

LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO¹. 2012. E' L'ANNO DELLA FINE?

DI PAOLO GIOVANNI DEMARCHI ALBENGO

1. Introduzione; 2. La commissione di massimo scoperto nella pratica bancaria fino al 2008; 3. Questioni di nullità della clausola; *a)* La nullità per indeterminatezza; *b)* La nullità per mancanza di valida clausola negoziale; 4. Gli interventi normativi del 2008-2009. Quer pasticciaccio brutto ...; *a)* La norma; *b)* Profili problematici; *c)* Conseguenze per i debitori: si stava meglio prima?; *d)* CMS e usura; 5. Gli interventi normativi del 2012: eliminati la commissione calcolata sull'utilizzato e tutti gli altri costi occulti. Si torna alla commissione onnicomprensiva di affidamento; *a)* Imperatività delle norme e scopo perseguito; *b)* I limiti quantitativi; *c)* Gli sconfinamenti; *d)* Le famiglie consumatrici; *e)* Il compito del CICR; 6. Commissione di massimo scoperto e usura; una difficile convivenza.

1. Introduzione

La commissione di massimo scoperto, che da tempo immemore compare sotto vario nome nei contratti di apertura di credito, ricorda molto la vicenda del Sarchiapone; tutti ne parlano, ma nessuno sa con esattezza cosa sia.

Allora si trattava di uno scherzo di un comico geniale, mentre oggi la commissione di massimo scoperto è una realtà, solo che è talmente sfaccettata da apparire sfuggente. A dire il vero, si può ben dire che la CMS è destinata a scomparire dal panorama

¹ Lo scritto riproduce, con alcune modifiche ed integrazioni, il testo della relazione tenuta al corso di aggiornamento del Consiglio Superiore della Magistratura in Roma, il 17.09.2012.

contrattuale, dato che il legislatore l'ha definitivamente abolita, sostituendola con una più razionale commissione di affidamento (detta anche provvigione di conto), ripristinando di fatto quella che era inizialmente la funzione della clausola in esame. Rimane peraltro in problema del pregresso, che sconta difficoltà interpretative ed applicative non di poco conto.

Va ricordato che la CMS non trova, neppure nei manuali di diritto bancario, una chiara definizione ed una individuazione certa sotto il profilo causale. Non si può dunque definire la commissione di massimo scoperto (mancando sino ad oggi una disciplina normativa o regolamentare sul punto), ma si deve prendere atto dell'esistenza di molteplici commissioni di massimo scoperto, con caratteristiche e con funzioni diverse².

Questo fattore, e cioè la sua estrema elasticità, da un lato ha favorito un uso massiccio della commissione da parte delle banche (talvolta al fine di incrementare i propri guadagni nella concessione del credito, altre volte per riequilibrare una posizione contrattuale ritenuta non soddisfacente), ma ha anche prodotto una totale incertezza da parte degli utenti del credito ed è stato la causa del proliferare delle azioni di nullità.

2. La commissione di massimo scoperto nella pratica bancaria fino al 2008.

La Commissione di Massimo Scoperto sembra sia stata introdotta nel primo dopoguerra con la funzione di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover sempre essere pronto a fronteggiare l'utilizzo di un fido concordato: inizialmente, dunque, per la parte utilizzata del fido il corrispettivo per la banca era costituito dagli interessi, mentre per la parte non utilizzata la messa a disposizione era remunerata dalla predetta commissione³.

² In argomento vedi CICORIA, *Commissione di massimo scoperto. Ultimo atto?*, Giust. Civ. 2011, 06, 327.

³ Cfr. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge N. 2/09*: "La CMS così intesa (commissione per il mancato utilizzo), se rapportata all'onere a cui va incontro la banca per essere sempre pronta a prestare fondi sino a concorrenza del fido, dovrebbe risultare assai modesta. L'intermediario gestisce la liquidità necessaria sulla base di previsioni riferite

Con il passare del tempo la clausola ha cambiato pelle e da indennità per il servizio di messa a disposizione è diventata un onere aggiuntivo di tipo percentuale applicato sul massimo scoperto (cioè sulla massima esposizione debitoria) del trimestre, quasi sempre indipendentemente dalla sua durata.

Se questa è la caratteristica di base della clausola, è vero però che gli istituti di credito non ne hanno fatto un'applicazione costante ed uniforme, tale da attribuirle un significato univoco nell'ottica contrattuale; in più, la complessità dei concetti sottesi a tale figura giuridica e l'inserimento in contratti spesso oscuri e comunque caratterizzati da un elevato grado di tecnicismo ne hanno decretato la pressoché totale incomprendibilità da parte del ceto debitorio. Trattasi di una problematica comune a gran parte dei contratti di massa, in cui la presenza di una regolamentazione predeterminata e pletorica, associata alla difficoltà, se non proprio impossibilità pratica, di ottenere in sede di contrattazione una qualche modifica dei moduli standardizzati, porta il contraente "debole" ad addivenire alla conclusione del contratto senza nemmeno valutare attentamente le clausole inserite dalla controparte. Si tratta di situazioni che si verificano quotidianamente, ad ogni livello della scala economico-sociale, ed a cui non fanno eccezione nemmeno i tecnici del diritto; si pensi, oltre che ai contratti bancari, a quelli assicurativi, di fornitura dei servizi essenziali, di viaggio, informatici, ecc.

all'intero aggregato della clientela, compensando le posizioni a debito con le posizioni a credito e reperendo/impiegando il saldo risultante. Se in passato la pronta liquidità aveva costi apprezzabili connessi alla necessità di moneta fisica e agli obblighi di riserva, l'evoluzione subita dalla normativa e dall'organizzazione del mercato monetario, congiunta alla notevole flessione dei tassi, rende l'onere in parola assai modesto: alla disponibilità non corrisponde più la fisicità e il canale telematico, di regola, rende il reperimento/impiego dei fondi pressoché immediato. D'altra parte la disponibilità della banca a finanziare prontamente il fido concesso è frequentemente unita alla prerogativa che la banca si riserva di revocare, in tutto o in parte, il fido stesso unilateralmente e immediatamente: tale circostanza, congiuntamente allo jus variandi, ridimensiona apprezzabilmente il servizio di pronta disponibilità dei fondi, tutelando la banca da eventualità che possano far lievitare i costi del servizio stesso.

A rigore tale onere potrebbe al più trovare giustificazione per fidi molto elevati, per i quali il reperimento immediato dei fondi potrebbe presentare qualche problema; per la generalità delle altre esposizioni correnti di una banca l'incidenza del costo è trascurabile e potrebbe essere ricompresa nell'insieme di oneri che accompagnano più in generale l'istruttoria, l'aggiornamento della pratica di fido e la contabilizzazione e gestione della posizione

Posto che consumatori, professionisti ed imprenditori hanno la necessità di stipulare tali tipologie di contratti, non essendo pensabile che un soggetto rinunci oggi ad avere un conto bancario, una carta di credito, un'assicurazione sulla casa o sugli infortuni, un contratto di somministrazione di energia elettrica o di gas metano (...), ne consegue un fisiologico squilibrio a favore di coloro che erogano tali servizi, i quali, anche ove non operino in regime di limitata concorrenza, possono imporre la gran parte delle condizioni contrattuali, spesso senza che la controparte contrattuale se ne renda conto o ne comprenda appieno il significato.

Ebbene, ciò è proprio quanto è successo con riferimento alle clausole che prevedevano la commissione di massimo scoperto, a volte nemmeno connotata da tale nome; la controparte della banca spesso evitava di leggere le numerosissime clausole contenute nel contratto e comunque, anche ove avesse proceduto ad una disamina delle stesse, difficilmente avrebbe potuto comprendere il significato e la portata della commissione di massimo scoperto. Tale clausola, infatti, era spesso strutturata in modo talmente generico da permettere alle banche di farne un utilizzo pressoché incontrollabile ed indiscriminato e tale da non consentire all'utente di poterne calcolare i costi.

A volte il calcolo della commissione veniva effettuato sul massimo saldo dare giornaliero di un determinato periodo (normalmente un trimestre), oltre il fido concesso⁴; a volte sia sull'importo affidato che, una seconda volta, sul massimo saldo dare extra fido; a volte solo sull'importo intra-fido⁵. In alcuni casi, la CMS veniva applicata solo ove lo scoperto rientrasse in una ininterrotta situazione debitoria di durata superiore ad un periodo variamente determinato.

