
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO VI LE COMMISSIONI BANCARIE

di Carmela Robustella

In questa sede viene illustrata la particolare disciplina delle commissioni bancarie, applicate dalle banche sui conti della clientela a titolo di remunerazione per i diversi servizi resi. La trattazione si concentrerà sulle commissioni bancarie che hanno sollevato dubbi interpretativi in merito alla loro legittimità e su quelle attualmente applicabili sui conti della clientela, in un quadro normativo non sempre cristallino che sconta l'assenza di un adeguato impianto definitorio da parte del legislatore.

SOMMARIO: 1. Le commissioni bancarie e i tentativi di definizione – 2. La commissione di massimo scoperto nella prospettiva storica – 3. La L. 28/01/2009, n. 2 e il tentativo di abrogazione della commissione di massimo scoperto – 4. L'art. 117-bis e il nuovo regime commissionale imposto alla clientela – 5. La delibera del CICR e la rilevanza usuraria delle nuove commissioni bancarie

1. Le commissioni bancarie e i tentativi di definizione

Può dirsi, in via generale e di prima approssimazione, che, nell'ambito dei rapporti bancari, le commissioni bancarie rappresentano la remunerazione spettante alla banca per lo svolgimento di specifiche attività in favore della clientela: tale remunerazione può assumere il connotato di corrispettivo dovuto per la prestazione di uno o più servizi o di onere accessorio idoneo a remunerare il rischio assunto dalla banca in relazione alla somministrazione di fondi alla clientela.

Le commissioni che le banche applicano alla clientela sono varie, potendo essere richieste per la prestazione di un servizio finanziario, per la gestione del conto corrente, per la concessione di una linea di credito, per l'effettuazione di un servizio di pagamento per conto del cliente. Il legislatore, tuttavia, non ne fornisce una definizione, pur operandone uno sfumato rinvio all'art. 1826 c.c., rubricato "Spese e diritti di commissione", nel quale si limita a disporre che l'esistenza di un conto corrente non compromette il diritto al rimborso alle spese e alle commissioni spettanti ai contraenti per le operazioni che danno luogo alle singole rimesse, essendo tali diritti inclusi nel conto, salvo convenzione contraria. Attraverso la suddetta disposizione si precisa che le spese sostenute e i compensi nascenti dai rapporti che danno luogo alle singole rimesse devono essere annotate sul conto e, pertanto, diverranno disponibili solo alla chiusura dello stesso, con conseguente maturazione di interessi nella misura stabilita. Dal che

consegue che non sorge in capo ai i contraenti alcun diritto di compensazione dei diritti o dei compensi reciproci. Nella medesima direzione, a ben vedere, si muove anche l'art. 1857 c.c., per le operazioni bancarie regolate in conto corrente, che richiama l'applicazione degli artt. 1826, 1829 e 1832 c.c.

In assenza di un impianto definitorio chiaro e univoco in grado di enucleare la natura giuridica e la funzione delle commissioni bancarie, le stesse sono sempre state considerate il compenso spettante alla banca per l'attività svolta, con la conseguenza che se la banca non presta alcuna attività o servizio in favore della clientela esse non sono dovute, a meno di non volerne snaturare la funzione.

Il tema delle commissioni bancarie, e, più in generale, delle provvigioni, oneri e spese che le banche addebitano alla clientela in aggiunta agli interessi nei rapporti bancari è stato per lungo tempo trascurato dalla dottrina specialistica e dalla giurisprudenza, essendo considerato un tema marginale rispetto a quello più preponderante degli interessi. Tuttavia, sul finire del secolo scorso, dietro impulso del legislatore europeo, si è assistito ad un rinnovato interesse degli interpreti per gli oneri commissionali collegati all'erogazione del credito bancario per via della loro incidenza diretta e indiretta sul costo complessivo del credito. L'esigenza di fornire alla clientela una indicazione chiara e univoca del costo totale del credito ha assunto speciale attenzione in occasione del recepimento della direttiva europea in materia di credito al consumo (L. 19/02/1992, n. 142). Nel contesto di tale provvedimento, il legislatore introduce il concetto di tasso annuo effettivo globale (TAEG), espressione del più generale principio della trasparenza tesa a garantire al cliente, in tutte le fasi del rapporto contrattuale con la banca, una informazione puntuale sui costi e sui rischi assunti. Ma è soprattutto con l'entrata in vigore della L. n. 108/1996 che le commissioni bancarie hanno acquisito una rinnovata rilevanza. Come si dirà, infatti, la L. n. 108/1996, introducendo la nuova fattispecie dell'usura oggettiva (che viene integrata tutte le volte che gli interessi applicati superano il c.d. tasso soglia), ha operato un esplicito richiamo, ai fini della determinazione delle soglie usuarie, alle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e alle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

La riflessione degli interpreti sulla necessità di determinare correttamente il costo globale del credito ai fini del rispetto della normativa antiusura ha avuto, quindi, il dirompente effetto di accendere i riflettori su alcune commissioni, spese e voci di costo, variamente denominate, richieste dalle banche alla clientela in aggiunta agli interessi, non sempre chiaramente giustificabili sotto il profilo causale, se poste in relazione alla controprestazione adempiuta dalla banca. Tra queste, prima fra tutte, la commissione di massimo scoperto, un onere commissionale indubbiamente collegato alla erogazione del credito, la cui legittimità è stata al centro di un

animato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha indotto anche il legislatore a intervenire nel tentativo di porre fine, senza invero riuscirvi del tutto, all'aspro dibattito sorto in merito alla sua legittimità. Come si vedrà all'esito di questo tentativo di regolamentazione della commissione di massimo scoperto, il legislatore introduce l'art. 117-*bis* TUB, attraverso il quale abroga definitivamente la CMS nel nostro ordinamento e opera una complessiva ridefinizione dell'intera materia delle commissioni bancarie applicabili sui conti della clientela.

2. La commissione di massimo scoperto nella prospettiva storica

La commissione di massimo scoperto, originariamente denominata provvigione di conto, nasce come una componente del costo sopportato dal cliente al momento della concessione del credito, diversa e ulteriore rispetto all'interesse, volta a remunerare la banca per la messa a disposizione dell'accreditato di somme, indipendentemente dalla loro effettiva utilizzazione¹.

Strutturata in questi termini, l'addebito di tale provvigione sul conto degli affidati non ha mai destato particolari perplessità, poiché l'attribuzione patrimoniale contemplata da tale commissione trovava il suo fondamento causale nell'incremento delle spese di gestione sostenute dalla banca per il reperimento ed il mantenimento della provvista in favore del cliente.

La spesa aggiuntiva richiesta al correntista, in altri termini, era volta a compensare l'intermediario per l'onere di dover essere sempre in grado di far fronte alla richiesta di liquidità da parte del cliente, senza poter utilizzare quella riserva per altri investimenti fruttiferi². Così, per la parte utilizzata, la banca veniva remunerata attraverso la corresponsione degli interessi, per la parte non utilizzata, la pronta e garantita disponibilità trovava la sua remunerazione nella suddetta commissione, di regola percepita a ogni chiusura trimestrale di conto, in misura percentuale sull'accordato al netto dell'utilizzato³.

Con l'andare del tempo, tuttavia, la giustificazione causale attribuita alla provvigione di conto è diventata via via sempre più evanescente a causa della concreta modalità di applicazione della commissione stessa da parte delle banche: la commissione veniva calcolata sempre più frequentemente sulla soglia massima utilizzata nel periodo di riferimento (il massi-

¹ Molle G.-Desiderio L., *Manuale di diritto bancario*, Milano, 1997, p. 179.

² Così Cass. civ. 18/01/2006, n. 870, in *www.plurisonline.it*.

³ Tale tipologia di commissione finiva per rappresentare una forma di prezzo da pagare per avere il diritto di non utilizzare il credito e dunque andava a remunerare la disponibilità concessa e non sfruttata.

mo scoperto) e non già sulla somma affidata rimasta disponibile. Conseguentemente tale pattuizione è andata progressivamente perdendo il suo iniziale fondamento economico, allontanandosi dalla “funzione tipica” che le era stata originariamente attribuita, ossia quella di essere un onere volto a remunerare il costo sopportato dalla banca per la «disponibilità» accordata al cliente, per assumere sempre più i connotati di un vero e proprio costo aggiuntivo posto a carico del cliente per il credito effettivamente utilizzato, da sommarsi a quello dovuto periodicamente a titolo di interessi e calcolato in misura percentuale sul massimo utilizzo di fido registrato in conto corrente⁴.

Il “mutamento” funzionale della commissione di massimo scoperto, nel corso degli anni, ha consentito alle banche di estenderne l'applicazione anche ai c.d. fidi di fatto, ossia agli sconfinamenti tollerati dalla banca nelle ipotesi in cui il cliente, in assenza di provvista, facesse pervenire addebiti su saldi non disponibili e, conseguentemente, tale commissione ha finito per concorrere a determinare un significativo aumento del “prezzo” complessivo sostenuto dal cliente stesso per l'accesso al credito⁵.

La mancanza di un'univoca e chiara previsione di detta voce di costo nei contratti bancari e, soprattutto, gli svariati e nebulosi metodi di calcolo utilizzati dalle banche per addebitarne il costo sul conto corrente della clientela⁶ hanno contribuito a far sorgere un vivace dibattito dottrinale an-

⁴ Così Maccarone S., *Le operazioni bancarie in conto corrente*, in *Giurisprudenza bancaria* (1985-1987), VI-VII, 1989, p. 184, il quale ha ritenuto che la commissione di massimo scoperto fosse un onere ideato e concepito col precipuo scopo di aumentare il tasso di interesse praticato nel contratto di apertura di credito, costituendo una sorta di accessorio dell'interesse stesso, legato non alla disponibilità, ma all'utilizzazione. In termini sostanzialmente analoghi Inzitari B., *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, p. 463.

⁵ Per un quadro ricognitivo delle principali criticità emerse con l'applicazione della commissione di massimo scoperto, v. Maimeri, *La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge*, cit., p. 63 ss.

⁶ Osserva a tal proposito Marcelli R., *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/2009*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 155/2009, 8-9, che l'iniquità della commissione di massimo scoperto è insita nella stessa metodologia di calcolo: all'ordinaria aliquota di interesse, si aggiunge una seconda aliquota, commisurata all'esposizione massima e calcolata per l'intero periodo, a prescindere dalla durata di tale esposizione massima. In quest'ultimo aspetto si cela l'effetto perverso della commissione di massimo scoperto. Inoltre, il calcolo della commissione trimestrale su massimo scoperto non era eseguito con criteri uniformi dalle diverse banche. I criteri utilizzati erano essenzialmente tre: un criterio assoluto, secondo il quale la commissione si calcolava sul massimo saldo debitore registrato nel trimestre; un criterio relativo, in base al quale la commissione si calcolava sul saldo dare registrato nel trimestre, ma a condizione che il picco massimo facesse parte di una sequenza debitoria ininterrotta di durata non inferiore a 10 giorni; un criterio misto, in base al quale la commissione veniva applicata sul saldo massimo del periodo, sempre che, nell'arco temporale considerato, si

zitutto sulla liceità della clausola istitutiva della commissione in oggetto⁷.

Prima che sull'argomento intervenisse a gettare nuova «luce» l'art. 2-*bis*, L. n. 2/2009 e, successivamente, l'art. 117-*bis* TUB, lo sforzo della letteratura formatasi in argomento si è, infatti, concentrato sulla verifica della compatibilità di tale voce commissionale con il principio generale del necessario fondamento causale delle attribuzioni patrimoniali che regge il nostro ordinamento.

Molteplici e circostanziate obiezioni sono state sollevate in ordine alla sussistenza di una valida ragione giustificativa a sostegno degli oneri dovuti sul massimo scoperto⁸.

In particolare, il fatto che il calcolo della commissione di massimo scoperto fosse parametrato al picco dell'utilizzato, ossia all'effettivo godimento del denaro da parte del cliente e non già alla somma complessivamente affidata, ha portato la dottrina⁹ a interrogarsi se la commissione fosse un onere davvero giustificabile, sotto il profilo causale, dal momento che la banca sulle somme effettivamente utilizzate dal cliente risultava già utilmente remunerata dagli interessi corrisposti.

Venivano pure mossi rilievi in ordine all'indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto della commissione, per via degli arbitrari metodi di calcolo utilizzati dagli istituti di credito per addebitare la commissione stessa sul conto della clientela¹⁰.

Su questa stessa linea si è indirizzata anche la giurisprudenza, che ha progressivamente attestato il suo orientamento verso la declaratoria di

fosse verificata un'esposizione debitoria continuata per almeno 10 giorni.

⁷ Per una ricognizione delle criticità esistenti prima che sulla regolamentazione della commissione di massimo scoperto intervenisse il legislatore con l'art. 2-*bis*, L. n. 2/2009, v. Cristoforetti P., *La commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009*, in *www.dirittobancario.it*, marzo 2009, p. 1 ss.

