,5 %) al

corrispettivo "di cui al periodo precedente", sennonché la commissione di massimo scoperto è regolata nel primo periodo, mentre il secondo (quello richiamato) disciplina le remunerazioni accordate "per la messa a disposizione di fondi ... indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma" (cioè la commissione di affidamento pura) e quelle accordate "indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi". Tecnicamente, proprio nel momento in cui si correla inscindibilmente la commissione di massimo scoperto a una durata minima di godimento del denaro, appare quantomeno non immediato poterla altresì qualificare come remunerazione che "non dipende" dall'effettiva durata dello stesso: se è vero infatti che la dimensione temporale non costituisce in senso stretto la variabile di cui l'entità della nuova cms è funzione, essa ne rappresenta comunque oramai l'indefettibile presupposto di applicazione. Sicché non parrebbe in linea teorica fuori luogo ipotizzare che la soglia dello 0,5 % riguardi esclusivamente le commissioni di affidamento pure (e il fatto che il parametro di calcolo sia dato proprio dall'entità della somma finanziata lo confermerebbe), e non già quella di massimo scoperto, che resterebbe allora liberamente fissabile senza limiti quantitativi (fatte salve le soglie antiusura).

Solo la *motivazione* dell'intervento normativo agostano, in qualche modo legificata, induce ad orientarsi diversamente.

L'assenza di coordinamento tra le diverse porzioni della disciplina non chiarisce per la verità un aspetto di portata ancora più generale, ossia se la commissione di massimo scoperto, nella sua formula consueta, sia addirittura uscita di scena definitivamente, o se, sia pure entro la soglia predetta, essa resti anche in futuro legittima. Nel primo senso sembrerebbe infatti deporre l'anodino riferimento al "divieto" della medesima, che la più recente disposizione avrebbe lo scopo di rendere effettivo: anodino e, in realtà, semplicemente mal espresso, perché sembra presupporre un intervento inibitorio, da parte della originaria l. 2/2009, che, per converso, della commissione in parola sanciva come si è detto la liceità. Però l'esistenza, *oggi*, di un divieto *tout court* parrebbe confermata dal fatto che la soglia massima pattuibile è determinata in una percentuale *sull'affidato*,

senza altre alternative: se questa fosse la prospettiva da accogliere, la commissione di affidamento *pura* risulterebbe attualmente la sola legittimamente applicabile, quale corrispettivo per la messa a disposizione dei fondi.

In realtà, il limite, così com'è configurato, agisce quale vincolo esterno alla libertà negoziale dei contraenti, ma non c'è ragione di pensare che non sia attualmente più convenibile una diversa modalità di calcolo dell'onere, sempre che si rimanga al di sotto della soglia di legge. Che questa sia correlata all'ammontare del finanziamento concesso è conseguenza immediata del divieto (questo sì tale) di pattuire oneri sugli sconfinamenti ultra fido. Ma poiché la tradizionale commissione di massimo scoperto, in quanto calcolata sulla massima esposizione debitoria del periodo, e nella misura in cui non sia prevista per la parte di scoperto eccedente l'importo finanziato, si traduce in un beneficio in testa al cliente, rispetto alla commissione di affidamento, essa dovrebbe restare anche oggi legittima. La circostanza che le concrete dimensioni dell'onere gravante sul cliente stesso, di trimestre in trimestre, non siano determinabili *ex ante*, non può deporre in senso contrario, se si tiene conto del fatto che la finalità primaria della nuova disciplina consiste nel contenimento del costo del denaro e che non c'è motivo di pensare che, per un eccesso di trasparenza a favore della parte debole del contratto, se ne sia inteso sacrificare l'interesse economico principale. Né in questa direzione potrebbe avere spinto, plausibilmente, la volontà di uniformazione del sistema bancario nel suo complesso.

In questo quadro, il risultato prodotto dall'art. 2-*bis*, nel suo insieme e nella sua versione odierna, è quello di avere definitivamente legittimato la commissione di massimo scoperto (oltre che quella di affidamento pura), circoscrivendone peraltro la portata sotto tre profili: sul piano dei presupposti di fatto (a) e temporali (b) di applicazione, e, infine, sul piano dimensionale (c).

4. La seconda regola introdotta con la riforma invernale concerne la forma e la struttura dell'atto negoziale introduttivo delle commissioni applicate a prescindere dall'effettivo prelevamento o dalla

durata dell'effettivo utilizzo delle somme affidate (art. 2-bis, comma 1°, secondo periodo). La norma è rimasta immutata anche dopo l'intervento normativo di metà estate.