Come si è visto, la commissione nasce come onere sull'importo affidato e non utilizzato e col tempo diventa un onere aggiuntivo

⁴Non è facile giustificare la commissione per utilizzi oltre il fido e/o negli affidamenti di fatto, poiché in tali casi la banca non mantiene in disponibilità del cliente alcuna somma di denaro, curando bensì un servizio di pronto e momentaneo affidamento (che si fa comunque pagare addebitando corposi interessi passivi sulle somme utilizzate).

⁵ Il *nomen iuris* della clausola non era di particolare aiuto per l'interprete, posto che anche sulla definizione di "scoperto" non c'era uniformità di vedute: per la giurisprudenza di legittimità lo scoperto è il debito che viene contratto al di fuori od oltre i limiti dell'affidamento, mentre per parte della dottrina e per le banche lo scoperto era sostanzialmente l'esposizione debitoria del cliente.

che grava sulla massima esposizione debitoria del trimestre, quasi sempre indipendente dalla sua durata (e quindi con effetti moltiplicativi di costo).

3. Questioni di nullità della clausola

Il primo problema che si pone con riferimento alla commissione di massimo scoperto è la mancanza di una definizione precisa, a fronte di un uso bancario assai variegato; mancando una definizione normativa ed un'applicazione costante e univoca dell'istituto, le suddette clausole sono state spesso ritenute affette da nullità per indeterminatezza. In molti casi, infatti, si limitavano genericamente ad indicare la percentuale di commissione di massimo scoperto applicata al conto, senza specificare su quali importi e per quali periodi dovesse essere calcolata. Ciò rendeva impossibile per il cliente comprendere la reale entità di questa commissione e persino verificarne la corretta applicazione da parte della banca.

La seconda obiezione che sovente si è mossa alla clausola in esame si riferisce alla mancanza di causa; in particolare si è ritenuto che la commissione di massimo scoperto fosse validamente espressa solo qualora potesse individuarsene una funzione diversa da quella già svolta dall'interesse.

I profili di potenziale invalidità delle clausole inserite nei contratti bancari sono, dunque, principalmente due: la nullità per indeterminatezza della pattuizione contrattuale e la nullità per mancanza di causa.

a) La nullità per indeterminatezza

Nella valutazione circa la validità della clausola relativa alla commissione di massimo scoperto si pone prima di tutto una questione definitoria: che cos'è la commissione di massimo scoperto e come si applica? Afferma il tribunale di Torino, in un recente arresto (Trib. Torino, 27 maggio 2010, estensore Panzani) che per la definizione della commissione di massimo scoperto si

deve fare riferimento, sebbene in via di prima approssimazione, alla nozione accolta dalla Banca d'Italia nelle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, così come aggiornate nel febbraio del 2006; qui si legge che la commissione di massimo scoperto nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni e viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento.

Come si è detto, però, la commissione di massimo scoperto non è applicata in modo uniforme; pertanto, nel caso in cui i contratti bancari prevedano genericamente l'addebito della commissione di massimo scoperto e indichino esclusivamente il tasso periodico, il correntista non è posto nelle condizioni per verificarne la successiva applicazione. Alcune banche, infatti, applicano la commissione anche per un solo giorno di scoperto e per qualsiasi importo; altre la applicano solo se lo scoperto supera un determinato importo e/o se perdura per un certo numero di giorni consecutivi o se si verifica più volte nel periodo di riferimento.

Ma sullo stesso concetto di scoperto non c'è uniformità di vedute; ci dice la cassazione nella richiamata sentenza a sezioni unite del dicembre 2010 numero 24.418, che conto scoperto o passivo è quello cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, ovvero quando il passivo scende al di sotto dei limiti dell'affidamento.

Ma, se così è, allora vi è una evidente discrasia tra la definizione assunta dalla Banca d'Italia e la prassi delle banche; la prima, parlando di scoperto, sembra riferirsi all'ipotesi di conto non affidato o di superamento dell'apertura di credito. Le banche invece sono solite applicare la commissione di massimo scoperto sul massimo indebitamento raggiunto dal correntista nel periodo di riferimento, ma all'interno del fido concesso.

Tutto ciò rende evidente come, al di là dei problemi di causalità negoziale, che saranno esaminati nel paragrafo che segue, vi è prima di tutto una problematica di indeterminatezza della clausola, che ne determina la nullità ai sensi degli articoli 1418 e 1346 del codice civile; il primo richiede, a pena di nullità, che l'oggetto del

contratto abbia i requisiti stabiliti dall'articolo 1346 e quest'ultima norma elenca tra i requisiti necessari del contratto la determinatezza o determinabilità dell'oggetto.

Pertanto, solo una clausola negoziale che indichi in modo preciso e specifico le modalità di applicazione e di calcolo della commissione di massimo scoperto potrebbe passare indenne da questo primo giudizio di validità; è bene, però, rilevare che nella prassi bancaria quasi mai la clausola in esame viene dettagliata in modo tale da consentire al correntista un'autonoma valutazione sulla sua corretta applicazione.

b) La nullità per mancanza di valida clausola negoziale

Altra questione che attiene alla validità della commissione di massimo scoperto è quella relativa alla sua funzione: secondo il tribunale di Torino (21 gennaio 2010, cit.), per esempio, la commissione di massimo scoperto, anche ove chiaramente pattuita dalle parti, deve considerarsi nulla per mancanza di causa; di analogo avviso sono il tribunale di Parma (pronuncia del 23 marzo 2010) e il tribunale di Teramo (18 gennaio 2010), il quale ultimo specifica che la commissione di massimo scoperto contenuta nei contratti bancari, così denominata e senza altra specificazione, può ritenersi sorretta da causa lecita solo in relazione allo scoperto di conto, non sussistendo, entro il limite del fido, uno scoperto; pertanto, ritiene il tribunale di Teramo, deve ritenersi illegittima la clausola denominata commissione di massimo scoperto che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma da calcolarsi anche su importi entro i limiti del fido, in quanto in tale caso la clausola sarebbe priva di causa; qualora la banca ritenesse di dover richiedere una commissione anche per il credito utilizzato, poi la relativa pattuizione dovrebbe necessariamente essere esplicita in tal senso e dimostrativa della causa giuridica che la sorregge.

Il tribunale di Monza, con la sentenza 11 giugno 2007 numero 1967, aveva già affermato la nullità della commissione di massimo scoperto se determinata con riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ciò in

quanto si risolverebbe in un aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso d'interesse effettivamente applicato.

Il tribunale di Tortona, con sentenza 19 maggio 2008, approfondisce le problematiche giuridiche relative alla nullità della commissione di massimo scoperto, ancorandola all'articolo 1284, comma secondo, del codice civile, sulla base della ritenuta assimilabilità della predetta commissione - così come concretamente applicata dalle banche - agli interessi passivi; la causa, dunque, sarebbe illecita per violazione di norma imperativa, individuata nell'articolo 1284, comma secondo, ove è stabilito che gli interessi devono essere specificamente determinati per iscritto.

Senza procedere oltre all'esame della ormai numerosa giurisprudenza, non solo di merito, sulla commissione di massimo scoperto, anche perché la situazione attuale risulta regolamentata per legge, si deve rilevare quanto segue:

A. se si accede alla definizione operata dalla Banca d'Italia e da una parte della giurisprudenza, secondo cui la commissione di massimo scoperto costituisce il corrispettivo della banca a fronte dell'onere di tenere a disposizione del cliente una determinata somma nell'ambito di un contratto di affidamento, allora da un lato si deve rilevare l'incongruità definitoria della clausola, che sarebbe piuttosto definibile come commissione di affidamento e non come commissione sullo scoperto, dato che nei limiti del fido non esiste, appunto, alcuno scoperto. In secondo luogo, se la legittimità della clausola fosse ricollegabile all'applicazione nei termini di cui sopra e cioè sulla parte di fido non utilizzata, sulla quale la banca non viene in alcun modo remunerata attraverso il meccanismo degli interessi, allora non si potrebbe che prendere atto della invalidità di detta clausola, che per prassi bancaria è sempre stata applicata non sulla parte di fido inutilizzata, bensì, al contrario, sul massimo importo utilizzato intra fido.