⁸ Cfr. De poli M., *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, cit., pp. 354-355, il quale efficacemente afferma che la commissione di massimo scoperto "non remunera alcuno specifico impegno della banca: non quello di tenere a disposizione una somma di denaro, posto che la commissione di massimo scoperto non è posta in funzione di ciò che caratterizza quell'impegno, ossia quantum e durata; non quello di concreta messa a disposizione del denaro, posto che quell'impegno è già remunerato dagli interessi, la cui misura è determinata in funzione dell'importo utilizzato e del tempo di utilizzo e posto che il meccanismo di calcolo della commissione di massimo scoperto ci fa chiaramente intendere che l'importo che verrà addebitato al cliente sarà lo stesso qualunque sia la durata dell'utilizzo della somma massima".

⁹ V. per tutti Dolmetta A.-Mucciarone S., *Sulla commissione di massimo scoperto*, in *Contratti*, 2001, p. 377.

¹⁰ Così Cristoforetti P., *La commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: "Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari"*, cit., 4.

nullità delle clausole aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto. La nullità della clausola istitutiva della commissione veniva fondata dai giudici anzitutto sulla mancanza di una valida ragione giustificativa a sostegno degli oneri richiesti al correntista sullo scoperto di conto¹¹.

La giurisprudenza ha, inoltre, posto in evidenza che le arbitrarie e fumose modalità di calcolo utilizzate per la determinazione della commissione nei contratti bancari sollevavano profili di invalidità anche per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto *ex art.* 1346 c.c.¹².

Un ulteriore profilo di criticità riscontrato dagli interpreti è stato il ruolo equivoco giocato dalla commissione in parola in sede di applicazione della legge antiusura (L. n. 108/1996), posto che, in conseguenza delle scelte operate in sede di normativa secondaria dalle Autorità a ciò delegate (Ministero dell'Economia e Banca d'Italia) la stessa non era menzionata tra gli oneri da includersi nel calcolo del tasso medio, ma formava oggetto di autonoma rilevazione.

Anche la commissione di massimo scoperto, infatti, in quanto onere strettamente collegato all'erogazione del credito, avrebbe dovuto, a ragione, essere inclusa nel calcolo del tasso medio ai fini della verifica del superamento delle soglie d'usura, ma così, come si è detto, non è stato.

L'esclusione della commissione di massimo scoperto dal calcolo del T.E.G.M., operata da Banca d'Italia e recepita dal Ministero competente, ha consentito di fatto alle banche di continuare ad addebitarla indisturbate

¹¹ In questo senso Trib. Monza 11/06/2007, n. 1967, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano 04/07/2002, con nota di Inzitari B., *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anacostismo e commissione di massimo scoperto*, cit., p. 463; Trib. Lecce 11/02/2005, in *www.plurionline.it*; Trib. Monza 12/12/2005, con nota di Dagna, *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglie d'usura*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 2, II, p. 204 ss.; Trib. Teramo 18/01/2010, n. 84, in *www.ilcaso.it*. Si segnala, inoltre, Trib. Tortona 19/05/2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mondovì 04/05/2010, in *www.ilcaso.it*, che afferma che la remunerazione percepita dalla banca deve ritenersi "senza causa qualora venga applicata sul massimo sconfinamento eseguito nel periodo, poiché in questo caso costituisce una doppia imposizione su somme che già sono produttive di interessi e costituisce, dunque, una forma [...] di costo per il cliente che produce l'effetto di aumentare ingiustificatamente il tasso reale dell'interesse praticato".

¹² Così Trib. Padova 10/06/2011, in *www.ilcaso.it*, secondo cui è nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola che prevede la commissione di massimo scoperto indicandone semplicemente la misura percentuale e non specificando se per massimo scoperto debba intendersi il debito massimo raggiunto anche in un solo giorno o piuttosto quello che si prolunga per un certo periodo di tempo o, ancora, se il relativo importo vada calcolato sul complesso dei prelievi effettuati dal correntista. Analogamente, Trib. Di Piacenza 12/04/2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Novara 16/07/2010, n. 774, in *www.dejure.giuffrè.it*; Trib. Monza 14/10/2008, n. 2755, in *www.dejure.giuffrè.it*; Trib. Genova 18/10/2006, in *Foro pad.*, 2007, 3-4, I, p. 493; Trib. Monza 12/12/2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 204; Trib. Vibo Valenzia 16/01/2006, in *Dir. Internet*, 2006, 3, p. 290; Trib. Milano 04/07/2002, cit.

sul conto della propria clientela¹³, pur nella consapevolezza che tale commissione contribuisse, analogamente a ogni altro interesse e onere collegato a un finanziamento, a elevare il complessivo costo del credito ben oltre i confini consentiti dalla normativa antiusura.

La chiara e inequivoca formulazione della legge antiusura nella determinazione del tasso usurario e l'inconsueto esonero dagli oneri da includersi nel T.E.G.M. riservato alla commissione di massimo scoperto, come si diceva, hanno suscitato legittime perplessità in ordine alla conformità all'art. 644 c.p. del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia (e fatto proprio dal Ministro competente) e ha, conseguentemente, rinvigorito il dibattito sulla legittimità della commissione stessa, amplificando le richieste di abolizione definitiva di un onere ritenuto arbitrario ed usurario.

Queste stesse perplessità sono state manifestate anche in alcune pronunce penali, sia di merito¹⁴, sia di legittimità¹⁵, nelle quali si è opportuna-

¹³ Le banche hanno tentato di neutralizzare gli effetti della legge antiusura aumentando in modo considerevole l'aliquota della commissione di massimo scoperto proprio sfruttando l'inconsueto esonero dai corrispettivi rilevanti ai sensi della legge antiusura riservato a quest'ultima dalla Banca d'Italia. V., in proposito, i rilievi di Marcelli R., *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/2009*, cit., p. 21 ss.

¹⁴ Cfr. Trib. Palmi 08/11/2007, n. 1732, in *Guida dir.*, 5/2008, p. 79. Nella vicenda incardinata dinanzi al Tribunale di Palmi, si è ritenuto configurato il reato di usura da un punto di vista oggettivo, ma aveva assolto per non aver commesso il fatto i legali rappresentanti e i direttori di filiale di tre istituti di credito per aver applicato tassi e commissione superiori a quelli previsti dalla normativa antiusura. Poi aveva affermato che nei confronti degli ordini apicali non poteva essere attribuita una specifica responsabilità in quanto la governance dei tassi era stata affidata ad una struttura centralizzata e sottordinata alla quale era stato affidato il compito di decidere i tassi. La corte di appello di Reggio Calabria si conforma poi all'impianto motivazionale del tribunale di prime cure, confermando la sussistenza del reato da un punto di vista oggettivo, ma assolve gli imputati, in parziale riforma di quanto aveva statuito il tribunale, perché il fatto non costituisce reato. In sostanza è stata riconosciuta in capo agli organi apicali sicuramente una posizione di garanzia, perché se, da un lato, avrebbero dovuto controllare l'operato della struttura sottoarticolata, dall'altro, tuttavia, è mancata la conoscenza e l'intenzione di praticare tassi usurari.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. II, 19/02/2010, n. 12028, cit.; Cass. pen. 26/03/2010, n. 12028, in *Giur. it.*, 11/2010, con nota di Grindatto, p. 2407 ss.; Cass. 14/05/2010, n. 28743, *www.ilcaso.it*; Cass. 22/07/2010, n. 28743, *Ibidem*; Cass. pen., sez. II, 19/12/2011, n. 46669, in *Diritto e Processo*, n. 6/2012, p. 736 ss., con nota di Piloni, in cui, in particolare, si afferma che anche la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle istruzioni o dalle direttive della Banca d'Italia nelle quali si prevede che la commissione di massimo scoperto non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma penale che im-

mente evidenziata la necessità di attribuire rilevanza alla commissione di massimo scoperto, ai fini della qualificazione usuraria degli interessi, a prescindere dalle Istruzioni dettate a riguardo della Banca d'Italia.

Il crescente interessamento della magistratura sia sulle modalità di applicazione della CMS sul conto degli affidati sia, soprattutto, sulla sua esclusione dagli oneri rilevanti ai fini del calcolo del TEG ha indotto la Banca d'Italia – nel tentativo, peraltro dimostratosi vano, di arginare il proliferare delle controversie giudiziarie promosse dalla clientela in ordine alla incidenza della CMS sul possibile superamento del tasso soglia – a diramare il 2 dicembre 2005 una nota diretta a banche ed intermediari finanziari avente ad oggetto “La commissione di massimo scoperto”, in cui si elaborava una sorta di *vademecum* per valutare l'impatto della commissione stessa sulle condizioni complessivamente praticate alla clientela. In particolare, dopo essersi ribadita la correttezza dell'esclusione della CMS dal calcolo del TEGM, la Banca d'Italia invitava gli intermediari a tenerla comunque in considerazione nei procedimenti di verifica del rispetto delle soglie usurarie, secondo una complessa e articolata metodica che inaugurava il concetto di “CMS-soglia” e la teoria c.d. del margine¹⁶. Il metodo inaugurato dalla Banca d'Italia è parso immediatamente discutibile, non solo perché introduceva parametri valutativi dell'impatto della CMS sulle

pone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. La sentenza, dunque, superando un precedente orientamento contrario (Cass. 26/11/2008, n. 8551, in *www.plurisonline.it*), si segnala per aver evidenziato la “scorrettezza” dell'organo di vigilanza nell'aver escluso la Commissione di massimo scoperto.

¹⁶ Più precisamente, dopo aver stabilito che la CMS soglia era determinata aumentando del 50% l'entità della commissione media pubblicata nelle tabelle del trimestre precedente, si stabiliva che “l'applicazione di commissioni superiori all'entità della CMS-soglia non determinava di per sé l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. A tal fine, l'importo della commissione di massimo scoperto percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare di interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe tutto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti (“margine”). Qualora-conclude la Banca d'Italia – “l'eccedenza della commissione rispetto al tasso soglia sia inferiore a tale immagine è da ritenere che non si determini supero dei soldi di legge”. In altri termini, secondo il nuovo criterio elaborato da Banca d'Italia, l'usura doveva ritenersi integrata al ricorrere cumulativamente di due condizioni: la percentuale di commissione di massimo scoperto applicata sul conto preso in considerazione doveva essere maggiore della commissione soglia e la commissione oltre la soglia risultava maggiore del margine di interessi. Secondo lo schema metodologico elaborato dall'organo di vigilanza, dunque, non era sufficiente che la CMS effettivamente applicata fosse superiore alla commissione soglia, ma perché si potesse configurare un'ipotesi di usurarietà da un punto di vista oggettivo occorreva anche verificare l'ampiezza in termini di valore assoluto del margine di interessi, rapportarlo all'eccedenza della commissione di massimo scoperto registrata e solo se, all'esito di questo confronto, la commissione oltre soglia risultava maggiore rispetto al margine di interessi doveva concludersi per la sussistenza di un profilo di usurarietà oggettiva.

condizioni complessivamente praticate alla clientela completamente estranei al dettato della L. n. 108/1996, ma anche, e soprattutto, perché ha finito per generare ulteriori equivoci e difformità interpretative a danno dei clienti¹⁷.

Ben si comprende, pertanto, perché mai, di fronte a un così netto e palese contrasto di vedute in seno alla dottrina, all'incertezza della stessa giurisprudenza sulla liceità di detta commissione e al progressivo consolidamento dell'orientamento della giurisprudenza penale volto all'inclusione della commissione di massimo scoperto tra gli oneri rilevanti ai fini della determinazione del tasso usuraio, il legislatore non abbia potuto tardare ulteriormente il suo intervento. Ciò è avvenuto con l'inserimento dell'art. 2-bis ("Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari) in sede di conversione del D.L. 29/11/2008, n. 185, avvenuta con L. 28/01/2009, n. 2, successivamente integrato con il D.L. 01/07/2009, n. 78, convertito con modificazioni nella L. 03/08/2009, n. 102, attraverso il quale il legislatore ha tentato di porre fine, senza invero riuscirci del tutto, all'annoso dibattito in ordine alla legittimità tanto della CMS, quanto della scelta compiuta dall'organo di Vigilanza di non ricomprendere la commissione stessa nella categoria dei costi ed oneri rilevanti ai fini del calcolo del TEGM¹⁸.

3. La L. 28/01/2009, n. 2 e il tentativo di abrogazione della commissione di massimo scoperto

Tra i provvedimenti introdotti dal c.d. pacchetto anticrisi¹⁹, recante «misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale», quello regolato dall'art. 2-bis ha rappresentato una delle novità di maggior impatto applicativo in materia di contratti bancari, perché ha inciso specificata-

¹⁷ Le perplessità sull'attendibilità della metodica proposta dalla Banca d'Italia sono ben evidenziate dalle sentenze della giurisprudenza di merito emesse successivamente alla pubblicazione della circolare sul massimo scoperto del 2005. Cfr. sul punto: App. Aquila 16/07/2008; App. Brescia 13/02/2008; Trib. Mantova 02/02/2009; Trib. Matera 18/10/2008, n. 548; Trib. Avellino 09/10/2008; Trib. Mantova 12/07/2008; Trib. Brescia 22/04/2008, n. 1375; Trib. Palermo 20/02/2008, n. 873; Trib. Benevento 18/02/2008, n. 252; Trib. Napoli 05/02/2008, Trib. Mantova 21/04/2007, Trib. Benevento 01/02/2007, tutte reperibili su *www.ilcaso.it*.