Il reale significato della disposizione non si alligna tanto nella solennità della forma richiesta, quanto in una più incisiva rilevanza della volontà del cliente nella pattuizione originaria o successiva della clausola. La norma si innesta invero nella disciplina generale dell'art. 117 t.u.b., derogandola. In sede di costituzione del rapporto, questa esige già la stipulazione del contratto per iscritto, e che questo indichi ogni prezzo e condizione praticati dall'istituto; in difetto della forma richiesta, il rapporto è automaticamente integrato con il meccanismo previsto dallo stesso art. 117, comma 7°, che, per i costi diversi dagli interessi, rende operanti quelli pubblicizzati ai sensi dell'art. 116. Nel corso della vita del rapporto stesso, poi, le variazioni delle condizioni così convenute sono possibili o per mutuo consenso, o con atto unilaterale della banca, ove questa si sia riservata lo *ius variandi*, ed alle condizioni previste dall'art. 118 t.u.b.

In fase di stipulazione originaria del contratto, lo scostamento della disciplina oggi dedicata alle commissioni di affidamento e di massimo scoperto risulta modesto sotto il profilo del contenuto dell'onere, maggiore sul piano delle conseguenze della violazione. La necessità del "patto scritto" rimanda ad un necessario consenso del cliente in merito alla remunerazione proposta dalla banca ed alla sua entità: non nel senso, verosimilmente, che sia richiesta la *specificata approvazione per iscritto* della relativa clausola, essenziale invece per riconoscere all'istituto il diritto di modifica unilaterale del contratto (art. 117, comma 5°), ma nel senso che almeno il testo contrattuale sottoscritto nel suo complesso dal cliente deve evidenziare in modo chiaro la presenza e l'ammontare della commissione. In ciò, la prescrizione speciale combacia sostanzialmente con quella generale, al più potendocisi chiedere se, proprio in quanto speciale, essa escluda o no in assoluto, così derogando a quanto disposto dall'art. 117, comma 2°, la redazione in altra forma, per i contratti per i quali il CICR eventualmente consentisse la stipulazione non per iscritto.

A livello delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del requisito formale, in assenza del patto scritto dovrebbe invece rimanere inoperante l'art. 117, comma 7°, lett. b, e la commissione, quantunque ritualmente pubblicizzata, dovrebbe reputarsi non pattuita e quindi non dovuta in alcuna misura. La diversa lettura, che privilegiasse l'armonia con la disciplina del Testo unico bancario, assumendo l'applicabilità di tale articolo, non risulterebbe persuasiva, poiché finirebbe nella sostanza per neutralizzare la portata innovativa dell'art. 2-*bis*, proprio se si considera che la redazione per iscritto (anche) della clausola in parola risultava già dal combinato disposto del primo e del quarto comma del medesimo art. 117.

La nuova sanzione presenta in questo modo spiccati connotati di punitività nei confronti della banca, così d'altra parte rivelando un esatto allineamento con quanto disposto per le altre violazioni (quelle sostanziali) dell'art. 2-*bis*; ma è la logica conseguenza della volontà legislativa di esigere una partecipazione diretta e consapevole del contraente debole nella formazione dell'accordo, per tutto quel che concerne il costo del finanziamento concessogli: una severità comunque tutt'altro che sconosciuta al sistema della normativa sui contratti bancari, dal momento che essa è condivisa (sia pure in misura minore) dalla regola che, in caso di mancata indicazione degli interessi praticati, non fa rinvio a quelli comunque pubblicizzati, ma a tassi in linea di principio assai più favorevoli al cliente e nella sostanza non remunerativi per l'operatore bancario: art. 117, comma 7°, lett. a (tutto questo senza contare la disciplina sugli interessi usurari, in cui comunque intervengono più generali valutazioni di ordine sociale, stante la rilevanza penalistica della fattispecie).