Se si accede ad una definizione della clausola di massimo scoperto conforme al suo *nomen iuris* ed alla prassi applicativa, allora la clausola suddetta dovrebbe ritenersi illegittima per essere priva di valida causa negoziale, in quanto onere aggiuntivo agli interessi passivi che la banca già percepisce su quella somma per effetto dell'utilizzo, da parte del cliente. Trattandosi di onere calcolato in percentuale, avrebbe una natura non dissimile da quella dell'interesse e quindi si tratterebbe di un onere occulto che si va a sommare all'interesse pattuito, remunerando due volte lo stesso

servizio. La nullità della commissione di massimo scoperto, per assenza di una sua causa giustificatrice, è **rilevabile** anche **d'ufficio**⁶.

B. In ogni caso, resta fondamentale il fattore di determinabilità della prestazione dovuta alla banca, assolutamente carente nei contratti bancari. Ciò rende invalida detta clausola ai sensi dell'articolo 1346 del codice civile, che richiede, per la validità del contratto, che l'oggetto sia determinato o determinabile⁷.

Non si può poi non tener conto del fatto che, anche ove la commissione fosse applicata sulla parte dell'affidamento non utilizzata, vi sarebbero comunque dubbi sulla sua reale utilità nell'economia del contratto di apertura di credito; non si deve dimenticare, infatti, che la banca è un imprenditore che basa il proprio profitto sul rischio e quindi che la mancata utilizzazione di una parte delle somme affidate costituisce un rischio che la banca stessa valuta nel momento in cui concede il fido e determina la misura degli interessi; è noto che l'apertura di credito costituisce una forma di finanziamento più costosa di altre, proprio per il fatto che la banca viene remunerata solo sulla parte utilizzata e non sull'intera linea di credito. Questa circostanza spinge le banche ad alzare il tasso d'interesse passivo, proprio al fine di ammortizzare anche i costi derivanti dalla messa a disposizione del cliente di una somma che questi potrebbe non utilizzare. In sostanza, il cliente che ha bisogno di ricorrere al credito per l'esercizio della propria attività ha la scelta tra contrarre un finanziamento, con l'onere di corrispondere l'interesse passivo su tutta la somma erogata, ma con un tasso più contenuto, oppure di utilizzare il più elastico strumento dell'apertura di credito, sul quale andrà a pagare l'interesse solo nei limiti della somma di volta in volta utilizzata, ma pagando un interesse ovviamente maggiore. È proprio questa maggiorazione dell'interesse che rende illogica ed inutile la previsione anche di una commissione sull'affidamento, perché la banca già si tutela nei confronti del cliente chiedendo un interesse passivo più elevato.

⁶ Trib. Milano, 4 luglio 2002

⁷ Cfr. Trib. Monza, 12 dicembre 2005; Trib. Monza, 07 aprile 2006; Trib. Vibo Valentia, 28 settembre 2005 (“.. la commissione in oggetto, come tutte le pattuizioni contrattuali, al momento della conclusione del contratto, deve essere determinata o determinabile”); App. Lecce, 27 giugno 2000; App. Roma, 13 settembre 2001.

Infine non si deve nemmeno dimenticare che il facile, rapido e poco costoso ricorso al credito interbancario, nonché la attuale smaterializzazione del denaro, oltre alle “economie di scala” che la banca è in grado di attuare nell'esercizio dell'attività creditizia (e nella gestione dei flussi di denaro), rendono davvero irrisorio il costo che la banca deve sopportare per tenere a disposizione del cliente somme potenzialmente maggiori rispetto a quelle che il cliente utilizzerà (e sulle quali pagherà l'interesse passivo).

4. Gli interventi normativi del 2008-2009. Quer pasticciaccio brutto ...

Con un tempo di gestazione complessivo di nove mesi, con il quale la natura produce un animale (non sempre) superiore, il legislatore sforna una norma tra le più contorte ed incomprensibili che si siano mai viste.

L'articolo 2-bis del decreto legge 29 novembre 2008 numero 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, numero 2 (misure urgenti per il sostegno alla famiglia, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale), successivamente integrato con il decreto-legge 1 luglio 2009, numero 78, convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2009, numero 102 (provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini) introduce finalmente una regolamentazione della commissione di massimo scoperto, ma omette un dato fondamentale e cioè la sua definizione. La norma, cioè, non ci dice che cos'è la CMS, qual è la sua funzione, quando si applica, ma afferma in negativo i casi in cui detta clausola sarebbe nulla. Con la scusa, poi, di contenere il costo di dette commissioni, il decreto-legge 78 del 2009 introduce un ultimo periodo al primo comma dell'articolo due bis del decreto-legge 185/2008, individuando un tetto massimo per il corrispettivo onnicomprensivo di cui - dice la norma - al periodo precedente⁸ (trattasi di un periodo lungo mezza pagina e pieno di disposizioni di ogni tipo!).

Il secondo comma della norma interviene sulla delicata questione del tasso di usura, precisando che gli interessi, le commissioni e le

⁸ su questo aspetto si tornerà in seguito.

provvigioni, comunque chiamate, che prevedono una remunerazione **dipendente dall'effettiva utilizzazione dei fondi** sono rilevanti ai fini dell'applicazione degli articoli 1815 del codice civile, 644 del codice penale, nonché 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, numero 108.

Infine, il terzo comma della “rivoluzionaria” norma sulle commissioni di massimo scoperto prevede un obbligo di adeguamento dei contratti in corso entro 150 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione.

a) La norma

DECRETO-LEGGE 29 novembre 2008 n. 185 (in Suppl. ordinario n. 263 alla Gazz. Uff., 29 novembre, n. 280). - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2. - Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale.

Articolo 2 Bis

Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari⁹ (1)

1. 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. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento. 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. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo¹⁰.

2. Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della

⁹ Articolo inserito dall'articolo 1, della legge 28 gennaio 2009, n. 2, in sede di conversione.

¹⁰ Comma modificato dall'articolo 2, comma 2, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78.

banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fin a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.

b) Profili problematici

Con il decreto-legge del 29 novembre 2008 numero 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n.2, a sua volta modificata con decreto legge 1 luglio 2009 numero 78, convertito con la legge 102/2009, il legislatore è intervenuto per regolamentare le commissioni di massimo scoperto, che tanti problemi hanno dato negli anni passati.

Purtroppo, però, l'intervento normativo si è rivelato ancora una volta pasticciato, di difficile comprensione e dunque foriero di nuovi dubbi; soprattutto, le nuove disposizioni sembrano tradire gli annunci che il Governo aveva fatto alla vigilia della sua entrata in vigore, come se la commissione di massimo scoperto fosse ormai in via di estinzione¹¹.

Al contrario, come si vedrà in seguito, la confusa situazione normativa, dovuta alla presenza di numerose contraddizioni all'interno dello stesso articolo di legge, sembra favorire una moltiplicazione degli oneri a carico del correntista e, comunque, sancisce una volta per tutte la validità delle commissioni di massimo scoperto, sebbene nei limiti di cui infra si dirà.

¹¹ Il primo comma, modificato dall'articolo 2, comma 2, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, è stato successivamente abrogato dall' articolo 27, comma 4, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

La norma incomincia con un'affermazione importante in ordine alla **nullità** delle clausole che prevedono una commissione di massimo scoperto, ma subito dopo introduce le prime eccezioni; tali commissioni sono ritenute invalide solo qualora siano applicate a un conto che risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a 30 giorni ovvero in caso di utilizzo in assenza di fido.

Questo primo periodo evidenzia subito le prime difficoltà interpretative: la prima delle due limitazioni concerne il caso di un saldo passivo per una durata inferiore a 30 giorni, ma la norma non specifica se si tratti di conto affidato o meno; poiché, peraltro, la seconda limitazione concerne espressamente gli utilizzi in assenza di fido, si può ragionevolmente pensare che la prima ipotesi si riferisca a saldi passivi contenuti entro i limiti dell'affidamento concesso dalla banca, mentre la seconda ipotesi si riferisca agli scoperti di conto e dunque agli sconfinamenti oltre il fido, ovvero ai saldi debitori in assenza di fido.