¹⁸ Va per completezza evidenziato che già nel 2007 il legislatore ha tentato di intervenire normativamente in materia di CMS. Più precisamente, con il c.d. "Pacchetto Bersani *ter*" si tentò (all'art. 36) di sancirne l'invalidità, ma tale disegno di legge, approvato il 13/06/2007 alla Camera di Deputati, decadde nel corso del successivo esame al Senato a causa della crisi di Governo e della conseguente fine anticipata della legislatura.

¹⁹ Vedi D.L. 28/11/2008, n. 185, convertito in L. 28/01/2009, n. 2, in G.U. n. 280 del 29/11/2008. Sulle misure anticrisi adottate dal legislatore a favore delle banche cfr. Capriglione, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010.

mente sulle voci di costo sopportate dal cliente in sede di concessione creditizia e, in particolare, sulla commissione di massimo scoperto, da tempo al centro dell'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, di merito e di legittimità.

Il suddetto intervento legislativo è stato inserito all'interno di una manovra economica volta a fronteggiare l'eccezionale situazione di crisi economica internazionale, attraverso l'adozione di una pluralità di misure destinate alle categorie più deboli di cittadini²⁰. In tale contesto, pertanto, la norma sulla commissione di massimo scoperto avrebbe dovuto porsi quale coerente punto di approdo di un articolato *trend* legislativo di regolamentazione del settore bancario e creditizio, orientato a garantire un'adeguata tutela all'utente dei servizi bancari, considerato parte contrattualmente debole del rapporto.

Sennonché, la scelta legislativa concretamente adottata si è mostrata solo in apparenza coerente con l'obiettivo dichiarato di approntare una maggiore tutela e protezione agli utenti bancari nei rapporti con le banche. Attraverso una norma dalla formulazione oscura e poco comprensibile, infatti, il legislatore, lungi dall'abrogare *tout court* la commissione di massimo scoperto dal regime commissionale imposto alla clientela, come pareva evincersi dalla dichiarata nullità contenuta nell'*incipit* della norma, ne aveva legittimato normativamente l'applicabilità, sia pure nei limiti stabiliti dalla stessa norma.

In particolare, l'art. 2-bis, L. n. 2/2009, oggi non più in vigore²¹, prevedeva, nella prima parte del primo comma, la nullità delle «clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto» sia nelle ipotesi di permanenza del saldo del cliente a debito per periodi continuativi inferiori a trenta giorni, sia nel caso di utilizzi di somme in assenza di fido. Pertanto, in assenza delle condizioni indicate dalla norma, la commissione poteva essere applicata²². Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 2-bis, si

²⁰ Le ragioni di urgenza che hanno indotto il legislatore ad emanare il decreto n. 185/2008 sono elencate nel preambolo dello stesso provvedimento: 1) fronteggiare l'eccezionale situazione di crisi internazionale che deprime fortemente il potere d'acquisto delle famiglie italiane; 2) introdurre misure fiscali e finanziarie atte a rilanciare il sistema produttivo e lo sviluppo economico del Paese rendendolo più competitivo; 3) redistribuire le risorse per l'apprendimento e l'occupazione, così come per i nuovi interventi infrastrutturali; 4) promuovere e favorire gli interventi nella ricerca anche attraverso il rientro in Italia di ricercatori che si trovano all'estero; 5) garantire il rispetto degli obiettivi fissati nel programma di stabilità e crescita approvato in sede europea. Per un esame complessivo del suddetto intervento legislativo e, in particolare, sulle misure anticrisi adottate a favore delle banche cfr. Capriglione, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010, p. 9 ss.

²¹ Come si dirà più ampiamente in seguito fa eccezione il comma 2 del menzionato art. 2-bis, in tema di computo della CMS ai fini del calcolo del tasso soglia.

²² Così Antonucci A., *La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 322.

disponeva la nullità delle «clausole, comunque denominate» che prevedevano «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 prevedevano «una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente». Anche in questo caso, tuttavia, le commissioni anzidette potevano essere applicate a condizione che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme fosse 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 fosse «specificatamente 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».

La formulazione di questo ampio comma 1, nel complesso criptico, ha sollevato più d'una perplessità tra gli interpreti, anche e soprattutto a causa della complessa ed articolata formulazione lessicale.

Pur non essendo questa la sede per riferire sul complesso e articolato dibattito²³ sorto in seguito all'emanazione dell'art. 2-bis, L. n. 2/2009, peral-

²³ Amplessima è la letteratura in materia. Si veda a tal riguardo: Sirena P., *Ius variandi, commissione di massimo scoperto e recesso dal contratto*, in *Contratti*, 2009, p. 1169; Porcelli G., *Art. 1842*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli E., Utet, 2011, p. 33 ss.; Sciarrone Alibrandi A., *Le clausole di remunerazione degli affidamenti*, in *AGE*, 2011, p. 169 ss.; Inzitari B.-Dagna A., *Commissioni e spese nei contratti bancari*, in *Il diritto degli affari*, Cedam, 2010; Lenoci, *La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, in *Giur. mer.*, 2009, VI, p. 1508; Antonucci A., *La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, cit., p. 319 ss.; Morera U., *Il prezzo dell'utilizzo nell'apertura di credito (notarella sulla nuova commissione di massimo scoperto)*, in *Aa.Vv.*, *Il "giusto" prezzo tra Stato e Mercato*, a cura di Bani E., Giappichelli, 2009, p. 407 ss.; Cristoforetti P., *La commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: "Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari"*, cit., p. 1 ss.; Cian M., *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2 bis l. n. 2/2009 e della l. n. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento ed usura*, cit., p. 187 ss.; Id., *Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo ius variandi e sull'azzeramento del tasso oltre soglia*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 655 ss.; Dolmetta A., *Alcuni temi recenti sulla "commissione di massimo scoperto"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 166; Marcelli R., *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/09*, cit.; Maimeiri F., *La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge*, cit., p. 97 ss.; Ruggiero C., *La "nuova" commissione di massimo scoperto dopo il decreto "anti-crisi"*, in *Contratti*, 2010, I, p. 65; Romano, *La "nuova" commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi nel decreto "anti-crisi"*, cit.; Pisapia G., *Commento a Trib. Piacenza, 12 aprile 2011*, in *Contratti*, n. 12/2001, p. 1135; Cicoria M., *Commissione di massimo scoperto. Ultimo atto?*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 328.

tro ormai totalmente superato dopo l'inserimento nel TUB della nuova disciplina stabilita dall'art. 117-bis – che ha segnato il definitivo tramonto della commissione di massimo scoperto –, appare utile soffermarsi brevemente sui principali nodi ermeneutici segnalati dagli interpreti.

Anzitutto vale la pena di evidenziare che il legislatore, attraverso la riferita disposizione, si è limitato ad operare solo una mera ricognizione delle strutture commissionali applicate dalle banche sui conti della clientela e a regolarne l'applicazione per arginare il più possibile ipotesi di abusi, concentrandosi, nella prima parte del primo comma, sulla commissione di massimo scoperto²⁴, ossia sulla commissione calcolata sulla somma massima utilizzata dal cliente nel trimestre di riferimento. Nella seconda parte del primo comma, invece, sulla commissione parametrata al fido concesso, indipendentemente dall'utilizzato ovvero indipendentemente dall'effettiva durata di utilizzazione dei fondi da parte del cliente.

La *querelle* interpretativa, sorta in dottrina e in una parte della giurisprudenza circa l'opportunità di considerare la CMS come una commissione da calcolarsi sull'importo del fido concesso o, viceversa, sull'ammontare massimo utilizzato è stata così superata legittimando entrambe le pratiche²⁵, a dispetto della previsione della sanzione della nullità che, in realtà, trovava applicazione solo al ricorrere di circostanziate condizioni²⁶.

²⁴ Il legislatore, pur intervenendo per la prima volta in tema di commissione di massimo scoperto, non aveva provveduto a fornire, come forse avrebbe dovuto, una definizione inequivoca al fine di darne una precisa qualificazione giuridica e una puntuale identità dal punto di vista sistematico. Dall'analisi del dispositivo dell'art. 2-bis, pareva evincersi l'intenzione del legislatore di considerare la commissione in parola come un onere ulteriore ed accessorio che si cumulava agli interessi e che si ancorava all'effettiva utilizzazione del denaro concesso dalla banca. Denuncia la perdurante opacità funzionale della CMS, nonostante l'intervento normativo del 2009, Cian M., *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*, cit., p. 190, il quale opportunamente osserva che la circostanza che la commissione non sia applicabile in mancanza di affidamento 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 considerazione, tuttavia, sempre a parere dell'A., appare immediatamente smentita dall'ulteriore condizione di legittimità della commissione, ossia l'applicazione solo in caso di esposizione debitoria perdurante per almeno trenta giorni consecutivi, che porterebbe invece ad ancorare tale costo all'effettivo utilizzo del denaro.

²⁵ Cfr. Maimeri F., *La commissione di massimo scoperto tra prassi e legge*, cit., p. 106 ss.; Oliva P., *La commissione di massimo scoperto*, in www.filodiritto.com, 23/06/2009, 4.

²⁶ Cfr. Porzio G., *Art. 120*, in Belli-Lo Sappio-Porzio-Rispoli Farina-Santoro (a cura di), *Testo unico bancario*, Milano, 2010, p. 1010, il quale, soffermando l'attenzione sulla formulazione dell'art. 2-bis, D.L. n. 185/2008, ha ravvisato nell'operato del legislatore una evidente demagogia, poiché, ponendo l'accento sulla nullità delle clausole, ha voluto far credere di aver abolito la commissione di massimo scoperto, mentre, nella realtà, ha finito per legittimarne condizionatamente l'applicazione.

L'incerta tecnica di formulazione del testo ha creato, inoltre, all'operatore del diritto non poche incertezze interpretative nella ricostruzione di un quadro coerente e organico delle commissioni bancarie concretamente applicabili.

Ed invero, la norma, pur enfatizzando la nullità della clausola avente ad oggetto la commissione di massimo scoperto, ne aveva poi legittimato la praticabilità nei contratti bancari subordinatamente al rispetto delle condizioni di fatto indicate dalla norma. Il legislatore, in altri termini, una volta imboccata la via della nullità, non ha avuto il coraggio di percorrerla fino in fondo, sancendo, in alcuni casi, il recupero della giuridicità della clausola²⁷. In altri termini, è parso subito evidente che l'obiettivo, se non unico, quantomeno precipuo, del legislatore non sia stato tanto quello di stabilire l'invalidità della commissione di massimo scoperto, quanto quello di riconoscere una validità «condizionata» all'interno del nostro sistema finanziario²⁸.

²⁷ La nullità sospesa rappresenta una categoria dottrinale elaborata dalla letteratura pandettistica, e ripresa da un'antica dottrina, (Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 348), generalmente impiegata nei casi in cui la nullità di un contratto derivava dal verificarsi di una circostanza successiva alla sua conclusione che ne condizionava ab origine la sua validità, onde nel periodo intermedio la nullità era come sospesa, in attesa di operare nel momento di realizzazione della circostanza. Al fenomeno parrebbe riconducibile qualche fattispecie prevista dal codice: ad es. quella per cui è nullo il contratto con determinazione dell'oggetto affidata al mero arbitrio del terzo, se poi il terzo non provvede e le parti non lo sostituiscono (1349.2). Sulla nullità sospesa, vedi anche Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta II edizione, Esi, Napoli, 2002, p. 477, il quale osserva "i negozi la cui efficacia sia subordinata ad un evento futuro ed incerto – sia questo una condizione per essi prevista o almeno costitutivo di una fattispecie complessa in cui il negozio per sua natura si inquadra – possono dar luogo al fenomeno della invalidità pendente o sospesa. Secondo la dottrina più legata alla concezione classica della nullità, (Santoro Passarelli, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, Dottrine Generali, 3ª ed., Napoli, 1946, p. 251) la categoria della nullità pendente si riferirebbe alle ipotesi in cui la validità del contratto risulti dipendere dalla effettiva sopravvivenza di un requisito idoneo per legge a realizzarsi in una fase successiva a quella della conclusione del contratto. La dottrina più recente, tuttavia, sembra dubitare dell'utilità di tale figura. V., in tal senso, Roppo E., *Il contratto*, in *Trattato di diritto Privato*, a cura di Iudica-Zatti, Giuffrè, 2001, p. 749.