Nella fase successiva, la necessità del patto scritto esclude la possibilità che la banca intervenga in materia esercitando lo *ius variandi* che ad essa competesse in base agli accordi originari. Neppure in presenza di un giustificato motivo, una commissione del tenore di quelle che veniamo esaminando sarebbe inseribile unilateralmente nel rapporto. E la preclusione opera sia per i casi in cui l'istituto intendesse introdurre *ex novo* un onere di questo genere, sia per i casi in cui volesse modificare (almeno: modificare in senso sfavorevole al cliente) i termini di quello inizialmente

pattuito (ad esempio elevandone la percentuale, o riducendo il periodo di durata dell'esposizione debitoria). Tale ampia applicazione della norma risulta confortata, se ve ne fosse bisogno, dal riferimento alla *predeterminazione* del corrispettivo, contenuto nella medesima.

Del tutto estranea alle conseguenze sin qui esaminate resta invece la violazione dell'*obbligo* dell'istituto di evidenziare e rendicontare al cliente, con cadenza massima annuale, il corrispettivo regolarmente convenuto, unitamente all'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo. La formula legislativa è per la verità ambigua: la clausola regolatrice della commissione è dichiarata nulla, salvo che sussista il patto scritto e salvo che sia reso il rendiconto periodico. L'una e l'altra condizione parrebbero per tal via poste sullo stesso piano, e uguale parrebbe la sanzione (la nullità) dipendente dalla loro insussistenza. In realtà, per evidenti ragioni sistematiche, la violazione del dovere informativo, il cui adempimento è collocato in epoca successiva alla formazione del contratto, non può ripercuotersi sulla validità di questo; e d'altra parte non ve ne sarebbero neppure ragioni logiche, sia alla luce della *ratio* della disposizione (consentire al cliente il periodico accertamento del costo sostenuto), sia per il rispetto che si deve al principio di proporzionalità della reazione approntata.

5. La tendenza al riequilibrio delle posizioni contrattuali nel rapporto bancario ispira anche l'ultima delle disposizioni introdotte con la l. 2/2009, con cui è sancita l'inclusione nel *plafond* di calcolo del costo del finanziamento, rilevante ai sensi della disciplina antiusura, anche delle remunerazioni accordate alla banca, dipendenti dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi.

La norma appare tagliata sulla commissione di massimo scoperto, nella sua configurazione tradizionale⁴. Le locuzioni prescelte non si rivelano per la verità del tutto felici, e anche da questo

⁴ Così pure ANTONUCCI, *La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *N. giur. civ. comm.*, 2009, II, 323.

punto di vista l'art. 2-*bis* si presenta attualmente, per certi versi, come un *collage* non perfettamente coordinato dal punto di vista linguistico. Testualmente, l'ultimo periodo del primo comma (quello aggiunto con la chiosa agostana) ed il primo del secondo comma parrebbero avere ambiti di applicazione antitetici, l'uno riferito alle commissioni indipendenti, l'altro a quelle per contro dipendenti da parametri temporali relativi al concreto godimento del denaro. La lettura in chiave teleologica delle due disposizioni orienta però in direzione diametralmente opposta.

La circostanza che il secondo comma richiami esclusivamente gli oneri collegati all'effettivo impiego del denaro non implica l'esclusione dalla base di calcolo del t.e.g. della commissione di affidamento pura, la cui rilevanza sotto questo profilo non era d'altra parte controversa. L'intervento normativo vale invece a fugare ogni dubbio in merito alla commissione di massimo scoperto, sciogliendo un'*impasse* che si trascinava, tanto a livello dottrinale, quanto nelle aule dei tribunali, sin dall'entrata in vigore della legge 108/1996.

E' risaputo infatti che i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi medi avevano optato, sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia⁵, per il non inserimento della commissione nei medesimi: essa veniva sì rilevata, ma autonomamente (con la formula "I tassi non comprendono la commissione di massimo scoperto che, nella media delle operazioni rilevate, si ragguaglia a ... punti percentuali"), così rimanendone incerta la rilevanza, e le modalità di rilevanza, ai fini del calcolo delle soglie antiusura, o, peggio ancora, tale soluzione orientando verso la tesi della non significatività di quest'onere.