Se è così, allora possiamo tentare, semplificando, di estrapolare la seguente regola: **la commissione di massimo scoperto è valida solo se calcolata per utilizzi di somme all'interno e nei limiti dell'affidamento e purché il saldo del conto risulti a debito per un periodo continuativo uguale o maggiore a 30 giorni.**

Sebbene la norma non sia particolarmente limpida, pare doversi ritenere che la commissione di massimo scoperto possa validamente essere applicata ogni qualvolta il conto corrente scenda al di sotto dello zero e quivi rimanga per almeno 30 giorni consecutivi¹²; non è stato risolto, però, il problema della determinatezza, in quanto la norma non dice come deve essere applicata la commissione, ossia se la stessa vada applicata sul massimo importo debitore, ovvero sulla media, ovvero giorno per giorno sul saldo debitore. Poiché la clausola mantiene la denominazione di commissione di massimo scoperto, vi è il concreto rischio che le banche continuino ad applicarla sulla massima esposizione debitoria. Sarà necessario, comunque,

¹² Un utente accorto potrà evitare l'onere delle commissioni di massimo scoperto interrompendo tempestivamente la continuità dei 30 giorni minimi previsti dalla legge, utilizzando ad esempio margini di fido disponibili presso altri operatori bancari. Certo è che, come osserva un'attenta dottrina (R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge numero due par 09*, il caso.it, 155/2009) i giri di conto e le condizioni di valuta assumeranno d'ora in poi un rilievo determinante.

affinché le clausole stipulate nel vigore della nuova normativa non siano nuovamente affette da nullità, che siano specificamente indicate non solo la misura, ma anche le modalità concrete di calcolo della commissione, di modo che il correntista possa esercitare un idoneo controllo sulla corretta applicazione della pattuizione negoziale.

Prevedendo che la commissione possa essere applicata solo all'interno del fido e con riferimento ai saldi debitori, la norma sembra propendere per un'interpretazione della commissione di massimo scoperto conforme alla prassi applicativa delle banche negli anni passati. La commissione, cioè, sarebbe un onere ulteriore che si cumula con quello degli interessi passivi e che è legato alla utilizzazione dell'affidamento concesso dalla banca; quanto maggiore è il ricorso al credito, tanto maggiore è il costo che il correntista deve pagare alla banca. Essendo la commissione legata anche alla durata del saldo passivo, sembra potersi affermare che questo tipo di commissione vada a compensare il rischio di insolvibilità del cliente; tanto più lungo è il periodo in cui il saldo del conto non ritorna in attivo, tanto più - sembra avvisarci la norma - si eleva il rischio che il correntista non sia più in grado di far fronte al debito contratto. Non vi è spazio, invece, in tale tipo di clausola, per una funzione remuneratoria collegata alla tenuta a disposizione delle somme (giacché la commissione si calcola sull'utilizzato e non sul tenuto a disposizione), né per una funzione legata agli sconfinamenti oltre fido o in assenza di fido (ciò per espressa previsione normativa).

Il secondo periodo dell'articolo 2-bis della legge in esame estende la nullità a tutte le clausole contrattuali, comunque denominate, che prevedano una **remunerazione della banca per la messa a disposizione dei fondi indipendentemente dall'effettivo "prelevamento"** (termine, quest'ultimo, da intendersi più genericamente come "utilizzo delle somme") **ovvero una remunerazione indipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi**. Questo secondo periodo, nell'ottica di scongiurare un'elusione delle norme sopra esaminate, attraverso l'utilizzo di clausole diversamente denominate, mira a garantire un'effettività di tutela del correntista e quindi ribadisce che la banca non può ottenere alcun corrispettivo per la sola messa a disposizione di fondi - se il correntista non li utilizza - e che le clausole che prevedano oneri aggiuntivi in caso di utilizzo della

somma affidata devono comunque essere legate ad una durata minima dell'utilizzazione; peraltro la norma ancora una volta pecca di eccessiva indeterminatezza, giacché nel secondo caso (cioè di clausole diversamente denominate) non vi è il preciso limite temporale minimo di 30 giorni previsto per le clausole denominate “commissione di massimo scoperto”. Trattasi di una carenza normativa che può essere superata applicando in via analogica, anche alle clausole diversamente denominate, il termine minimo di cui al periodo precedente, con la conseguenza che saranno nulle tutte le clausole bancarie in cui si prevede una remunerazione per la banca in caso di utilizzo di somme oggetto di affidamento, qualora non sia specificamente indicato il termine minimo di 30 giorni di utilizzo continuativo. Sorgerà, naturalmente, un problema di salvataggio di tali clausole e cioè il problema di verificare se una siffatta clausola sia totalmente nulla ovvero se possa ritenersi parzialmente nulla (cioè solo nella parte in cui non esplicita il termine minimo di utilizzo continuativo della somma); nel primo caso non potrà essere applicata nessuna commissione, mentre nell'ipotesi alternativa la commissione pattuita potrà essere applicata, ma solo nei limiti in cui è consentito per legge (e quindi per i periodi di utilizzo continuativo uguali o superiori a 30 giorni). Questa considerazione è riferibile anche alle ipotesi di cui al primo periodo e cioè alle clausole contenenti commissioni espressamente denominate come di massimo scoperto.

La seconda parte del secondo periodo crea maggiori difficoltà interpretative perché, dopo l'affermazione di nullità contenuta nel primo periodo e ribadita nel secondo, con riferimento alle clausole comunque denominate, introduce la prima rilevante eccezione: *-le clausole di cui sopra sono eccezionalmente valide qualora “... **il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento”***.

Trattasi di indicazione normativa di difficile comprensione; innanzitutto l'eccezione alla nullità della clausola di massimo

scoperto sembra riferirsi unicamente alle commissioni di affidamento (ovvero a quelle calcolate sulla somma messa a disposizione del correntista) anche se il riferimento è ad un periodo che tratta anche della diversa ipotesi degli oneri sull'utilizzato (sebbene indipendenti dalla durata dell'utilizzazione).

Dunque, con la nuova normativa la banca potrà esigere un corrispettivo per il solo fatto di aver concesso un affidamento bancario, indipendentemente da qualsiasi utilizzo da parte del correntista; condizioni di validità di questa eccezione sono: -che il corrispettivo sia predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto; - il patto sia redatto per iscritto, unitamente al tasso debitore per le somme utilizzate; - il patto non sia rinnovabile tacitamente; - il corrispettivo sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale e con l'indicazione dell'effettivo utilizzo delle somme avvenuto nello stesso periodo; - il cliente possa recedere in ogni momento (da cosa?).

Come si può ben immaginare si apre tutto un ventaglio di problematiche di non semplice soluzione.

Innanzitutto, **il corrispettivo deve essere predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto**: trattasi di disposizione assolutamente generica, che ancora una volta richiede un onere di specificazione contrattuale, a pena di nullità per indeterminatezza della clausola. Non è chiaro, peraltro, cosa significhi in concreto che la commissione deve essere commisurata alla durata dell'importo dell'affidamento; forse che la banca dovrà predisporre una sorta di tabella che pone in relazione importo dell'affidamento, durata, entità della commissione. Non si dice, però, se si tratta di un coefficiente di proporzionalità diretta o inversa con riferimento a durata ed importo dell'affidamento, né quale sia il peso di questi due elementi.

Osserva parte della dottrina¹³ che la necessità che il corrispettivo sia predeterminato esclude che la banca possa procedere, nel corso del rapporto, alla modifica di tale clausola, avvalendosi del disposto dell'art. 118 TUB.

¹³ CIAN, Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009. Commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura, BBTC, 2010, 2, 182.

Il patto deve essere redatto per iscritto, unitamente al tasso debitore per le somme utilizzate. Sul requisito della forma scritta, non ci sono particolari perplessità, mentre non è chiaro cosa significhi che la provvigione in esame debba essere redatta unitamente al tasso debitore; forse che la clausola deve essere contenuta nello stesso documento contrattuale che contiene anche la specificazione del tasso passivo applicabile all'apertura di credito? O forse che le misure di questi corrispettivi devono essere indicate nella stessa clausola contrattuale, di modo che il cliente possa trovare in un unico contesto tutte le voci di costo dell'affidamento che richiede? Ma allora perché non è prevista la contestualità anche per la commissione di massimo scoperto e per tutte quelle clausole, comunque denominate, che sono collegate all'effettiva utilizzazione delle somme?