²⁸ Se questo, dunque, il reale intento del legislatore, sarebbe stato preferibile, quantomeno sul piano dogmatico, statuire direttamente le condizioni di validità della clausola istitutiva della commissione di massimo scoperto, con conseguente inefficacia della clausola stessa al sopraggiungere di condizioni di fatto disallineate rispetto a quelle richieste dalla norma. In altri termini, al fine di evitare possibili equivoci, sarebbe stato preferibile formulare la norma sancendo direttamente il diritto della banca di incamerare la commissione di massimo scoperto nelle ipotesi di permanenza del saldo a debito del cliente per periodi continuativi pari o superiori a trenta giorni e sempre nell'ambito di un contratto di fido precedentemente accordato. La mancata ricorrenza dei suindicati presupposti di validità avrebbe determinato la chiara inoperatività della clausola, ossia la sua inefficacia e dunque la sua

Ad ogni buon conto, la norma, pur nella sua contorta formulazione, nel legittimare la commissione di massimo scoperto nei summenzionati limiti, aveva consentito di superare i dubbi emersi in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla validità della clausola contrattuale di massimo scoperto per carenza di una valida ragione giustificativa²⁹. Il fondamento causale della commissione in parola era stato, infatti, sancito *ex lege* nel momento in cui si era riconosciuto il diritto della banca di percepire una commissione per l'erogazione del credito in aggiunta agli interessi passivi e calcolata sul saldo massimo effettivamente utilizzato dal cliente in un certo lasso di tempo.

La formulazione della norma aveva consentito, inoltre, di superare anche la questione riguardante l'indeterminatezza dell'oggetto, giacché erano stati delineati i contorni della commissione di massimo scoperto, essendo la stessa applicabile ai soli contratti riconducibili alla categoria dell'apertura di credito e entro la somma messa a disposizione, non essendo più consentita sugli sconfinamenti occasionali tollerati dalla banca.

Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 2-bis, L. n. 2/2009, come si è anticipato, il legislatore si era preoccupato di disciplinare tutte quelle commissioni, variamente denominate, applicate dalla banca alla clientela per il servizio di messa a disposizione delle somme. Nello specifico, aveva disciplinato le c.d. remunerazioni accessorie al contratto di apertura di credito (come provvigioni di conto, commissioni di allestimento e rinnovo pratica di fido, spese di istruttoria, diritti di segreteria), per lo più commisurate all'importo accordato. Ebbene, anche queste forme di remunerazione, ove praticate, venivano sanzionate con la nullità, ma, anche in questo caso, il legislatore consentiva di paralizzare la sanzione civilistica, autorizzandone una limitata applicazione in presenza di determinati presupposti. Più precisamente, la nullità non poteva più essere comminata e la banca, quindi, poteva pretendere un corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme solo se il compenso era 1) predeterminato, unitamente al tasso debitore, per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente; 2) pattuito in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente; 3)

inopponibilità al cliente. Cfr., a tal riguardo, le puntuali osservazioni di Morera U., *Il prezzo dell'utilizzo nell'apertura di credito (notarella sulla nuova commissione di massimo scoperto)*, cit., p. 407 ss., il quale, soffermandosi sul testo della norma che commina la nullità della clausola se accade qualcosa in punto di fatto, osserva che probabilmente sarebbe stato più corretto parlare di inefficacia della clausola al ricorrere di certe condizioni di fatto.

²⁹ Osserva in proposito Porcelli G., *Art. 1842*, cit., p. 46, che la norma ha consentito di superare le principali obiezioni sollevate da dottrina e giurisprudenza in ordine alla validità ed efficacia della commissione di massimo scoperto, posto che "la stessa deve, oramai, ritenersi pienamente legittima innanzitutto sotto il profilo causale, giacché espressamente ed inequivocabilmente riconosciuta dalla legge quale remunerazione per l'erogazione del credito, ulteriore ed accessoria rispetto agli interessi passivi".

specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo 4) non eccedente l'aliquota dello 0.50% della somma messa a disposizione³⁰. In ogni caso, occorre garantire al cliente la facoltà di recesso in ogni momento³¹.

Il secondo comma dell'art. 2-*bis*, tuttora in vigore, apporta una modifica significativa al regime delle commissioni bancarie, poiché precisa che gli interessi, le commissioni e provvigioni che prevedono una remunerazione

³⁰ Il tetto massimo all'ammontare del corrispettivo per la messa a disposizione delle somme è stato inserito in un secondo momento con il decreto L. n. 78/2009 (c.d. secondo decreto anticrisi), convertito in L. n. 102/2009. È stato osservato, Inzitari B-Dagna A., *Commissioni e spese nei contratti bancari*, cit., p. 79, che la novella in parola va a completare e a rendere efficace la tutela del cliente nell'ipotesi in cui siano applicate quelle commissioni, comunque denominate, previste nella seconda parte del primo comma dell'art. 2-*bis*, L. n. 2/2009, le quali, una volta acquisito il benessere scritto del cliente, sono ritenute lecite. Autorevole dottrina, Mirone A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 606 ss., ha espresso qualche perplessità sull'introduzione di un calmier all'ammontare delle sole commissioni di affidamento previste dal secondo periodo della norma. Ad avviso di Porcelli G., *Art. 1842*, cit., p. 48, «nonostante le incertezze suscitate dall'infelice formulazione della nuova disposizione testé citata – che, da un lato, fa riferimento al “corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente” (*id est* alla c.d. “remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente”; e, dall'altro, individua espressamente, quale base di computo di tale corrispettivo, “l'importo dell'affidamento”, così alludendo inequivocabilmente alla commissione di massimo scoperto di cui al primo e non al secondo periodo del comma in questione (ossia quello richiamato) – in coerenza alla finalità dichiaratamente perseguita dal legislatore – resa esplicita anche dalla rubrica del menzionato art. 2, l. 3.8.2009, n. 102 (intitolata “Contenimento del costo delle commissioni bancarie”), sembra preferibile ritenere che la predetta soglia massima dello 0,5% riguardi tanto le commissioni di affidamento “pure” (“comunque denominate”), quanto quelle di massimo scoperto».

³¹ Da un'indagine conoscitiva svolta da Banca d'Italia è emerso che la nuova disposizione ha avuto l'effetto di indurre per lo più gli istituti di credito, in occasione dell'adeguamento obbligatorio dei rapporti contrattuali in essere alla nuova disciplina, ad eliminare la tradizionale commissione di massimo scoperto dai contratti ed a privilegiare la commissione per la messa a disposizione di somme (o commissione di affidamento), cui è dedicato il secondo periodo del comma 1 dell'art. 2-*bis*. Sul punto si rinvia alle osservazioni di Stilo A., *La commissione di massimo scoperto dal “Decreto anti-crisi” al c.d. “Decreto Salva Italia”*, in *Contratti*, n. 1/2012, pp. 80-81, la quale osserva che “anche la formulazione di questa norma appare peraltro poco felice, perché essa pone l'accento sulla nullità della clausola, mentre in realtà mira a riconoscerne la validità (sia pure a determinate condizioni). Ad ogni modo, la stessa, al pari della precedente, si inserisce nel solco della tendenza normativa (cui si è dimostrata favorevole la giurisprudenza di legittimità) ad intervenire sul contenuto dei contratti tra banca e cliente, accentuando, rispetto alla disciplina degli interessi, gli obblighi di pubblicità e di comunicazione, il che, però, non si traduce necessariamente in una maggior tutela per il cliente”.

in favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 185/2008 (i.e. dal 01/01/2010), si considerano rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., nonché dell'art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3, L. n. 108/1996. La norma rappresenta l'innovazione più significativa apportata dalla L. n. 2/2009. Appare evidente, infatti, il significativo valore sistematico della disposizione che mira ad attribuire rilevanza usuraria a tutte le commissioni bancarie disciplinate nel comma precedente e, dunque, anche alla CMS, disponendone l'inclusione tra gli addendi della formula del TEG a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 2/2009. La norma, pertanto, interviene direttamente a modificare – per il futuro – la normativa regolamentare diretta a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente usurari, demandando al Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, il compito di emanare disposizioni transitorie per stabilire che il limite previsto dal comma 3 dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono usurari, resti regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni³². La norma sembra evidentemente finalizzata a ribadire la già segnalata esigenza di simmetria, che deve necessariamente sussistere tra le poste conteggiate ai fini del calcolo del TEG contrattuale e le poste incluse nella formula di rilevamento del TEGM.

Così operando, l'atteggiamento critico di quanti lamentavano l'iniquità dell'esclusione della commissione di massimo scoperto dalla determinazione del tasso soglia ai fini della verifica della usurarietà della prestazione creditizia ha trovato finalmente accoglimento in un disposto legislativo³³.

Tuttavia, anche la suddetta norma, a causa dell'ambiguità del testo, ha suscitato, sin da subito, plurime perplessità. Anzitutto, limitandosi a stabilire la rilevanza usuraria, in sede sia civile che penale, delle sole commissioni commisurate all'effettivo utilizzo dei fondi, e quindi delle sole commissioni di massimo scoperto, la norma sembra escludere dal proprio perimetro applicativo le c.d. commissioni di affidamento, ossia le commis-

³² Nelle Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009 si dispone espressamente che fino al 31/12/2009 continuano a rimanere in vigore i criteri indicati nelle Istruzioni del 2006 mentre le nuove modalità di calcolo si applicheranno a partire dal trimestre gennaio-marzo 2010.

³³ Con l'entrata in vigore della L. n. 2/2009, il Ministero dell'Economia e delle Finanze demanda alla Banca d'Italia la rivisitazione delle proprie istruzioni, in modo da tenersi conto, nel calcolo del tasso soglia, anche della commissione di massimo scoperto. Nelle nuove istruzioni diramate il 12/08/2009 la Banca d'Italia elimina il punto C5 e precisa, al punto C4, n. 7 e 8, che nel calcolo del TEG, sono inclusi "gli oneri per la messa a disposizione dei fondi" e "ogni altra spesa ed onere contrattualmente previsti, connessi con l'operazione di finanziamento".

sioni commisurate alla somma messa a disposizione dalla banca ed applicate indipendentemente dall'effettivo utilizzo delle somme da parte del cliente. Sotto questo profilo, tuttavia, un'interpretazione squisitamente letterale dell'art. 2-bis rischia di restringere ingiustificatamente la portata della disposizione del comma 4 dell'art. 644 c.p.

Deve, infatti, in proposito osservarsi che una lettura teologicamente orientata della disposizione in esame consente di estenderne l'ambito applicativo della stessa fino a ricomprendervi anche le commissioni di affidamento³⁴. Si ritiene, infatti, che il legislatore, attraverso la riferita disposizione, abbia voluto fugare ogni dubbio interpretativo in merito alla riconducibilità della commissione di massimo scoperto nella categoria degli oneri rilevati ai fini del calcolo del tasso usurario, non avendo, di contro, alcun motivo per escludervi le diverse provvigioni di conto.

Tale opzione interpretativa è stata, peraltro, accolta anche dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni diramate nel 2009, nelle quali l'Organo di vigilanza ha precisato che nel calcolo del TEG sono incluse non solo le CMS, ma anche gli altri oneri per la messa a disposizione dei fondi.

Nel terzo ed ultimo comma dell'art. 2-bis della legge in commento, infine, si è dettata una specifica disciplina volta a regolare il periodo transitorio tra vecchio e nuovo regime per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 185/2008. La norma ha infatti prescritto che l'adeguamento alla nuova disciplina dovesse avvenire entro centocinquanta giorni dalla data di entrata in vigore della L. n. 2/2009, aggiungendo che l'obbligo di adeguamento costituiva giustificato motivo per la modifica unilaterale agli effetti dell'art. 118, comma 1, TUB.

Sull'assetto regolamentare introdotto dall'art. 2-bis, L. n. 2/2009 è stato da più parti espresso un giudizio di assoluta insoddisfazione³⁵, specie in considerazione degli effetti che la nuova disciplina ha concretamente sortito sui contratti bancari.

Lungi dall'assicurare una maggiore tutela ai clienti, il nuovo regime introdotto dai c.d. "decreti anticrisi" ha accordato alle banche una libertà di azione ancora più indiscriminata rispetto al passato, consentendo una proliferazione degli oneri a carico del correntista, questa volta normativamente consentiti.

Da un'analisi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

³⁴ Cian, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, cit., p. 202; Porcelli, *Sub art. 1842 c.c.*, cit., Stilo, *Ancora interventi normativi in tema di commissioni bancarie*, in *Contratti*, 2012, p. 732.

³⁵ Per tutti Mirone A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., p. 605, il quale osserva che "l'obiettivo – di per sé meritevole – del legislatore di implementare un sistema di remunerazione più trasparente degli affidamenti non sembra sia stato raggiunto, proprio a causa delle incongruenze presenti nel testo normativo".

condotta all'indomani dell'introduzione della L. n. 2/2009, è emerso, infatti, un generale peggioramento delle condizioni economiche applicate nei rapporti di conto corrente e di affidamento, dovuto principalmente a un progressivo innalzamento dei costi per i correntisti sia sugli affidamenti, sia sugli sconfinamenti³⁶.

L'Autorità, pertanto, ha elaborato in quell'occasione proposte traducibili in un futuro intervento legislativo per indirizzare gli istituti bancari verso corrispettivi più trasparenti e facilmente confrontabili³⁷.