La scelta appariva però in contrasto con quanto disposto dal nuovo art. 644, comma 4°, c.p. (siccome introdotto proprio dalla l. 108/1996), la genericità della cui formula ("per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a

⁵ Si veda il par. C5 delle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, versione febbraio 2006.

qualsiasi titolo e delle spese... collegate alla erogazione del credito") non sembrava consentire eccezioni alla regola della pertinenza di ogni elemento del costo del finanziamento al tasso complessivo rilevante. Senonché ostavano al contempo anche ragioni logiche e matematiche all'inclusione della commissione nel t.e.g. Stante la sua configurazione, invero, essa risultava senza dubbio irriducibile al primo elemento della formula algebrica di calcolo del tasso effettivo, proposta nelle citate Istruzioni della Banca d'Italia⁶, ossia agli interessi, giacché rappresentava una variabile del tutto eterogenea rispetto ad essi, tra l'altro suscettibile di alterarne esponenzialmente la dimensione percentuale, in misura inversamente proporzionale alla durata del picco dell'utilizzato e direttamente proporzionale all'entità della forbice tra questo e la media di utilizzo. E parve risultare anche estranea, per ragioni logiche, al secondo elemento della formula, in quanto gli oneri venivano calcolati in funzione dell'accordato, mentre la commissione rappresentava una funzione del godimento.

Ciononostante, l'iniquità sostanziale e l'asimmetria normativa della soluzione raccolta nei decreti ministeriali restavano. Né persuase il metodo di computo della commissione, proposto successivamente dalla stessa Banca d'Italia, con la propria Nota del dicembre 2005, articolato in due fasi e per la verità non allineato rispetto al sistema di conteggio degli altri elementi componenti il costo del credito: la prima fase, di verifica del mantenimento della commissione concretamente applicata al di sotto di una soglia di presunta legittimità, determinata incrementando del 50 % la commissione media rilevata trimestralmente; ed una seconda (solo eventuale, per il caso di superamento di tale soglia), di confronto fra l'interesse massimo lecitamente percepibile dalla banca e quello effettivamente riscosso, integrato dalla commissione pure concretamente corrisposta dal

⁶ La formula (rimasta comunque sostanzialmente invariata anche nella versione attuale delle Istruzioni –agosto 2009 –) era la seguente: $teg = \text{interessi} * 36500 / \text{numeri debitori} + \text{oneri} * 100 / \text{accordato}$. Dove gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, i numeri debitori dal prodotto tra i capitali ed i giorni, gli oneri dagli ulteriori costi del finanziamento, l'accordato dall'entità del prestito concesso.

cliente. Questo metodo, pur attraendo l'onere in esame nel novero di quelli rilevanti nella valutazione di usurarietà, aveva peraltro l'effetto di rendere immune da qualsiasi censura il comportamento della banca che avesse mantenuto questa voce di costo al di sotto della soglia percentuale teorica ad essa specificamente riservata, quand'anche in concreto la remunerazione complessivamente percepita per il godimento del denaro risultasse, per effetto dell'impatto della commissione sull'entità degli interessi (che, come si è detto, è direttamente proporzionale alla occasionalità ed entità del picco utilizzato, rispetto alla misura del normale godimento registrato nel periodo di riferimento), sensibilmente superiore ai limiti di legge.

A ben vedere, il problema rifletteva, a questo livello, le stesse ambiguità che la commissione presentava sotto il profilo causale.

La disposizione contenuta nel recente art. 2-bis ha inequivocabilmente disatteso tanto la soluzione perentoriamente negativa, quanto l'opzione di compromesso proposta dall'Autorità di vigilanza. La formula normativa sembra infatti non lasciar dubbi sul fatto che la commissione di massimo scoperto dovrà per il futuro costituire a tutti gli effetti una delle voci, che, sul medesimo piano delle altre, concorrerà alla determinazione del tasso medio. D'altra parte, le nuove Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia⁷ muovono in questa direzione, raccogliendo anche, nella collocazione di tale costo all'interno della formula matematica di calcolo del t.e.g.⁸, le indicazioni evincibili dalle restanti porzioni della recente disciplina, in merito alla valenza causale dello stesso. Se, invero, la commissione di massimo scoperto, pur rimanendo, almeno dal punto di vista strutturale, funzione dell'effettivo utilizzo del denaro, è, da quello causale, remunerazione dovuta per la disponibilità del

⁷ Nella versione dell'agosto 2009, che risulta lievemente (ma non sostanzialmente, per la parte qui in rilievo) modificata, rispetto al Documento per la consultazione diffuso dalla stessa Banca d'Italia nella primavera del medesimo anno.

⁸ Come si è rilevato, detta formula non ha sostanzialmente subito modifiche strutturali, con l'aggiornamento delle Istruzioni; mutata ne è invece la composizione dei singoli elementi.

medesimo, appare corretto che essa venga computata tra gli “oneri” e non tra gli “interessi”: i quali primi sono invero, come già secondo le precedenti Istruzioni, rapportati all’entità complessiva della somma accordata⁹.