Il patto che prevede la provvigione di conto non deve essere rinnovabile tacitamente; ciò apre una doppia opzione interpretativa: da un lato si può ritenere che la provvigione in esame possa essere determinata con una cadenza temporale inferiore alla durata dell'affidamento, ovvero, in caso di apertura di credito a tempo indeterminato, con una durata limitata nel tempo, nel qual caso la banca dovrà periodicamente rinegoziare con il cliente la provvigione in esame¹⁴. L'altra opzione interpretativa prende in esame, invece, la diversa ipotesi di un'apertura di credito a tempo determinato con provvigione di conto della stessa durata; in tale caso, mentre gli accordi contrattuali potrebbero consentire un rinnovo tacito dell'apertura di credito, tale possibilità non sarebbe invece consentita per la provvigione di affidamento, che dovrebbe essere rinegoziata con il cliente¹⁵.

Il corrispettivo sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale e con l'indicazione dell'effettivo utilizzo delle somme avvenuto nello stesso periodo; qui veramente non si capisce non tanto il senso letterale della norma, quanto invece la funzione concreta da questa svolta. La provvigione di conto risulta scollegata dall'utilizzo dei fondi e commisurata, invece, all'entità dell'affidamento, di modo che essa

¹⁴ Tale ipotesi, peraltro, sembra confliggere con il dettato normativo, laddove prevede che il corrispettivo debba essere predeterminato in misura proporzionale alla durata dell'affidamento richiesto.

¹⁵ Cfr. LENOCI, *La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, G. Merito, 2009, 6, 1505 ss.

viene determinata in maniera fissa e, soprattutto, non dovrebbe essere in alcun modo influenzata dall'andamento delle operazioni passive.

Il cliente possa recedere in ogni momento. Infine, ultima delle condizioni affinché sia considerata valida la clausola che prevede la provvigione di affidamento, è che il cliente possa recedere in ogni momento; la norma non specifica quale sia l'oggetto del recesso, ma sembra corretto ritenere che la facoltà di recesso si riferisca al contratto di apertura di credito e che, dunque, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1845 del codice civile, il cliente possa recedere in qualunque momento dal contratto di apertura di credito, anche se stipulato a tempo determinato; sarà quindi applicabile la norma prevista dall'ultima parte del terzo comma dell'articolo 1845, secondo cui il recesso è esercitato mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza di quello di 15 giorni

L'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 2-bis chiarisce che la commissione prevista dal secondo periodo, che potremmo chiamare "provvigione di conto", non può superare la percentuale dello 0,5 trimestrale e quindi del 2% annuale dell'importo totale dell'affidamento; in caso contrario il patto di remunerazione (cioè la provvigione di conto) sarebbe nulla¹⁶.

c) Conseguenze per i debitori: si stava meglio prima?

In conclusione, la situazione nel 2009 non sembra affatto migliorata se messa in relazione con la disciplina anteriore; allora le banche usavano applicare la commissione di massimo scoperto, in aggiunta agli interessi passivi, con percentuali generalmente (almeno fino al secolo scorso) molto basse, da calcolarsi sul picco massimo di indebitamento del trimestre. Oggi possono coesistere gli interessi passivi, le commissioni di massimo scoperto di cui al primo periodo del primo comma, seppur con i limiti ivi previsti, nonché una ulteriore provvigione di conto calcolabile sull'intero importo dell'affidamento ed indipendentemente dal suo utilizzo, nella misura non indifferente del 2% annuo. Un costo in più a carico del cliente, il quale, invece, avrebbe dovuto essere favorito da questa nuova disciplina.

¹⁶ V. Cian, op.cit.

d) CMS e usura

Il secondo comma della norma in esame (art. 2-bis d.l. 185/2008) ci dice che gli interessi (passivi, ovviamente), le commissioni di massimo scoperto o le altre provvigioni, comunque denominate, che prevedono un corrispettivo a favore della banca commisurato all'**effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi** (trattasi delle commissioni disciplinate dal primo periodo del comma primo, mentre non vi è alcun riferimento alle cosiddette provvigioni di conto, cioè quelle disciplinate dal secondo periodo del primo comma) sono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.

Dunque, le commissioni di massimo scoperto commisurate all'effettivo utilizzo assumono chiaramente rilievo ai fini dell'usura, ma che ne è delle commissioni di conto, cioè di quelle commisurate all'importo del fido ed indipendenti dall'effettivo utilizzo delle somme? La loro esclusione desterebbe qualche perplessità, se si considera che l'articolo 644 del codice penale, al comma quarto, afferma che 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 del credito**. Ebbene, non si vede come le provvigioni di conto, che sono conseguenti all'apertura di credito, possano non rientrare nella categoria delle *“remunerazioni (...) collegate alla erogazione del credito”¹⁷*.

Sembra, allora, diventare un problema di rapporto tra fonti; poiché sono entrambe fonti primarie (il codice penale e la legge n. 2/2009), la questione non si può risolvere sotto un profilo gerarchico, ma bisogna ricorrere ad altri criteri. Si deve rilevare, allora, che la norma in esame è successiva, per cui dovrebbe prevalere per un criterio cronologico, ed è anche speciale rispetto al codice penale, posto che per sua espressa disposizione si applica non solo con riferimento all'art. 1815 cod. civ., ma anche in ambito criminale.

A ben vedere, peraltro, le due norme non sono in contrasto, perché la legge del 2009 si limita a dire in positivo che le CMS

¹⁷ Sul punto deve però rilevarsi come la Banca d'Italia, nelle nuove istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, diramata nell'agosto del 2009 abbia affermato, al punto C.4, che devono essere compresi nel calcolo anche *“..gli oneri per la messa a disposizione dei fondi”*.

vanno considerate nel calcolo del tasso usurario, ma non esclude che si debba tener conto anche delle diverse provvigioni di conto. D'altronde, è la stessa Banca d'Italia, nelle istruzioni modificate nel 2009 a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 2-bis del decreto-legge 185/2009, a precisare che nel calcolo del TEG sono inclusi gli oneri per la messa a disposizione dei fondi¹⁸. Se si optasse per la tesi restrittiva, le commissioni dovrebbero sparire dal calcolo del TEG, posto che i contratti non potranno più contenere, in futuro, commissioni diverse da quelle di affidamento¹⁹.

Il terzo comma della norma in esame, infine, afferma che i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 185 del 1008 sono adeguati alle disposizioni dell'articolo 2-*bis* entro 150 giorni dalla suddetta data di entrata in vigore della norma. Tale obbligo di adeguamento costituisce **giustificato motivo** agli effetti dell'articolo 118, comma primo, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (l'articolo 118 del testo unico bancario dispone che nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista **giustificato motivo** e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, cod. civ.). Questo comma è stato abrogato dall' articolo 27, comma 4, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

5. Gli interventi normativi del 2012: eliminati la commissione calcolata sull'utilizzato e tutti gli altri costi occulti. Si torna alla commissione onnicomprensiva di affidamento.

A testimonianza della delicatezza della questione afferente alle commissioni di massimo scoperto, si rileva che dopo solo due anni dall'ultimo intervento e in meno di sei mesi sono state emanate ben sei disposizioni normative sul punto:

- decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201;

¹⁸ Tali istruzioni sono reperibili all'indirizzo www.bancaditalia.it/vigilanza/contrasto_usura/Normativa/Istr_usura_ago_09-istruzioni.pdf.

¹⁹ Se si fa eccezione per la modesta commissione fissa di istruttoria (cfr. par. 5, lett. c).

- legge di conv. 22 dicembre 2011, n. 214
- decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1;
- legge di conv. 24 marzo 2012, n. 27;
- decreto legge 24 marzo 2012, n. 29;
- legge di conv. 18 maggio 2012, n. 62.

Il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 ha introdotto il nuovo art. 117-bis del TUB; un successivo intervento è stato effettuato con il decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, che è stato convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; lo stesso giorno della conversione, il Governo ha emanato un nuovo decreto legge (d.l. 24 marzo 2012, n. 29, pubblicato in Gazz. Uff., 24 marzo, n. 71), poi convertito, con modificazioni, in legge 18 maggio 2012, n. 62, recante integrazioni al primo decreto legge (n.1) nonché al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (all'art. 117) e alla legge 31 luglio 1997, n. 249.