³⁶ AGCM, Problematiche afferenti alle commissioni di massimo scoperto, Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Pres. Antonio Catricalà, Senato della Repubblica VI Commissione (Finanze e Tesoro), 21/04/2010, in http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2031-audizione-21410.html. Dal resoconto dell'indagine condotta dall'autorità antitrust è emerso che in occasione dell'adeguamento obbligatorio dei contratti in corso alla nuova disciplina dettata dalla L. n. 2/2009 gli istituti di credito hanno provveduto a sostituire la vecchia commissione di massimo scoperto con nuove commissioni, distinte per affidamenti e sconfinamenti di conto, spesso più onerose rispetto a quelle sostenute dalla clientela prima dell'intervento normativo: a risultare più penalizzati, i fidi di minore entità e gli sconfinamenti da posizioni affidate.

³⁷ Anche la giurisprudenza si è trovata ad affrontare le delicate questioni interpretative e applicative sollevate dall'incerta formulazione dell'art. 2-bis, L. n. 2/2009 normativa. Meritano, a tal proposito, di essere menzionati i due provvedimenti emessi dalla Corte di Appello di Torino e dal Tribunale di Napoli con i quali sono state dichiarate ammissibili le due azioni di classe volte all'accertamento della nullità delle commissioni bancarie applicate dopo il 15/08/2009 ai correntisti con saldi debitori. Più in particolare, l'ordinanza della App. Torino 23/09/2011, in www.ilcaso.it, ha dichiarato ammissibile l'azione collettiva presentata da una nota associazione di consumatori contro un importante istituto di credito volta all'accertamento della nullità della commissione di "scoperto di conto", applicata dall'istituto di credito ai propri clienti in sostituzione della vecchia commissione di massimo scoperto. Il tribunale torinese, in particolare, ha respinto l'istanza della banca tesa a bloccare sul nascere l'azione collettiva per carenza di interesse ad agire in capo all'associazione, riformando quanto affermato dal giudice di prime cure con ordinanza del 28/04/2011 che aveva, all'opposto, dichiarato inammissibili le domande proposte dall'associazione per difetto di legittimazione processuale. Il Tribunale di Torino (I sez. civile), con l'ordinanza del 15/06/2012, ha fissato i termini e le modalità per l'adesione da parte dei correntisti alla *class action*.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è mosso anche il Tribunale di Napoli che, con ordinanza del 09/12/2011 (www.ilcaso.it), ha dichiarato ammissibile la *class action* proposta contro un altro importante istituto di credito volta a dichiarare la nullità della "commissione per mancanza fondi" perché identica alla vecchia commissione di massimo scoperto regolamentata dalla L. n. 2/2009.

Le due ordinanze si segnalano, inoltre, per la progressiva apertura della giurisprudenza allo strumento della *class action*, finalmente sottratto alla rigidità del processo individuale, attraverso un'interpretazione più elastica dell'art. 140-bis, comma 1, cod. cons. che consente di superare il vaglio preliminare di ammissibilità dell'azione.

In altri termini, in entrambi i provvedimenti i giudici hanno dotato l'azione di classe della necessaria e dovuta elasticità per superare i principi generali del processo civile, che, appunto perché pensati e ideati per le controversie di tipo individuale, mal si conciliano con

La stessa Banca d'Italia, a conclusione di un'indagine conoscitiva³⁸ sul *modus procedendi* generalmente adottato dal sistema bancario dopo l'intervento legislativo in esame, ha ritenuto, comunque, auspicabile che il legislatore intervenisse nuovamente sul tema delle commissioni applicate su affidamenti e sconfinamenti, per realizzare l'obiettivo di fondo di una semplificazione degli oneri per la clientela³⁹.

Ciò è concretamente avvenuto, come si diceva, in occasione della conversione in legge del Decreto 06/12/2011, n. 201, ad opera della L. 22/12/2011, n. 214 (c.d. Salva Italia), attraverso il quale il legislatore ritorna sulla questione delle commissioni bancarie.

4. L'art. 117-bis e il nuovo regime commissionale imposto alla clientela

Nel contesto delineato, il legislatore, consapevole della modesta tecnica legislativa adottata nella legge del 2009 e della farraginosità con la quale si era regolamentato il fenomeno della c.d. commissione di massimo e oneri

le dinamiche proprie della tutela collettiva. Così facendo, si è evitato che l'azione di classe si arenasse a causa di impedimenti meramente processuali riguardanti l'attore, così come avvenne per la prima azione di classe proposta da un'associazione di consumatori contro una banca e riguardante la legittimità della commissione di massimo scoperto. (Trib. Torino 27/05/2010, in *Corr. mer.*, 2010, p. 1045).

³⁸ Banca d'Italia, *Indagine conoscitiva sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto*, Audizione del capo del Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza della Banca d'Italia Andrea Enria, Commissione 6ª del Senato della Repubblica (Finanze e Tesoro), 17/03/2010. Dal resoconto dell'indagine è emerso che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 2/2009, sugli affidamenti la quasi totalità delle banche aveva proceduto alla sostituzione della commissione di massimo scoperto con la nuova commissione di messa a disposizione fondi, mentre sugli sconfinamenti la commissione di massimo scoperto era stata sostituita con diverse forme di remunerazione, quali la maggiorazione del tasso debitore e l'introduzione di commissioni di varia natura, quali commissioni fisse per periodo, commissioni proporzionali al numero di operazioni, ai giorni di utilizzo o all'importo.

³⁹ A tal fine, la Banca d'Italia formulava la seguente proposta: – per gli affidamenti, vietare la commissione di massimo scoperto e permettere la sola commissione per la messa a disposizione dei fondi, onnicomprensiva e proporzionale –; per gli utilizzi extrafido e gli scoperti di conto, la sola consentita applicazione di una commissione determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, per compensare le banche delle spese di istruttoria veloce connesse con queste operazioni. La relazione evidenziava a quest'ultimo proposito: «La soluzione anticipa una scelta già adottata dal Parlamento: in connessione con il recepimento della direttiva sul credito ai consumatori (da realizzarsi entro giugno 2010), la legge comunitaria per il 2008 (art. 33) ha infatti delegato il Governo a ricondurre la disciplina contenuta nei due decreti legge anticrisi nell'ambito del Testo Unico Bancario e – conseguentemente – ad attribuire alla Banca d'Italia compiti di regolamentazione, controllo e sanzionatori su questa materia».

ad essa assimilabili, è intervenuto a correggere e a semplificare l'intero quadro normativo delle commissioni per il servizio bancario, riducendone drasticamente il numero e alleggerendo la formulazione del testo che risulta più chiaro e lineare rispetto a quello dell'art. 2-bis, L. n. 2/2009.

Più precisamente, attraverso la tecnica della novellazione, il provvedimento normativo appena richiamato ha introdotto all'interno del Testo Unico Bancario l'art. 117-bis, rubricato "Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti" che consente alle banche l'addebito di due soli oneri sui conti della clientela: uno sugli affidamenti e l'altro sugli sconfinamenti⁴⁰.

La norma si segnala anzitutto per la semplicità sintattica e la chiarezza lessicale, quasi a voler fare da contraltare alla farraginosa formulazione linguistica che caratterizzava la precedente disciplina legislativa. Nel diagramma delineato dalla disposizione in esame, infatti, s'individuano chiaramente ed univocamente le forme di remunerazione accordate alle banche per la concessione del credito alla clientela⁴¹.

⁴⁰ Cfr. per un primo commento Dolmetta A., *Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio*, in *Contratti*, n. 3/2012, p. 191 ss.; Serrao D'Aquino P., *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1172; Lemma, *Art. 117-bis*, in *Commentario a testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione F., III, Padova, Cedam, 2012, p. 1701 ss.

⁴¹ L'attuale formulazione dell'art. 117-bis TUB è la risultante della combinazione di numerosi interventi legislativi che sono stati emanati tra la fine del 2011 e il primo semestre del 2012. Va segnalato, infatti, che anche l'art. 117-bis, nonostante l'apparente semplicità sintattica e lessicale, non ha mancato di suscitare tra gli interpreti qualche perplessità, soprattutto di ordine applicativo, a causa di alcuni aspetti trascurati nella disposizione stessa. Ci si riferisce, in particolare, alla mancata indicazione nella norma stessa di disposizioni di diritto transitorio per i contratti in corso e, conseguentemente, di qualsiasi indicazione circa le modalità di adeguamento dei contratti stessi al nuovo regime commissionale. Uno dei primissimi problemi sollevati è stato quello di comprendere se l'art. 117-bis TUB entrasse in vigore contestualmente alla legge di stabilità (ossia il 28/12/2011), o se, invece, l'efficacia del nuovo regime commissionale fosse subordinata all'emanazione della delibera CICR richiamata dalla norma stessa. Benché il rinvio operato dalla norma alla delibera CICR (per il completamento, a livello operativo, della relativa disciplina) lasciasse intendere sin dal principio la natura parziale dell'intervento normativo, è stato, tuttavia, posto in evidenza, Dolmetta A., *Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio*, cit., p. 193 ss., che il contenuto di per sé sufficiente dell'art. 117-bis TUB a regolare autonomamente la materia portava a ritenere che la norma stessa fosse immediatamente produttiva di effetti giuridici, essendo il futuro intervento del CICR semplicemente funzionale all'incremento di disciplina. In secondo luogo, la mancanza nel testo della norma di qualsiasi riferimento all'adeguamento dei contratti in corso ha sollevato delicati problemi di diritto intertemporale. Il fatto che il legislatore non si fosse preoccupato di disciplinare la situazione transitoria tra vecchio e nuovo regime ha portato a chiedersi se nei rapporti originati da contratti conclusi antecedentemente all'entrata in vigore della legge dovesse applicarsi o meno la disciplina dell'art. 117-bis TUB e, in caso affermativo, attraverso quali modalità. La mancanza, infatti, di una norma analoga al comma 3

dell'art. 2-bis, L. n. 2/2009, ha portato gli interpreti a non ritenere affatto scontato che l'adeguamento alle nuove disposizioni costituisse di per sé giustificato motivo per procedere alla modifica unilaterale ex art. 118 TUB. Con l'art. 27 del decreto n. 1/2012, convertito, con modificazione, nella L. 24/03/2012, n. 27 (c.d. decreto "liberalizzazioni") il legislatore è intervenuto a fare chiarezza per dirimere le incertezze interpretative summenzionate, dopo varie *piroette* normative. L'art. 27, infatti, dopo aver fornito puntuale e certa scansione temporale per l'emanazione della delibera del CICR (31/05/2012) e per l'entrata in vigore della complessiva disciplina sulla remunerazione di affidamenti e sconfinamenti (non oltre il 01/07/2012), stabilisce, al comma 3, che i contratti di apertura di credito e di conto corrente sono adeguati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della delibera CICR e che l'introduzione di clausole conformi alle disposizioni dell'art. 117-bis TUB deve avvenire ai sensi dell'art. 118 TUB. Il legislatore, dunque, chiarisce definitivamente sia che la delibera CICR ha una rilevanza fondamentale ai fini del completamento della disciplina dell'art. 117-bis TUB, la cui emanazione ha ripercussioni sull'entrata in vigore dell'intera complessiva disciplina dell'art. 117-bis TUB, sia che l'adeguamento alla nuova disciplina deve avvenire con procedimento di modifica unilaterale. Per completezza espositiva va, da ultimo, segnalato che durante l'iter parlamentare di conversione del D.L. liberalizzazioni in legge è stato presentato un altro emendamento, finalizzato all'inserimento dell'art. 27-bis all'interno del decreto liberalizzazioni che, approvato con una maggioranza schiacciante, ha rischiato, per come formulato, di paralizzare e vanificare l'intero impianto normativo sulle commissioni bancarie fino a quel momento delineato. Più precisamente, con l'art. 27-bis, rubricato "nullità di clausole di contratti bancari", veniva disposta la nullità di tutte le clausole, comunque denominate, che prevedessero commissioni a favore delle banche a fronte di concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche in caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido. D'immediata percezione il sofisma normativo determinato dalla presenza, all'interno del medesimo documento normativo, di due norme in evidente contrasto l'una con l'altra. Più precisamente, se da un lato con l'art. 27 il legislatore procedeva a chiarire i tempi di applicazione della delibera CICR, ritenuta funzionale e strumentale al completamento e all'entrata in vigore dell'art. 117-bis TUB e, dunque, delle commissioni bancarie nello stesso regolamentate, dall'altro con l'art. 27-bis si statuiva la nullità di tutte le commissioni relative a linee di credito, e, dunque, anche la nullità di quelle contenute nell'art. 117-bis TUB. Stante l'incongruenza delle due norme sarebbe stato auspicabile un intervento correttivo prima del voto di fiducia della legge di conversione in Senato, ma ciò non è stato possibile per via dell'apprestarsi del termine fissato per la conversione in legge del decreto liberalizzazioni (24/03/2012): un nuovo emendamento al testo del decreto, infatti, avrebbe richiesto un ulteriore passaggio alle camere, rischiando così il superamento del giorno limite per la conversione in legge del decreto stesso. L'introduzione dell'art. 27-bis nel decreto liberalizzazioni ha scatenato le reazioni immediate del ceto bancario, preoccupato, come è facilmente immaginabile, per la perdita dei cospicui introiti derivanti dall'applicazione delle commissioni bancarie. Non è difficile quindi immaginare le pressioni esercitate dai rappresentanti del ceto bancario affinché il legislatore intervenisse prontamente per porli a riparo dalle ripercussioni economiche e dagli effetti destabilizzanti che la norma sulla nullità delle commissioni bancarie rischiava di produrre sull'intero sistema bancario. La consapevolezza di aver emanato un provvedimento contenente norme difficilmente coordinabili tra loro ha indotto le forze politiche ad intervenire prontamente per correggere la norma attraverso una raccomandazione rivolta al governo di

Più precisamente, il primo comma dell'art. 117-*bis* TUB disciplina la c.d. commissione di affidamento, che si applica ai fidi regolarmente formalizzati in un'apertura di credito. La norma accorda alla banca una vera e propria remunerazione per la messa a disposizione del fido, stabilendo che i contratti di apertura di credito possano prevedere, quali unici oneri a carico della clientela, un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate e una commissione onnicomprensiva, calcolata in misura proporzionale alla somma messa a disposizione e alla durata dell'affidamento, che non potrà mai superare lo 0.5% trimestrale della somma messa a disposizione.