La circostanza che al denominatore, nell’elemento della formula algebrica a cui è ricondotta la commissione, compaia l’ammontare del fido e non i “numeri debitori” (che rappresentano il prodotto tra i capitali concretamente utilizzati per il numero dei giorni di utilizzo) esclude altresì gli effetti distorsivi che essa avrebbe, se fosse annoverata tra gli interessi: infatti, pur dovendo essere conteggiata non nella sua dimensione potenziale, ma nella misura realmente applicata nel periodo di riferimento, la sua incidenza sulla formazione del tasso globale non può mai superare la percentuale teorica convenuta, atteso che la sua corresponsione può essere richiesta solo e proprio nei limiti del fido¹⁰.

In questo quadro, la soglia antiusura si trova a concorrere con quella predeterminata *ex lege* in misura fissa nella più recente parte dell’art. 2-*bis*. Si è già rilevata la peculiarità di quest’ultima scelta normativa, che inserisce in un modello altrimenti basato sull’autoregolamentazione del mercato (i tassi soglia sono funzione dei tassi medi, e quindi delle strategie imprenditoriali delle banche e degli equilibri contrattuali che il mercato trova con le proprie forze) un elemento di

⁹ Il calcolo del t.e.g. prevede che siano sommate tutte le spese concretamente sostenute nei dodici mesi antecedenti la fine del trimestre di rilevazione, moltiplicate per cento e divise per l’ammontare del fido concesso; tra gli oneri così rilevanti sono compresi quelli “per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito dei conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti” (par. C4, n. 7, Istruzioni per la rilevazione dei tassi).

¹⁰ In altre parole, se la commissione è convenuta nella misura dello 0,4 % trimestrale, sull’esposizione debitoria massima, protrattasi per almeno trenta giorni consecutivi, e poiché non può essere applicata sugli eventuali sconfinamenti oltre l’affidato, essa non può mai concorrere all’incremento del tasso effettivo globale in una misura superiore all’1,6 % su base annua (0,4 moltiplicato per i quattro trimestri): ossia. concorrerà proprio per questa cifra, qualora il cliente abbia utilizzato per il periodo minimo convenuto, in ciascun trimestre, l’intero prestito, e concorrerà in misura inferiore in ogni altra ipotesi.

marcata eteroregolamentazione; la soluzione era forse d'altra parte inevitabile, nella misura in cui il sistema bancario nel suo complesso non sembrava dare autonomamente risposte adeguate alle istanze economiche raccolte dal legislatore e fortemente condizionate dalla crisi finanziaria in atto. E ad ogni modo lo stesso legislatore non ha tralasciato di tener conto delle condizioni negoziali normalmente praticate, dal momento che la soglia dello 0,5 % trimestrale non può certo dirsi fortemente penalizzante per gli istituti, se rapportata alla media delle commissioni di massimo scoperto, rilevata nella stessa epoca¹¹, così offrendo alle categorie coinvolte un'apprezzabile soluzione di compromesso.

Soglia antiusura e soglia *ex art. 2-bis* operano così parallelamente, ma autonomamente. Devono cioè essere rispettate contestualmente entrambe, per cui una commissione (di massimo scoperto, o di affidamento pura, o calcolata sull'accordato al netto dell'utilizzato) deve certamente rimanere al di sotto dello 0,5 %, ma, anche quando rispetta questo limite, può risultare comunque illecita (e non è dunque dovuta) se concorre alla formazione di un tasso usurario¹². Viceversa, la violazione dell'*art. 2-bis* neutralizza in ogni caso l'obbligo di corresponsione della commissione, per quanto il costo del finanziamento, nel suo complesso, rimanga al di sotto della soglia antiusura.

¹¹ Ad esempio, essa era rilevata nella misura dello 0,66 %, nel d.m. del 26 marzo 2009 e dello 0,65 % in quello del 24 giugno 2009.

¹² L'illiceità della commissione, come d'altra parte di qualunque altra componente di costo applicata, prescinde dalla sua marginalità, rispetto al superamento della soglia antiusura: pertanto, quand'anche la voce "interessi" risultasse *di per sé sola* usuraria, la sanzione comminata dall'*art. 1815 c.c.* azzererebbe non soltanto questa, ma ogni elemento comunque riconducibile al costo del finanziamento.