Alla fine, l'articolo **27-bis** del **decreto legge 1/2012** è così configurato:

Art. 27-bis. Nullita' di clausole nei contratti bancari²⁰.

*1. Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, **stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili²¹.***

*1-bis. E' costituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, senza oneri per la finanza pubblica e avvalendosi delle strutture del predetto Ministero, un **Osservatorio sull'erogazione del credito** e sulle relative condizioni da parte delle banche alla clientela, con particolare riferimento alle imprese micro, piccole, medie e a quelle giovanili e femminili, nonché sull'attuazione degli accordi o protocolli volti a sostenere l'accesso al credito dei medesimi soggetti. Nell'ambito di tali attività l'Osservatorio analizza anche tassi, commissioni e altre condizioni accessorie, articolando l'informazione a livello settoriale, geografico e dimensionale. All'Osservatorio partecipano due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze, di*

²⁰ Articolo inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, in sede di conversione

²¹ Comma modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29

cui uno con funzioni di presidente, uno del Ministero dello sviluppo economico e uno della Banca d'Italia. Alle riunioni dell'Osservatorio partecipano altresì un rappresentante delle associazioni dei consumatori indicato dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, un rappresentante dell'Associazione bancaria italiana, tre rappresentanti indicati dalle associazioni delle imprese maggiormente rappresentative a livello nazionale e un rappresentante degli organismi di società finanziarie regionali. La partecipazione alle attività dell'Osservatorio non dà luogo alla corresponsione di compensi, emolumenti, indennità o rimborsi spese²².

1-ter. L'Osservatorio monitora l'andamento dei finanziamenti erogati dal settore bancario e finanziario e delle relative condizioni con riguardo ai soggetti di cui al comma 1-bis. A tal fine, l'Osservatorio può richiedere alla Banca d'Italia, anche su base periodica, dati sui finanziamenti erogati e sulle relative condizioni applicate. L'Osservatorio semestralmente elabora le segnalazioni e le informazioni ricevute, analizza l'attuazione di accordi e protocolli volti a sostenere l'accesso al credito e formula eventuali proposte in un 'Dossier sul credito' che viene messo a disposizione delle istituzioni e dei soggetti interessati²³.

1-quater. L'Osservatorio promuove la formulazione delle migliori prassi per la gestione delle pratiche di finanziamento alle imprese, alle famiglie e ai consumatori volte a favorire un miglioramento delle condizioni di accesso al credito, in relazione alle specifiche situazioni locali²⁴.

1-quinquies. Ove lo ritenga necessario e motivato, il prefetto segnala all'Arbitro bancario finanziario, istituito ai sensi dell'articolo 128-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, specifiche problematiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. La segnalazione avviene a seguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito. L'Arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione²⁵.

Questo, invece, il testo attuale dell'art. 117-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (**Testo unico** in materia bancaria e creditizia), che era stato introdotto dall'articolo 6-bis, comma 1, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201:

Art. 117-bis (Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti)

1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali **unici oneri** a carico del cliente, una **commissione onnicomprensiva**, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla **somma messa a disposizione** del cliente e alla **durata dell'affidamento**, e un **tasso di interesse** debitore sulle somme

²² Comma aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29

²³ Comma aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29

²⁴ Comma aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29

²⁵ Comma aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 24 marzo 2012, n. 29

prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.

2. A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali **unici oneri** a carico del cliente, una **commissione di istruttoria** veloce determinata in **misura fissa**, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

3. **Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle.** La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

4. Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi comprese quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2.

L'art. 1-ter della Legge di conversione ha poi previsto una disciplina particolare per alcuni tipologie di correntisti:

***Art. 1-ter.** La commissione di cui al comma 2 dell'articolo 117-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non si applica alle **famiglie consumatrici** titolari di conto corrente, nel caso di sconfinamenti pari o inferiori a **500 euro** in assenza di affidamento ovvero oltre il limite di fido, per un solo periodo, per ciascun trimestre bancario, non superiore alla durata di sette giorni consecutivi.*

a) Imperatività delle norme e scopo perseguito

Tralasciando tutta la parte relativa all'osservatorio sull'erogazione del credito, si osserva che l'articolo 27 bis del decreto-legge 1/2012 contiene due prescrizioni di un certo rilievo: da un lato viene sancita la nullità di tutte le clausole, comunque denominate, che prevedano commissioni a favore delle banche (a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido) che si pongano in contrasto con le disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del TU bancario adottate dal Comitato

interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili.

È singolare che la sanzione di nullità non venga ricollegata direttamente alla violazione dell'articolo 117 bis, che costituisce norma primaria, bensì solo alla violazione delle disposizioni applicative emanate dal CICR; tuttavia, deve ritenersi che a maggior ragione la violazione della norma legislativa comporti la nullità della clausola.

Comunque, c'ha pensato il comma tre dell'articolo 117 bis a stabilire la nullità parziale (non incidente sulla validità del contratto) delle clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 (cioè tasso debitore e commissione onnicomprensiva di affidamento, ovvero commissione fissa di istruttoria per il caso di sconfinamento).

La seconda disposizione di un qualche rilievo è relativa alla finalità delle disposizioni adottate dal CICR, che devono mirare a rendere più trasparenti ed immediatamente percepibili i costi relativi all'erogazione del credito.

b) I limiti quantitativi

Decisamente più interessanti sono le disposizioni contenute nel nuovo articolo 117-bis del testo unico bancario.

Il primo comma introduce dei limiti precisi agli oneri che le banche possono caricare sul cliente in occasione della stipula di contratti di apertura di credito; la norma ha non solo la funzione di rendere immediatamente percepibile il costo del credito, a fronte dell'oscurità dei vecchi contratti, ma anche di ovviare alle prassi bancarie che negli ultimi tempi stavano abbandonando la commissione di massimo scoperto a favore di voci di costo variamente denominate ed incidenti in misura ancora più pesante sul costo del denaro. D'ora in poi, dunque, nessuna ulteriore voce di costo rispetto alla **commissione onnicomprensiva di affidamento** - calcolata in maniera proporzionale rispetto alla **somma messa a disposizione** del cliente e alla **durata dell'affidamento** - ed al **tasso di interesse** debitore sulle somme prelevate (rectius: utilizzate) potrà essere conteggiata a carico del cliente, ivi inclusi la commissione per l'istruttoria, le spese relative al conteggio degli

interessi e ogni altro corrispettivo per attività che sono a esclusivo servizio dell'affidamento²⁶.

Viene poi confermato il tetto massimo dello **0,5% trimestrale** (calcolato sulla somma messa a disposizione del cliente) della provvigione di affidamento, conformemente a quanto già stabilito dall'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 2-bis del decreto-legge 185/2008.

Tale provvigione teoricamente non potrà essere determinata liberamente dalle banche (la cui naturale tendenza sarà quella di avvicinarsi al limite massimo), ma dovrà rispondere ai criteri emanati dal CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito; purtroppo il CICR, con decreto d'urgenza emanato il 30 giugno 2012, n. 644, invece che introdurre criteri precisi e vincolanti di quantificazione della commissione di affidamento, ne ha definitivamente sancito la libera determinabilità ad opera delle parti, nel contratto (l'articolo 3 dice anche, con l'inutilità che consegue alle norme non prescrittive e scimmiettando il TUB, che le parti devono tener conto della specifica tipologia di affidamento).

c) Gli sconfinamenti

In caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali **unici oneri** a carico del cliente, una **commissione di istruttoria** veloce determinata in **misura fissa**, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi, e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

Viene ribadita la dicotomia dei costi tra il sempre presente interesse passivo e l'unica commissione aggiuntiva consentita, che in questo caso è collegata all'istruttoria della pratica di sconfinamento e deve essere determinata in misura fissa, mentre nel caso ordinario di utilizzo del fido accordato è commisurata all'intero affidamento e determinata in misura percentuale, con il limite sopra citato (0,5% trimestrale, per un totale del 2% su base annua). In realtà, in caso di superamento del fido accordato, gli

²⁶ L'articolo 3 del decreto CICR del 30 giugno 2012 precisa che **non rientrano nella commissione** le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per l'iscrizione dell'ipoteca, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento.

oneri per il correntista debitore saranno tre: a) un interesse passivo gravante sull'intero importo del passivo (eventualmente differenziato nella sua misura percentuale per l'intrafido e per l'extrafido²⁷); b) una provvigione di affidamento sull'importo del fido; c) una provvigione fissa di istruttoria.