È appena il caso di segnalare che la locuzione "unici oneri" contenuta nel primo comma del 117-*bis* TUB, lascia chiaramente intendere che la commissione di affidamento costituisce ormai l'unica clausola consentita per la remunerazione del fido. In altri termini, il legislatore, nel prevedere che gli affidamenti possono essere remunerati, oltre che dagli interessi sulle somme prelevate, solo da una commissione onnicomprensiva, calcolata in misura proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione e alla durata dell'affidamento, ha operato una precisa scelta in favore di una sola delle due commissioni consentite dalla L. n. 2/2009 e, più precisamente, quella di affidamento, disciplinata nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 2-*bis*, L. n. 2/2009.

Si statuisce, conseguentemente, la definitiva inapplicabilità della commissione di massimo scoperto sui conti della clientela⁴², con conseguente espulsione dal nostro ordinamento anche dell'unica forma consentita dalla legge del 2009, ossia quella commisurata al saldo risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni⁴³.

emanare, in tempi rapidi, e comunque tali da minimizzare gli effetti dell'entrata in vigore dell'art. 27-*bis*, D.L. n. 1/2012, un provvedimento finalizzato a coordinare la disciplina della citata disposizione con quanto già previsto dall'art. 117-*bis* TUB. Ciò si è tradotto nell'emanazione da parte dell'esecutivo di un decreto *ad hoc* (c.d. decreto commissioni bancarie del 23/03/2012, n. 29), entrato in vigore contestualmente alla L. 24/03/2012, n. 27 (di conversione del D.L. n. 1/2012) con il quale si è effettuato il coordinamento tra le due norme in contrasto attraverso il restringimento dell'ambito applicativo dell'art. 27-*bis*. Più precisamente, la nullità delle clausole che prevedono commissioni a favore degli istituti di credito è stata limitata alle sole clausole stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'art. 117-*bis* TUB adottate dal CICR. Si è operato, in tal modo, un faticoso e arzigogolato raccordo sistematico tra le due norme in origine antitetiche, riuscendo, in *extremis*, a "disinnescare" il pericolo del taglio generalizzato di tutte le commissioni bancarie legate alle linee di credito.

⁴² Analogamente Centini A., *Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti: l'art. 117-bis T.U.B. e la legge sulle liberalizzazioni*, in *Contratti*, n. 4/2012, p. 308.

⁴³ Tale conclusione ha avuto un riconoscimento normativo con l'art. 27, comma 3, D.L. n. 1/2012, confermato anche in sede di conversione. Nella relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione in legge del D.L. 24/01/2012, n. 1 si precisa, infatti, che "Al fine di risolvere un problema interpretativo connesso all'entrata in vigore dell'articolo 117-*bis*, il comma 3 interviene abrogando la vigente normativa sulla commissione di massimo scoperto-

Il comma 2 dell'art. 117-*bis* TUB, invece, prende in considerazione il caso, diverso, dello sconfinamento da parte del cliente, nel caso di utilizzo di somme in esubero rispetto all'affidamento accordato dalla banca, o di somme eccedenti il saldo di un conto corrente non affidato. In tali ipotesi, si prevede esclusivamente l'applicazione di un'unica commissione, denominata d'istruttoria veloce, commisurata ai costi, determinata in misura fissa ed espressa in valore assoluto, che andrà ad aggiungersi al tasso d'interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

Val la pena di osservare che il secondo comma dell'art. 117-*bis* pone sullo stesso piano la situazione che si viene a determinare nell'ipotesi in cui il cliente sconfini utilizzando somme in esubero rispetto alle disponibilità concesse dalla banca con una formale apertura di credito, rispetto alla situazione, di solito semplicemente tollerata dalla banca, di un momentaneo sconfinamento su conti non affidati. Si è passati, così, da un regime in cui l'applicazione di commissioni sugli sconfinamenti su conti non affidati era vietata e sanzionata con la nullità della clausola, ad uno, invece, in cui l'unico parametro che rileva ai fini dell'applicazione della commissione è il semplice «sconfinamento», indipendentemente dal fatto che questo avvenga su un conto affidato o non affidato.

In entrambe le circostanze la disposizione del 117-*bis* TUB ritiene applicabile esclusivamente una commissione di istruttoria veloce *determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e, soprattutto, commisurata ai costi* sostenuti dalla banca per le attività volte a valutare se autorizzare lo sconfinamento o l'utilizzo in supero dell'affidamento concesso.

Sul piano sanzionatorio, il comma 3 dell'art. 117-*bis* TUB stabilisce che le clausole che prevedono oneri diversi e non conformi rispetto a quelli espressamente individuati nel primo e secondo comma sono nulle e si precisa che la nullità della clausola non comporta la nullità dell'intero contratto.

La sanzione comminata per la clausola in contrasto con le disposizioni del primo e secondo comma è, dunque, quella della nullità di protezione, ossia quella parziale c.d. necessaria. Sicché alla nullità della clausola pregiudizievole per il soggetto destinatario della normativa di protezione, non fa seguito la possibile invalidazione dell'intero contratto, in disapplicazione della logica sottesa all'art. 1419, comma 1, c.c. (nel senso che non occorrerà accertare l'ipotetica volontà delle parti).

L'art. 117-*bis* TUB, comma 4, infine, demanda al CICR il compito di adottare disposizioni applicative della norma stessa, in ossequio alla logica della cosiddetta *deregulation* che caratterizza l'intero impianto normativo del Testo Unico Bancario. Sempre al CICR, inoltre, viene demandata la possibilità di estendere le previsioni contenute nel nuovo art. 117-*bis* TUB anche ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela

to, che avrebbe dovuto essere interamente sostituita dal citato articolo 117-*bis*".

del cliente e di prevedere i casi in cui la commissione di istruttoria veloce non sia dovuta.

5. La delibera del CICR e la rilevanza usuraria delle nuove commissioni bancarie

Il CICR ha provveduto a completare il quadro normativo delle remunerazioni previste dall'art. 117-bis TUB con l'emanazione, in data 30/06/2012, del decreto n. 644, che ha consentito l'entrata in vigore della complessiva disciplina l'01/07/2012.

Il provvedimento delinea e definisce l'ambito soggettivo⁴⁴ e oggettivo⁴⁵

⁴⁴ Com'è prassi nella legislazione di settore, l'art. 1 del decreto ministeriale in commento definisce, anzitutto, le nozioni utili ai fini della comprensione della nuova disciplina sulle commissioni bancarie, segnatamente quella di cliente e di intermediario. Così si puntualizza che, ai fini del presente decreto, s'intende per "cliente" il soggetto che ha in essere un rapporto contrattuale con l'intermediario. Restano esclusi dalla nozione di "cliente" e quindi dall'ambito di applicazione della normativa vincolistica dell'art. 117-bis TUB, le banche, le società finanziarie, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio, le società di gestione accentrata di pagamento, le imprese di assicurazione, le imprese di investimento, gli organismi di investimento strumenti finanziari, i fondi pensione, Poste Italiane S.p.A., la Cassa depositi e prestiti e ogni altro soggetto che svolge attività di Intermediazione finanziaria. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina vincolistica prevista dall'art. 117-bis TUB è completata dal successivo art. 2 in cui si precisa che gli oneri in essa contemplati si applicano tanto ai rapporti con i consumatori quanto in quelli con soggetti diversi dai consumatori. La precisazione si è resa necessaria per via della collocazione della normativa delle commissioni bancarie nel capo I del Titolo VI del TUB, le cui disposizioni, per espressa previsione, non trovano applicazione nelle ipotesi di credito al consumo. Per un'analisi completa della disciplina, di recente, Olivieri G., *Prezzi dei servizi bancari e concorrenza (a proposito di commissioni bancarie e interbancarie)*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso, Vol. III, Torino, Utet, 2014, p. 2383 ss.

⁴⁵ L'art. 2, comma 1, del decreto CICR, definisce l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina. Dopo aver precisato che il decreto stesso definisce gli oneri che possono essere applicati alle linee di credito e agli sconfinamenti, individua dettagliatamente le operazioni economiche sulle quali tali oneri potranno essere applicati, avvalendosi, inoltre, delle facoltà riconosciute dal comma 4 dell'art. 117-bis TUB, di consentire l'applicazione della commissione di affidamento e di istruttoria veloce anche ad altre forme contrattuali per le quali si pongono analoghe esigenze di tutela del cliente. Più precisamente tali oneri sono applicabili: a) alle aperture di credito regolate in conto corrente, in base alle quali il cliente ha facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento; b) agli sconfinamenti nei contratti di conto corrente in assenza di apertura di credito; c) agli sconfinamenti qualora vi sia un contratto di apertura di credito regolata in conto corrente; d) agli affidamenti e sconfinamenti a valere su conti di pagamento, concessi conformemente a quanto previsto ai sensi dell'art. 114-octies, comma 1, lett. a), TUB, con esclusione degli affidamenti a valere su carte di credito; e) agli sconfinamenti a valere su carte di credito. È stato osservato, Mirone, *La nuova disci-*

di applicazione dell'art. 117-*bis* TUB, estendendo la portata della disciplina in esame anche ad altre forme contrattuali, per le quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente.

La disciplina della commissione di affidamento è completata dall'art. 3 del decreto CICR, che stabilisce la libera pattuizione della commissione all'interno del contratto, a condizione che sia contenuta entro il tetto massimo dello 0,5% per trimestre, in linea con quanto previsto dalla normativa primaria. Quanto alle modalità di calcolo, invece, la normativa regolamentare precisa un aspetto importante che la normativa primaria ha trascurato, stabilendo che la commissione si applica sull'intera somma messa a disposizione del cliente in base al contratto e per il periodo in cui la somma stessa è messa a disposizione, cosicché, la commissione andrà calcolata non detraendo dalle somme accordate quelle utilizzate⁴⁶ e, conseguentemente, nel caso di estinzione anticipata del rapporto, ove la commissione sia stata addebitata in anticipo, l'eccedenza dovrà essere restituita al cliente.

Il d.m. precisa, infine, che "l'onnicomprensività della commissione comporta che non possono essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi, né all'utilizzo dei medesimi, ivi inclusi la commissione di istruttoria, le spese relative al conteggio degli interessi e ogni altro corrispettivo per attività che sono a d esclusivo servizio dell'affidamento".

Le caratteristiche appena descritte, e, in particolare, la circostanza che la commissione in parola debba essere caratterizzata dalla proporzionalità rispetto (anche) alla durata dell'affidamento, sgombera il campo da ogni possibile dubbio circa la sua necessaria inclusione ai fini del calcolo del TEGM, ai sensi del tuttora vigente art. 2-*bis*, comma 2, D.L. 29/11/2008, n.

plina sulla remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti bancari, cit., p. 844, che "la limitazione sul piano regolamentare non dovrebbe precludere un'applicazione analogica della norma primaria a servizi e contratti simili, come il castelletto di sconto o l'anticipazione bancaria, nonostante l'art. 2, comma 2, delibera CICR precisi che l'art. 117-*bis* t.u.b. dovrebbe trovare applicazione nei soli casi indicati dal comma 1°". Esprime, invece, perplessità sull'esclusione della disciplina dell'art. 117-*bis* TUB agli affidamenti su carte di credito, Dolmetta, *Commenti alle disposizioni applicative dell'art. 117 bis TUB proposte dalla Banca d'Italia*, in *www.ilcaso.it* (doc. n. 296/2012), p. 2 ss.