L'articolo 4 del decreto d'urgenza emanato dal presidente del CICR il 30 giugno 2012, n. 644 ripete in parte le prescrizioni dell'articolo 117-TUB, ma contiene anche alcune utili precisazioni.

Quanto alla **commissione di istruttoria veloce, si precisa: che deve essere** determinata, per ciascun contratto, in **misura fissa** ed espressa in valore assoluto (cioè non percentuale); che possono essere applicate commissioni di **importo diverso** a contratti diversi, anche a seconda della tipologia di clientela; che nei contratti con soggetti **diversi dai consumatori** possono essere applicate, nello stesso contratto, **commissioni differenziate** a seconda dell'importo dello sconfinamento, purchè questo sia superiore a 5.000 euro (e comunque **non** possono essere previsti **più di tre scaglioni** di importo); non deve eccedere i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria veloce e a questa direttamente connessi, secondo quanto previsto dal comma 4²⁸; è applicata solo a fronte di addebiti che determinano uno sconfinamento o accrescono l'ammontare di uno sconfinamento esistente (il che significa, mi pare, che possa essere applicata per ogni singola annotazione, con potenziali effetti moltiplicatori); lo sconfinamento è calcolato con riferimento al saldo disponibile di fine giornata (e ciò significa – come precisato

²⁷ L'articolo 4, comma 8, del decreto CICR 30/6/12 recisa che il tasso di interesse previsto per l'utilizzo extrafido si applica esclusivamente all'importo dello sconfinamento, mentre il tasso di interesse relativo all'affidamento può essere aumentato solo in presenza dei presupposti e nel rispetto delle procedure previsti dall'articolo 118 del TUB.

²⁸ Il quale recita: "In conformità di quanto previsto dall'articolo 12-bis della delibera CICR 4 marzo 2003, n. 286, come modificata dall'articolo 14 del decreto d'urgenza del Ministro – Presidente del CICR 3 febbraio 2011, n. 117, ai fini della quantificazione e dell'applicazione della commissione di istruttoria veloce, gli intermediari definiscono:

a) procedure interne, adeguatamente formalizzate, che individuano i casi in cui è svolta un'istruttoria veloce: la commissione viene applicata esclusivamente in questi casi. A fronte di più sconfinamenti nel corso della stessa giornata non può comunque essere applicata più di una commissione;

b) i costi dell'istruttoria veloce, eventualmente differenziati secondo quanto previsto dal comma 2. La quantificazione è formalizzata e adeguatamente motivata".

al comma 4 - che se vi sono più operazioni extra fido in un giorno si applica una sola commissione di istruttoria).

Infine, con disposizione di equità, a tutela del debitore, si stabilisce che non si applicano né la commissione di istruttoria veloce, né il tasso di interesse passivo quando lo sconfinamento è solo sul saldo per valuta, cioè effetto delle diverse tempistiche (convenzionali) di addebito ed accredito delle varie operazioni eseguite in conto corrente.

I casi in cui viene applicata la commissione di istruttoria veloce devono essere resi noti alla clientela.

d) Le famiglie consumatrici

Con una disposizione assai singolare, l'articolo 1-ter della legge di conversione del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 dispone che la commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa di cui al comma 2 dell'articolo 117-bis del TUB non si applica alle **famiglie consumatrici** titolari di conto corrente, nel caso di sconfinamenti pari o inferiori a **500 euro** (in assenza di affidamento ovvero oltre il limite di fido), purché si verifichino **una sola volta nel trimestre e per una durata non superiore a sette giorni consecutivi**.

Sebbene non sia chiaro il riferimento alla famiglia consumatrice, dovendosi ritenere peraltro in essere compresa anche quella composta da un singolo soggetto, lo scopo della norma è più che evidente: impedire che sul soggetto che fa uso del conto corrente per finalità non professionali siano caricati costi eccessivi a fronte di sconfinamenti episodici e spesso involontari, perlopiù derivanti dal complesso calcolo delle valute di addebito e di accredito.

Ciò anche in considerazione del fatto che il consumatore ha normalmente minori possibilità tecniche ed economiche per rilevare un calcolo eccessivo degli oneri a suo carico.

Il decreto del CICR del 30 giugno 2012 riafferma che il consumatore beneficia dell'esclusione prevista dal comma 6, lettera a), per un massimo di una volta per ciascuno dei quattro trimestri di cui si compone l'anno solare.

Resta da chiedersi cosa succede se, una volta superato il fido, vengano annotate ulteriori passività. Mi pare che ove tali ulteriori annotazioni non comportino un superamento, complessivamente,

del limite dei 500 euro extrafido, e vi sia un rientro entro i 7 giorni, possa operare l'esonazione dalla commissione di istruttoria.

Dubbio, invece, il caso in cui le annotazioni che portano il conto in extrafido, pur essendo contenute nell'arco di 7 giorni, siano intervallate da periodi di rientro nei limiti dell'affidamento; mentre nel caso precedente si ha un unico sconfinamento infrasettimanale, soggetto a modifiche, in questa ipotesi gli sconfinamenti sono plurimi.

L'articolo 1-ter della legge di conversione del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 parla di sconfinamenti, al plurale, con il limite quantitativo complessivo di 500 euro ed il limite temporale di sette giorni consecutivi. Anche il decreto del CICR parla di sconfinamenti, al plurale, e di saldo passivo derivante da più addebiti.

Mi sembra, dunque, che una volta che vi sia stato uno sconfinamento scatti un'esonazione che dura sette giorni, all'interno dei quali il correntista può rientrare nei limiti dell'affidamento e poi riesondare più volte, purché non superi mai il limite massimo dei 500 euro e purché rientri definitivamente entro il periodo di esenzione di 7 giorni dal primo sconfinamento.

Non mi pare, invece, che si possa calcolare il periodo al netto dei rientri, posto che la norma parla di giorni consecutivi; ciò significa che, una volta iniziato a decorrere il termine settimanale di esenzione, questo non è soggetto a sospensioni o, tantomeno, ad interruzioni per effetto di rientri entro il limite del fido.

e) Il compito del CICR

Al CICR è demandato il compito di adottare con propria delibera le disposizioni applicative dell'art. 117-bis TUB, ivi comprese (ma sarebbe meglio dire: "soprattutto") quelle in materia di trasparenza e comparabilità dei costi.

Il CICR, inoltre, può prevedere che l'117-bis TUB si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente e, in ogni caso, deve disciplinare i casi (ulteriori rispetto a quello di cui al paragrafo che segue) in cui, in relazione a (limitate) entità e durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2.

Con decreto d'urgenza emanato dal Presidente (cioè dal Ministro per l'Economia e le Finanze) il 30 giugno 2012, n. 644, il CICR ha

adottato la "Disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'art. 117-bis del Testo unico bancario".

Il decreto ha precisato che la commissione di istruttoria veloce, oltre che nel caso dei consumatori, non è dovuta quando lo sconfinamento ha avuto luogo per effettuare un pagamento a favore dell'intermediario ovvero quando lo sconfinamento non ha avuto luogo perché l'intermediario non vi ha acconsentito.

L'articolo 5 contiene le **disposizioni finali** e transitorie.

Al comma uno si afferma che per assicurare trasparenza e comparabilità dei costi previsti dagli articoli 3 e 4 si applicano le disposizioni della Banca d'Italia in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" (emanate in attuazione della delibera CICR 4 marzo 2003, n. 286, e del decreto d'urgenza del presidente del CICR 3 febbraio 2011, n. 117) e che la Banca d'Italia può emanare disposizioni applicative del decreto (fermo restando quanto stabilito, ai sensi dell'articolo 120 del TUB e della delibera CICR del 9 febbraio 2000 recante "Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria").

La disposizione transitoria ha previsto l'entrata in vigore del decreto al 1° luglio 2012 e l'adeguamento entro il 1° ottobre 2012 dei contratti in corso a tale data, con l'introduzione di clausole conformi all'articolo 117-bis del TUB e al decreto del CICR²⁹.

6. Commissione di massimo scoperto e usura; una difficile convivenza.

Per molto tempo la giurisprudenza di merito si è occupata del problema relativo alla computabilità, ai fini della violazione della legge antiusura, delle commissioni di massimo scoperto; trattasi di

²⁹ L'adeguamento dei contratti a quanto previsto ai sensi dell'articolo 117-bis del TUB e del presente decreto costituisce giustificato motivo ai sensi dell'articolo 118 del TUB. Per i contratti che non prevedono l'applicazione dell'articolo 118 del TUB, gli intermediari propongono al cliente l'adeguamento del contratto entro il 1° ottobre 2012.

questione annosa che deriva da una incoerenza normativa³⁰, in quanto, mentre i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi di interessi, fino al secondo semestre del 2009, escludevano la commissione di massimo scoperto dal calcolo del TEG (ricependo in tal modo le istruzioni della Banca d'Italia), l'articolo 644, comma quattro, del codice penale ha una formulazione molto più ampia, tenendo conto di tutte le commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo collegate alla erogazione del credito.

Sul punto è intervenuta recentemente la cassazione (Corte di cassazione, 19 febbraio 2010 numero 12.028; conf. Sez. 2, 14 maggio 2010, 28743), affermando che il chiaro tenore letterale dell'articolo 644, comma quattro, del codice penale impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporta in connessione con il suo uso del credito³¹. Secondo la suprema Corte, tra detti oneri rientra sicuramente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui cliente utilizza concretamente lo “scoperto” di conto corrente, che funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità da tenere a disposizione del cliente.

La Cassazione, dunque, conferma l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso; pur dando atto che la norma di cui all'articolo 644 del codice penale si presenta come norma penale in bianco, che deve essere integrata con riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa (quella che culmina con il decreto ministeriale emesso ai sensi dell'articolo 2 della legge 108 del 1996), ritiene di poter sindacare la conformità al dettato legislativo del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia e fatto proprio dal Ministro competente.

È interessante rilevare che la Cassazione ritiene di avvalorare la propria decisione con riferimento alla normativa del 2008 (decreto-legge 185 del 2008 e successive modifiche), che considera norma di interpretazione autentica in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri indicati nell'articolo 644, comma quarto, c.p., correggendo una prassi amministrativa difforme.

³⁰ Come osserva correttamente LENOCI, *Commissione di massimo scoperto ed usurarietà del tasso di interesse*, in *Giur. Merito* 2011, 4, 983.

³¹ V. LENOCI, op. ult. cit.

Si deve, peraltro, osservare che la ricomprensione delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo dell'usura, prevista dall'intervento normativo del 2008-2009, risulta, di fatto, in buona parte vanificata dalle istruzioni della Banca d'Italia, che, con una singolare formula di calcolo, attribuiscono alle commissioni suddette un peso ridotto, sveltendo la loro rilevanza nel costo del credito: alle banche permangono dunque ampi margini di modulazioni delle condizioni che consentono di innalzare, attraverso le commissioni di massimo scoperto, il costo del credito senza proporzionale riflesso sul valore del tasso impiegato per misurare l'usura³².

Ai sensi del nuovo art. 117-bis TUB e tenuto conto della giurisprudenza di legittimità, dovrà certamente ricomprendersi nel calcolo del tasso soglia la commissione fissa di istruttoria di cui al comma secondo (la quale costituisce senza dubbio un costo collegato alla erogazione effettiva - pur se in assenza di preventivo accordo contrattuale - del credito, ai sensi dell'articolo 644 del codice penale).

Quanto alla commissione onnicomprensiva sull'affidato di cui al comma 1, secondo una interpretazione formalistica della norma penale – che trova un supporto nella formulazione letterale del secondo comma dell'art. 2 bis del D.L. 185/2008 (dove si parla di clausole che prevedono una remunerazione dipendente dalla **effettiva durata dell'utilizzazione** dei fondi) - non può dirsi che sia un costo collegato all'erogazione del credito, non trattandosi di una voce dipendente dalla concreta utilizzazione di somme a debito da parte del correntista³³.

³² Così si esprime R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge numero 2/09*, il caso.it, 155/2009, pag. 34, il quale giunge a queste conclusioni dopo aver svolto numerosi esempi e con riferimento formule di matematica finanziaria. L'autore ritiene che in tal modo sia possibile rispettare le soglie individuate dalla Banca d'Italia anche quando il costo effettivo del credito supera ampiamente i limiti di usura; pertanto, secondo tale dottrina, cui necessariamente si rimanda per ogni approfondimento, la presenza o meno dell'usura dipenderà dalla natura degli addebiti effettuati dalla banca.

³³ In argomento v. ancora LENOCI, *Commissione di massimo scoperto ed usurarietà del tasso di interesse*, in Giur. Merito, 4/2011. Si veda anche RAMPIONI, *La fattispecie di usura presunta nel crogiuolo della pratica applicativa. Il nodo della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*. Cass pen. 2012,01,361.

Mi pare, peraltro, che la soluzione sia tutt'altro che scontata. L'articolo 644 impone il conteggio delle commissioni, delle remunerazioni corrisposte a qualsiasi titolo e delle spese collegate alla erogazione del credito; tutto ciò con riferimento a quanto previsto al comma uno e cioè al corrispettivo di una prestazione di denaro. Si tratta, dunque, di stabilire se la messa a disposizione di fondi da parte della banca sia una prestazione di denaro o meno: in caso positivo anche la provvigione di affidamento deve essere considerata ai fini del calcolo del tasso di interesse usurario.

Qualora, invece, si ritenesse che la prestazione di denaro si ha solamente con la effettiva utilizzazione di tutta o parte della somma messa a disposizione dalla banca, allora si aprirebbe una doppia prospettiva: da un lato si può ritenere che la provvigione di affidamento non muti la sua natura per effetto della concreta utilizzazione delle somme, essendo comunque corrisposta in misura fissa e indipendentemente dall'entità e dalla durata dell'utilizzazione. In alternativa si potrebbe ritenere che qualora il correntista faccia uso di somme a credito, tutti i costi contrattualmente previsti per l'apertura di credito vadano in concreto a determinare il costo del denaro.

Le recenti pronunce della cassazione non risolvono il problema, laddove non sembrano distinguere tra commissione collegata all'utilizzazione del credito e commissione di affidamento, anzi utilizzando in modo promiscuo i due termini; si veda il seguente passaggio : “Tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente **utilizza concretamente** lo scoperto di conto corrente, e funge da **corrispettivo per l'onere**, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, **di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente**”.

Dunque, sembra che, secondo la corte di legittimità, per costo **collegato alla erogazione del credito** debba considerarsi tutto ciò che il correntista deve pagare, oltre al capitale ed escluse imposte e tasse, in relazione all'utilizzo concreto o alla libera disponibilità di denaro. Con l'apertura di credito, infatti, la banca mette a disposizione del correntista una determinata somma e quindi eroga a suo favore un credito, che poi può essere o meno utilizzato per libera scelta del correntista stesso; la commissione sull'affidamento, pur essendo prevista indipendentemente dall'uso delle somme, può

allora considerarsi un costo, tra l'altro non indifferente, collegato alla concessione di credito.

In alcuni casi, anzi, e cioè qualora vi sia una scarsa utilizzazione delle somme messe a disposizione dalla banca, la commissione di affidamento sarà la principale voce di costo connessa all'apertura di credito.

D'altronde, nelle istruzioni della Banca d'Italia³⁴ modificate nel 2009 a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 2-bis del decreto-legge 185/2009 (G.U. del 29 agosto 2009, numero 200), si precisa che nel calcolo del TEG sono inclusi gli oneri per la messa a disposizione dei fondi.

L'articolo 3 del decreto CICR del 30 giugno 2012 precisa poi – ma, mi pare, solo ai fini di indicare quali oneri ulteriori possono gravare sul debitore oltre all'interesse passivo ed alla commissione di affidamento - che **non rientrano nella commissione** le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per l'iscrizione dell'ipoteca, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento.

³⁴ Citate da CICORIA, *Commissione di massimo scoperto. Ultimo atto?*, Giust. Civ. 2011, 06, 327.