⁴⁶ È questa la disciplina contenuta all'art. 3, comma 2, lett. ii) e iii) del ridetto decreto CICR del 30/06/2012. La precisazione è stata dirimente, poiché prima dell'emanazione della normativa secondaria si discuteva in dottrina se la commissione di affidamento dovesse essere calcolata detraendo o meno dalle somme accordate quelle utilizzate. V. in argomento, per la tesi che la commissione dovesse misurarsi sull'affidato al netto dell'utilizzato, Dolmetta A., *Art. 117 bis e diritto transitorio*, cit., p. 191; la tesi contraria (v., in particolare, Stilo, *La commissione di massimo scoperto dal "decreto anticrisi" al c.d. decreto "Salva Italia"*, in *Contratti*, 2012, p. 87).

185⁴⁷.

Per quanto attiene, invece, alla commissione di istruttoria veloce, il CICR ha completato la disciplina introdotta dalla normativa primaria, aggiungendo importanti elementi di dettaglio per la quantificazione e applicazione della commissione. Più precisamente, nell'art. 4 del decreto CICR anzitutto si precisa che la CIV deve essere determinata, per ciascun contratto, in misura fissa ed espressa in valore assoluto, per cui la commissione, nell'ambito di un medesimo contratto, non deve essere calcolata in misura percentuale rispetto all'ammontare e alla durata dello sconfinamento, ma deve essere individuata con un importo fisso predeterminato⁴⁸.

Il fatto che la commissione non sia dipendente dalla durata della messa a disposizione della moneta bancaria, suscita qualche perplessità circa la riconducibilità della commissione in parola tra gli oneri rilevanti ai fini della disciplina anti-usura. Tuttavia, trattandosi di una voce di costo il cui titolo giustificativo è rappresentato da un servizio prestato dalla banca in favore del cliente, anche la commissione in esame deve essere inclusa nel calcolo del TEGM.

Dal *focus* sulle sue caratteristiche emerge, infatti, chiaramente che la funzione tipica della CIV è quella di remunerare una specifica prestazione della banca, quella relativa all'espletamento dell'attività di istruttoria veloce, per la quale oggi il legislatore accorda la possibilità di recuperare i costi sopportati per darvi corso. La norma, pur non prevedendo espressamente un limite massimo all'ammontare della commissione di istruttoria veloce, fissa un parametro di riferimento per la sua quantificazione, rinvenibile nei costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'attività d'istruttoria⁴⁹; costi che finiscono, pertanto, per costituire un limite intrinseco all'ammontare della commissione stessa⁵⁰. Per la determinazione dei costi

⁴⁷ Così, Colombo C., *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., p. 149.

⁴⁸ Si segnala che la Banca d'Italia aveva originariamente interpretato la caratteristica della determinazione in misura fissa della commissione di istruttoria veloce in modo più rigoroso, ritendendo che la stessa, nell'ambito di un medesimo contratto, dovesse essere "unica": ciò avrebbe consentito ai clienti la conoscibilità *ex ante* dell'ammontare esatto degli oneri applicabili in caso di sconfinamento (vedi Banca d'Italia, Relazione illustrativa al Documento di consultazione, in www.bancaditalia.it). Tuttavia, l'impostazione rigorosa della Banca d'Italia è stata attenuata nel decreto CICR, che ammette la possibilità di prevedere anche nell'ambito di un medesimo contratto commissioni di importo diverso al ricorrere di determinati tassativi presupposti.

⁴⁹ Dubbi sono espressi in proposito da Stilo A., *La commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al c.d. "Decreto Salva Italia"*, cit., p. 88, la quale osserva che non è detto che la nuova previsione della CIV, introdotta in un'ottica di semplificazione dei costi dello scoperto, si traduca per i clienti in un effettivo vantaggio. Per il fatto che non sia fissato nessun limite massimo d'importo, a parere dell'A., ben potrebbe essere applicata al verificarsi di un importo minimo di scoperto e di un breve periodo di permanenza del saldo debitore.

⁵⁰ In questi termini, Dolmetta A., *Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio*, cit., p. 193, il

dell'istruttoria è opinione ormai pacifica⁵¹ che occorra fare riferimento ai c.d. costi operativi che l'intermediario sostiene nelle diverse fasi in cui si articola il processo di valutazione e autorizzazione dello sconfinamento. Si potranno così includere non solo i costi sostenuti per le interrogazioni di banche dati, ma anche quelli del personale dipendente delegato alla gestione dell'istruttoria, calcolati in relazione al tempo impegnato per lo svolgimento della stessa. Il legislatore, in altri termini, prende atto che il personale preposto realizza una serie di attività valutative per assumere la decisione di tollerare lo sconfinamento (p. es., interrogare banche dati per valutare l'affidabilità del cliente e la sua capacità restituitiva; accedere a visure ipocatastali, visure camerali, visure protesti, etc.) e decide di remunerare tale attività attraverso la suddetta commissione⁵², per consentire di recuperare i costi mediamente sostenuti⁵³.

quale osserva che la CIV è commisurata ai costi sostenuti dalla banca per effettuare l'istruttoria e che in questi, dunque, trova la sua misura e, quindi, pure il suo limite.

⁵¹ Vedi, in particolare Ferro Luzzi P.-Olivieri G., *Le (nuove?) commissioni bancarie (prime riflessioni in margine alla delibera CICR n. 644/2012)*. Postilla, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 623, il quale osserva che, nel silenzio del legislatore, un'interpretazione della disposizione coerente con le finalità che l'hanno ispirata dovrebbe indurre a ritenere che i costi di cui si discute siano tutti (e solo) quelli che la banca sostiene per condurre l'istruttoria. La Banca d'Italia, nel resoconto sulla consultazione pubblicata a giugno 2012, chiarisce che la commissione d'istruttoria veloce è volta a coprire i costi in cui incorre l'intermediario per la necessità di effettuare un'istruttoria per la concessione di uno sconfinamento e non appare conseguentemente possibile ricomprendervi i costi di gestione dello sconfinamento non direttamente riconducibili all'istruttoria per la sua autorizzazione.

⁵² Coglie probabilmente nel segno Dolmetta A., *Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio*, cit., p. 193, il quale ha definito la CIV un "contentino" che la manovra Monti ha concesso alle banche, contentino di cui le stesse non dovrebbero comunque abusare.

⁵³ Il legislatore si mostra, altresì, consapevole del fatto che i costi sostenuti per l'istruttoria – che, al loro volta, si riflettono sull'ammontare della commissione – possano variare, anche sensibilmente, in funzione delle dimensioni e dell'efficienza di ciascuna banca. Pertanto, ai fini della concreta quantificazione e applicazione della commissione in parola, il CICR ha stabilito che gli intermediari debbano anzitutto (i) definire procedure interne, adeguatamente formalizzate, volte all'individuazione dei casi in cui si rende necessaria l'istruttoria e applicare, conseguentemente, la CIV solo a questi casi; debbano, altresì, (ii) procedere alla quantificazione dei costi relativi all'espletamento dell'attività istruttoria e tale quantificazione deve essere formalizzata e adeguatamente motivata. I casi in cui si rende necessaria l'istruttoria (e i relativi costi) devono essere, inoltre, resi noti alla clientela (art. 4, comma 5, decreto CICR), coerentemente con l'obiettivo dichiarato dal legislatore di rendere l'onere agevolmente comparabile e determinabile *ex ante* da parte del cliente.

Quanto alla definizione dei casi di sconfinamento, in cui si rende necessaria l'istruttoria e per i quali, dunque, è consentita l'applicazione della CIV, questa è lasciata all'autonomia dei singoli intermediari, che dovranno, tuttavia, tenere conto dei casi di esenzione specificamente individuati dal legislatore (art. 4, commi 5 e 6). La CIV, infatti, per espressa disposizione normativa, non potrà essere applicata:

Sulla base di queste considerazioni, dunque, può asserirsi che il fondamento causale dell'attribuzione patrimoniale in favore della banca è da ricercarsi nella specifica attività svolta da quest'ultima diretta ad accertare sia il merito creditizio del cliente che gli eventuali rischi che la posizione potrebbe assumere a seguito dell'ulteriore addebito.

In questa prospettiva, dunque, è chiara la natura remuneratoria da attribuirsi alla commissione in parola, proprio perché nasce come componente di costo per il cliente volta a remunerare una specifica attività svolta dalla banca, potendo essere applicata solo nel caso di svolgimento di tale attività⁵⁴. Viceversa non sembra possibile configurare la commissione in parola

1. nei rapporti con i consumatori, al massimo una volta a trimestre, nelle ipotesi di sconfinamento per importi inferiori o pari a 500 euro, la cui durata, tuttavia, non è superiore a 7 giorni consecutivi;

2. quando lo sconfinamento è solo sul saldo per valuta;

3. quando lo sconfinamento ha avuto luogo per effettuare un pagamento a favore dell'intermediario;

4. quando lo sconfinamento non ha avuto luogo perché l'intermediario non vi ha consentito.

⁵⁴ Trib. Udine 26/10/2016, n. 1295, in *dirittobancario.it*. L'iter argomentativo seguito dal Tribunale è in linea con il consolidato orientamento della giurisprudenza arbitrale in materia (da ultimo ABF, Coll. Bologna, 22/10/2021, n. 22002) a mente del quale l'intermediario deve fornire la prova di aver effettivamente eseguito un'istruttoria in corrispondenza di ogni addebito. Trovano, quindi, applicazione l'art. 117-bis, comma 2, TUB, nonché l'art. 4, comma 2, decreto CICR n. 644/2012. Entrambe le norme indicano chiaramente che la commissione di istruttoria veloce (c.d. "CIV") può essere legittimamente applicata solo a fronte dello svolgimento, da parte dell'intermediario, di un'effettiva attività istruttoria, ai cui costi la quantificazione della CIV deve peraltro essere proporzionata. Negli stessi termini, v. anche ABF Milano, 18/06/2015, n. 4971, n. 3260 e ABF Roma, 16/05/2014, che hanno avuto modo di soffermarsi su un caso di "abnorme" frequenza di applicazione della CIV sui conti degli affidati. In particolare si è sostenuto che dalla lettura complessiva dell'art. 117-bis TUB e della disciplina regolamentare applicativa è possibile desumere la volontà del legislatore di considerare sia la fattispecie dell'ultra fido sia quella dell'extra fido come fattispecie complessivamente eccezionali, dal momento che lo sconfinamento – inteso come utilizzo da parte del cliente di somme non disponibili sul conto – è, di per sé, un evento non solo eccezionale, ma anche imprevedibile per la banca che dovrà, in tempi rapidissimi, offrire una risposta tempestiva all'esigenza urgente ed estemporanea di ulteriore credito alla clientela. Dunque, l'attività di istruttoria veloce finalizzata a stabilire se il cliente sia o meno meritevole di ulteriore credito va considerata un'attività da svolgersi in via straordinaria, appunto perché diretta a "sanare" un comportamento abusivo del cliente che utilizza fondi di cui non dispone. Alla luce delle precedenti osservazioni, attraverso la CIV, il legislatore ha inteso accordare alla banca una remunerazione per i c.d. sconfinamenti *una tantum*, ossia quelli generati da momentanee tensioni di liquidità del cliente, per consentire il recupero dei costi legati all'istruttoria urgente che si rende necessaria per consentire al cliente l'utilizzo di somme non disponibili sul conto. Va da sé, dunque, che tale attività istruttoria che dovrà essere svolta solo in casi di assoluta necessità e urgenza. Se gli sconfinamenti del cliente perdono, pertanto, il connotato dell'eccezionalità e, quindi, non hanno più carattere episodico e occasionale,

nei termini di penale da applicare in tutti i casi di passaggio a debito su conti affidati e non affidati, non potendosi attribuire alla stessa una natura risarcitoria: né lo scoperto, né lo sconfinamento sono, infatti, configurabili in termini di inadempimento del correntista, né sarebbe neppure ipotizzabile una ricostruzione dell'istituto in termini assimilabili alla clausola penale. Appare, invece, chiaro il binomio inscindibile creato dal legislatore tra l'attività di istruttoria svolta dalla banca e l'onere addebitato in caso di sconfinamento, attribuisce alla CIV i connotati di una "remunerazione" che troverà pertanto la propria causa giustificativa nell'attività di verifica, sia pure veloce, svolta dall'intermediario per appurare di volta in volta la meritevolezza di credito del cliente.

Sulla base delle riferite considerazioni, quindi, sembra potersi fondatamente affermare che, ai fini del calcolo del tasso soglia *ex* L. n. 108/1996 si dovrà tenere conto di entrambe le tipologie di commissioni contemplate dall'art. 117-*bis* TUB. In questa direzione vanno, peraltro, le indicazioni operative della stessa Banca d'Italia che includono la CIV tra gli oneri rilevanti ai fini usura. Per quanto attiene alla commissione "onnicomprensiva" sull'affidamento prevista al primo comma dell'art. 117-*bis* TUB è indiscutibile che, trattandosi di una commissione calcolata sull'intero ammontare della somma messa a disposizione dall'istituto di credito in base al contratto – e, quindi, indipendentemente dal suo effettivo utilizzo da parte dell'accreditato – la stessa costituisca un costo collegato all'erogazione del credito e, come tale, certamente rilevante ai fini del calcolo del tasso soglia. Conclusione questa che trova, peraltro, probante conferma anche nelle «Istruzioni» emanate dalla Banca d'Italia a partire dal settembre 2009, ove – come già rammentato – è espressamente statuito che nel calcolo del Tegn sono inclusi gli «oneri per la messa a disposizione dei fondi».

Ed ad analoghe conclusioni deve pervenirsi relativamente alla «com-

ma divengono abituali e, quindi, fisiologici, la ponderazione dell'anomalia da parte della banca non potrà più basarsi su verifiche veloci, da remunerarsi attraverso la CIV, ma dovrà incentrarsi su indagini, ricerche, analisi ed elaborazioni finalizzate alla definizione di una (più opportuna) proposta di affidamento. Conseguentemente, l'applicazione sistematica della civ sui conti degli affidati non appare in nessun modo giustificabile, non essendo verosimile che la banca possa operare, ad esempio con cadenza media settimanale, un'istruttoria (ancorché veloce) finalizzata a stabilire se il cliente sia o meno, meritevole di essere destinatario di ulteriore credito, rispetto a quello già concesso. Un'applicazione sistematica della civ deve indurre a ritenere che la banca abbia considerato la commissione in parola alla stregua di un'indennità da addebitare automaticamente al verificarsi di ogni caso di sconfinamento e attraverso la quale perseguire finalità del tutto differenti rispetto a quelle proprie della commissione regolata dall'art. 117-*bis*, comma 2, TUB. Il regime commissionale applicato dall'intermediario assumerebbe, in altri termini, i connotati di onere avente natura risarcitoria e/o sanzionatoria da applicare in ragione del mero fatto oggettivo dello sconfinamento e, proprio per tale ragione, deve considerarsi nullo in quanto non conforme ai dettami della nuova disciplina introdotta dall'art. 117-*bis* TUB per gli sconfinamenti.

missione di istruttoria veloce» contemplata al comma 2 del ridetto art. 117-*bis*, t.u. l. banc., trattandosi di una voce di costo il cui titolo giustificativo è rappresentato da un “servizio” prestato dall’intermediario a favore del cliente.

Una volta ammessa la rilevanza usuraria della CIV, occorre chiedersi, tuttavia, a quali condizioni essa entri nel computo del TEG ai fini della verifica di usurarietà del tasso praticato. Essendo, infatti, la CIV un onere solo eventuale, destinato a diventare costo “effettivo” solo al verificarsi delle specifiche condizioni previste dall’art. 117-*bis* TUB (sconfinamento da parte del cliente a cui segue l’attività istruttoria della banca per autorizzare l’utilizzo di somme non disponibili sul conto), si pone il problema di capire se, nel calcolo del costo effettivo del credito a fini usura, l’onere in esame rilevi solo perché pattuito in contratto e, dunque, promesso o, invece, è necessario che sia anche giuridicamente dovuto e, dunque, effettivamente applicato sul conto dell’affidato.

La CIV, in quanto onere solo potenziale, dovrebbe rientrare nel calcolo del TEG solo se, verificatesi le condizioni per la sua applicazione, abbia avuto un effettivo impatto sul costo del credito. Anche se la norma di interpretazione autentica di cui all’art. 1, comma 1, L. n. 24/2001, nel circoscrivere la nullità-sanzione ai soli casi di usura genetica, attribuisce rilevanza usuraria anche alla semplice promessa di pagare costi usurari, non si ritiene che nella promessa usuraria possano ricomprendersi anche i costi meramente potenziali, ossia quelle fattispecie che, pattuite in contratto, possono comportare il pagamento di un costo usurario solo in via eventuale⁵⁵.

⁵⁵ A quanto consta, non risultano pronunce della giurisprudenza in tema di civ. La questione è stata, invece, affrontata con riferimento ad altri oneri eventuali (gli interessi di mora e penali di estinzione anticipata), riscontrandosi due diversi orientamenti. Secondo la giurisprudenza prevalente, posto che la valutazione usuraria deve tener conto di tutti i costi legati all’erogazione del credito (ad eccezione di imposte e tasse), tra questi rientrano anche quelli solo potenziali. A tal proposito si richiama l’art. 1, comma 1, L. n. 24/2001 che, da un lato, circoscrive la nullità-sanzione dell’art. 1815, comma 2, c.c. ai soli casi di usura genetica, dall’altro, attribuisce rilevanza usuraria anche alla semplice promessa. La promessa usuraria, dunque, secondo il riferito orientamento, comprende quelle fattispecie che, pattuite in contratto, possono comportare il pagamento di un costo usurario anche solo in via eventuale: il loro mancato verificarsi non elide il carattere di usurarietà, che acquistano già definitivamente al momento della pattuizione, genesi della promessa, con ogni conseguenza di legge. Ne consegue, pertanto, che l’onere eventuale rileva già al momento della pattuizione, per il solo fatto di essere stato promesso (Cfr. Trib. Udine 26/09/2014; Trib. Ancona 21/09/2015; Trib. Bari 01/12/2014, tutte consultabili in www.ilcaso.it). In dottrina, Marcelli, *La mora e l’usura: criteri di verifica*, in *AssoCTU*. Di opposto tenore le conclusioni cui è pervenuta altra giurisprudenza, secondo la quale ciò che rileva è l’effettivo impatto economico sul costo del credito, per cui tutti i costi eventuali promessi (mora, estinzione anticipata, clausole penali o costi da risoluzione per inadempimento), qualora non concretamente verificatisi e dunque corrisposti, non dovrebbero essere computati nel TAEG ai fini usura. Tale impostazione è

Si ritiene, infatti, che per il principio dell'effettività degli oneri eventuali, la civ dovrebbe essere computata nel TEG ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia solo ove, oltre ad essere stata promessa, sia stata anche effettivamente applicata a seguito del verificarsi delle condizioni alle quali è subordinata la sua applicazione, poiché solo da tale momento essa ha un effettivo impatto sul costo del credito, che si trasforma da legittimo in usurario⁵⁶.

stata di recente proposta in materia di interessi moratori da Trib. Torino 27/04/2016, in *www.ilcaso.it*, in cui si osserva che l'interesse moratorio (*amplius* ogni onere eventuale) entra nel calcolo del TEG solo se si sia verificato ritardo nel pagamento della rata (o le diverse condizioni di contratto cui era subordinata la sua applicabilità). Segue a contrario l'irrelevanza, ai fini della verifica di usurarietà, delle voci di costo, bensì collegate all'erogazione del credito, ma: a) meramente potenziali, perché non dovute per effetto della mera conclusione del contratto, ma subordinate al verificarsi di eventi futuri (ancora possibili ma concretamente) non verificatisi; b) del tutto irreali, perché non dovute per effetto della mera conclusione del contratto e subordinate al verificarsi di eventi che non si sono verificati, né potranno in seguito verificarsi. In dottrina, Dolmetta, *Sugli effetti civili dell'usura sopravvenuta*, cit., 9. In dottrina, v. Dolmetta, *Su usura e interessi di mora*, cit., p. 508.

⁵⁶ A riguardo, deve segnalarsi che le Istruzioni di Banca d'Italia, emanate nell'agosto 2009, pur prevedendo la regola dell'annualizzazione degli ONERI addebitati nel trimestre, accordavano un'eccezione per gli oneri c.d. occasionali, applicati in modo non ricorrente. Più precisamente, questi ultimi sfuggivano alla regola della "annualizzazione" e, dunque, non si moltiplicava per 4 l'onere trimestrale al fine di riportare all'anno il peso dell'onere addebitato in un periodo più breve.

Dovendosi considerare la CIV un onere occasionale applicato a seguito di uno sconfinamento (evento di per sé solo eventuale e comunque non prevedibile da parte della banca), nella segnalazione dei TEG trimestrali da parte degli intermediari, la CIV non veniva annualizzata, ma era conteggiata con riferimento al solo periodo in cui si verificava l'evento "sconfinamento", con il conseguente abbattimento del relativo peso nell'ambito del TEG.

Riscontrata questa tendenza, nelle nuove Istruzioni per la rilevazione dei tassi medi, diramate nel 2016, la Banca d'Italia ha rimosso il correttivo previsto per l'incidenza degli oneri occasionali nel TEG, compresa la CIV, statuendo che anche l'incidenza di quest'ultima deve essere annualizzata. Scompare così la possibilità di valutare caso per caso se si tratta di un onere occasionale o ricorrente nell'ambito del singolo rapporto di affidamento con la conseguenza che non sarà più possibile includere nel TEG solo l'importo addebitato nel trimestre perché considerato, appunto, non abituale. La scelta di annualizzare la CIV, mediante la moltiplicazione per 4 dell'onere trimestrale, indubbiamente porrà un limite alle banche nell'applicazione della commissione, ma finirà per avvantaggiare i clienti che sconfinano spesso.

RIEPILOGO

■ **Le commissioni bancarie nei rapporti bancari:** le commissioni bancarie rappresentano la remunerazione spettante alla banca per lo svolgimento di specifiche attività in favore della clientela: tale remunerazione può assumere il connotato di corrispettivo dovuto per la prestazione di uno o più servizi o di onere accessorio idoneo a remunerare il rischio assunto dalla banca in relazione alla somministrazione di fondi alla clientela

■ **La provvigione di conto:** compenso spettante alla banca per la messa a disposizione e il mantenimento di una somma di denaro in favore del cliente, il cui fondamento causale risiede nell'incremento delle spese di gestione sostenute dalla banca per il reperimento ed il mantenimento della provvista in favore del cliente. La spesa aggiuntiva richiesta al correntista, in altri termini, è volta a compensare l'intermediario per l'onere di dover essere sempre in grado di far fronte alla richiesta di liquidità da parte del cliente, senza poter utilizzare quella riserva per altri investimenti fruttiferi.

■ **Commissione di massimo scoperto (CMS):** evoluzione della provvigione di conto (calcolata appunto sul massimo scoperto), rappresentante il compenso spettante alla banca, calcolato in misura percentuale al tasso convenuto, sulla somma massima concretamente utilizzata dal cliente nel trimestre di riferimento.

■ **Nullità della CMS per difetto di causa:** la giurisprudenza, prima del 2009, ha dichiarato la nullità della CMS, poiché quest'ultima se calcolata sulla soglia massima utilizzata nel periodo di riferimento (il massimo scoperto appunto) e non già sulla somma affidata disponibile, si allontana dalla 'funzione tipica' di onere volto a remunerare il costo sopportato dalla banca per la «disponibilità» accordata al cliente per assumere i connotati di un vero e proprio costo aggiuntivo posto a carico del cliente per il credito effettivamente utilizzato, da sommarsi a quello dovuto periodicamente a titolo di interessi e calcolato in misura percentuale sul massimo utilizzo di fido registrato in conto corrente.

■ **Nullità della CMS per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto:** la CMS è nulla per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto quando non vi sia indicazione dei metodi di calcolo utilizzati dagli istituti di credito per addebitare la commissione stessa sul conto della clientela

■ **Il nuovo regime commissionale introdotto dall'art. 117-bis TUB:** il D.L. 06/12/2011, n. 201, convertito in L. n. 214/2011, introduce all'interno del TUB l'art. 117-bis TUB, rubricato "Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti", che consente l'addebiti di due soli oneri sui conti della clientela: uno sugli affidamenti e l'altro sugli sconfinamenti.

■ **La commissione di affidamento (CDF):** l'art. 117-bis, comma 1, TUB e le relative disposizioni attuative (decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 644/2012) prevedono che nei contratti di apertura di credito la banca può addebitare al cliente, quale unico

onere oltre agli interessi, una commissione onnicomprensiva calcolata in misura proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento (entro il limite massimo dello 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento).

■ **La commissione di istruttoria veloce (CIV):** l'art. 117-*bis*, comma 2, TUB e le relative disposizioni attuative (decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 644/2012) prevedono che, a fronte di sconfinamenti nei contratti di conto corrente, conto di pagamento, apertura di credito e carta di credito, la banca può addebitare al cliente, oltre agli interessi, soltanto una commissione di istruttoria veloce (CIV) determinata in misura fissa ed espressa in valore assoluto. La commissione non deve eccedere i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per eseguire l'attività di istruttoria veloce.

■ **La CIV non è dovuta dai soli consumatori quando:**

- lo sconfinamento è inferiore o pari a 500 euro, per un massimo di 7 giorni (consentita una sola volta a trimestre);
- lo sconfinamento è causato da un pagamento a favore della banca (es. pagamento mensile delle competenze);
- lo sconfinamento non c'è stato perché la banca non lo ha autorizzato.

■ **Verifica legittimità CIV:** l'applicazione della CIV è legittima se l'intermediario dimostra di avere effettuato l'istruttoria del merito di credito del cliente con riferimento a ogni sconfinamento. La CIV è applicabile, in base alla normativa attualmente vigente, in presenza di addebiti che determinano o accrescono uno sconfinamento e a fronte dello svolgimento da parte dell'intermediario di un'effettiva attività istruttoria. La commissione deve inoltre essere commisurata ai costi mediamente sostenuti per svolgere l'istruttoria veloce.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer