



DOPO L'ANATOCISMO TRIMESTRALE ANCHE LE COMMISIONI DI MASSIMO SCOPERTO DIVENGONO LECITE. Le CSM smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge N. 2/09.¹

Sommario. **1. Premessa:** l'evoluzione della CMS. **2. Metodologia di calcolo delle CMS:** elementi di iniquità. **3. L'orientamento della giurisprudenza negli ultimi anni:** verso la nullità della CMS. **4. La legge n. 2/09:** dietro la nullità il raddoppio della CMS. **5. La CMS entrano nel calcolo del TEG:** le nuove Istruzione della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi ai fini della legge sull'usura. **5. Sintesi e conclusioni.**

1. PREMESSA. L'evoluzione delle CMS.

La Commissione di Massimo Scoperto viene ormai applicata, dalla generalità delle banche, ai rapporti di conto per le esposizioni, anche momentanee, a debito. In presenza o meno di un fido, l'utilizzo di disponibilità a debito viene gravato da un onere commisurato al massimo scoperto del trimestre, indipendente dalla durata dello stesso.

Tale Commissione, nell'accezione classica e tradizionale, era stata introdotta nel '47 con la funzione di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover sempre essere pronto a fronteggiare l'utilizzo di un fido concordato: per la parte utilizzata, il corrispettivo per la banca era costituito dagli interessi, per la parte non utilizzata, la pronta disponibilità era remunerata dalla menzionata commissione.

¹ *dott. R. Marcelli, Studio: Via Bergamo, 43 - 00198 Roma, Tel. 06.8841269, Fax 06.233221032, studiomarcelli@mclink.it*

La CMS così intesa (commissione per il mancato utilizzo), se rapportata all'onere a cui va incontro la banca per essere sempre pronta a prestare fondi sino a concorrenza del fido, dovrebbe risultare assai modesta. L'intermediario gestisce la liquidità necessaria sulla base di previsioni riferite all'intero aggregato della clientela, compensando le posizioni a debito con le posizioni a credito e reperendo/impiegando il saldo risultante. Se in passato la pronta liquidità aveva costi apprezzabili connessi alla necessità di moneta fisica e agli obblighi di riserva, l'evoluzione subita dalla normativa e dall'organizzazione del mercato monetario, congiunta alla notevole flessione dei tassi, rende l'onere in parola assai modesto: alla disponibilità non corrisponde più la fisicità e il canale telematico, di regola, rende il reperimento/impiego dei fondi pressoché immediato. D'altra parte la disponibilità della banca a finanziare prontamente il fido concesso è frequentemente unita alla prerogativa che la banca si riserva di revocare, in tutto o in parte, il fido stesso unilateralmente e immediatamente: tale circostanza, congiuntamente allo *jus variandi*, ridimensiona apprezzabilmente il servizio di pronta disponibilità dei fondi, tutelando la banca da eventualità che possano far lievitare i costi del servizio stesso².

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

Nella metodologia di calcolo, la CMS si è sostanzialmente discostata dalla tradizionale nozione di provvigione per la messa a disposizione delle somme, per venire ad assumere di fatto le caratteristiche proprie di una remunerazione aggiuntiva al tasso di interesse. Infatti è stata rovesciata la base di riferimento: nei casi di mancato ricorso al fido concesso nulla viene richiesto, mentre nel caso di utilizzo il credito concesso viene gravato, oltre che degli interessi, di questo ulteriore onere.

² L'art. 1845 c.c. prevede che il recesso sospenda immediatamente l'utilizzazione del credito, ma che la banca debba concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate, ma di fatto, il "salvo patto contrario" previsto nel 1° comma dell'articolo, ha consentito alle banche di inserire la previsione contrattuale di recesso in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, ancorché l'apertura di credito sia concessa a tempo indeterminato e con l'obbligo del correntista, mediante preavviso di un giorno, alla restituzione del credito.

Risulta arduo giustificare con i costi del servizio di pronta disponibilità, importi di CMS che negli ultimi anni hanno assunto talora valori prossimi a quelli degli interessi. Risulterebbe poi ingiustificata detta commissione per i conti scoperti: per utilizzi oltre il fido e/o negli affidamenti di fatto, la banca non mantiene in disponibilità del cliente alcuna somma di denaro, curando bensì un servizio di pronto e momentaneo affidamento.

La CMS ha perso nel corso del tempo la sua tradizionale giustificazione: la stessa circostanza che gli uni le attribuiscono una motivazione e gli altri un'altra, manifesta la debolezza della causa giustificatrice.

Tale commissione sarebbe rimasta presumibilmente relegata a parte, congiuntamente agli oneri minori, se non fosse intervenuta la legge 108/96 a porre rigide limitazioni ai tassi di interesse. Costrette nei vincoli delle soglie d'usura, le banche hanno impiegato i gradi di libertà operativa loro offerti dalle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura, per riversare nella CMS, margini di crescita degli interessi che avrebbero debordato i vincoli di legge. Tradizionalmente applicata, per aliquote prossime allo 0,125% ed ad una ristretta compagine di conti affidati, successivamente alla legge sull'usura la CMS è stata estesa alla generalità dei conti, affidati o meno, per aliquote frequentemente decuplicate.

In forza della peculiare posizione di privilegio contrattuale, l'operatore bancario è venuto occupando gli ampi spazi lasciati all'autonomia negoziale dal codice civile per prevedere, nei contratti di adesione sottoposti alla clientela, una commissione di massimo scoperto, senza alcuna indicazione del criterio di calcolo, salvo poi esercitare il diritto di "scritturare" nel conto corrente importi che, anziché essere commisurati alla quota di fido prontamente utilizzabile, integrano l'interesse, risultando calcolati sul massimo utilizzo del periodo di riferimento.

Le Norme Bancarie Uniformi, adottate pressoché dalla totalità degli operatori bancari associati all'ABI, più che recepire prassi ed esigenze di mercato, impongono vincoli e condizioni che, sedimentandosi nel tempo, finiscono talvolta per determinare usi e consuetudini ad esclusivo favore dell'operatore bancario, risultando di fatto impedita ogni forma alternativa di contratto. Nonostante taluni interventi di censura curati negli anni passati dalla Banca d'Italia, le indicazioni uniformi suggerite dall'ABI inducono significativi elementi di uniformità nell'offerta del servizio e

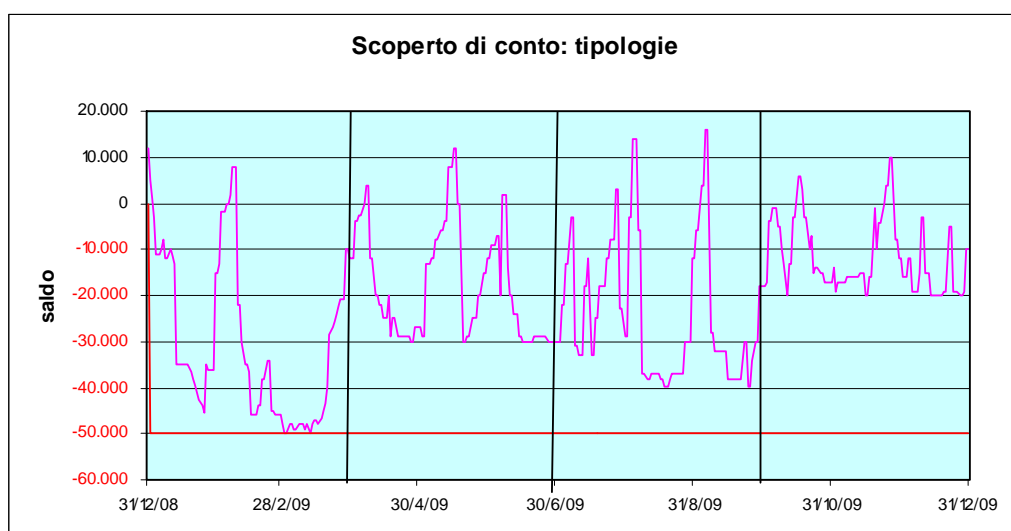
apprezzabili limitazioni alla concorrenza, risultando completamente coartata la libertà negoziale dell'utente bancario.

2. METODOLOGIA DI CALCOLO DELLE CMS: elementi di iniquità.

Mentre in un ordinario finanziamento la banca eroga in un'unica soluzione l'importo, che verrà rimborsato alle scadenze convenute, congiuntamente agli interessi, nell'apertura di credito la banca pone a disposizione nel c/c una linea di credito che il cliente può utilizzare secondo le proprie necessità, impiegando e riversando i fondi, in funzione delle proprie esigenze di cassa.

Si ricorre alla prima forma di credito per esigenze durature nel tempo, si ricorre alla seconda forma di credito per sopperire a momentanee deficienze di cassa.

Mentre nel finanziamento il riconoscimento degli interessi alla banca è costante e continuo per tutto il periodo sino al termine delle scadenze concordate, nell'apertura di credito gli interessi riconosciuti alla banca sono riferiti esclusivamente agli ammontari e per i periodi di utilizzo. Per l'apertura di credito, di regola, il tasso è più elevato³ e, a fronte di un servizio più complesso e articolato, viene riconosciuta alla banca, in aggiunta agli interessi, la menzionata CMS. Per il primo trimestre di quest'anno, il tasso delle aperture di credito si colloca mediamente intorno all'8,8%, il finanziamento al 6,2% e l'aliquota trimestrale della CMS è pari a circa lo 0,66%.



³ Il finanziamento presenta tassi più bassi anche per la frequente presenza di garanzie.

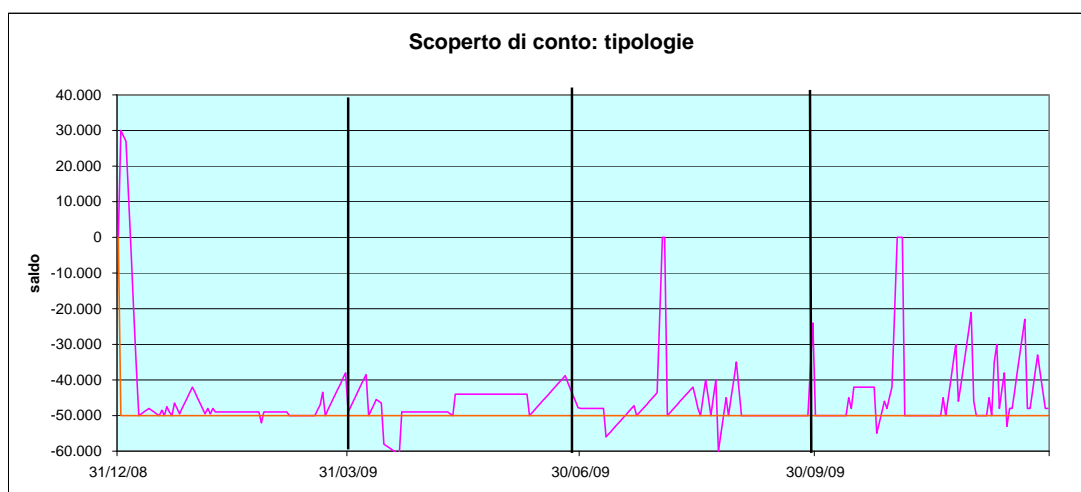
Per le necessità raffigurate nel grafico, ad esempio, mentre con un finanziamento ad un anno si verrebbe a pagare l'interesse costante su un importo di € 50.000 e si avrebbe costantemente il conto in attivo (con produzione di interessi a credito), con un'anticipazione il costo per il cliente risulterebbe ridotto risultando commisurato, per importo e periodo, alle effettive esposizioni a debito, oltre alle CMS che vengono tuttavia rapportate al massimo di € 50.000 nel I trimestre, € 30.000 nel II trimestre, € 40.000 nel III trimestre e € 20.000 nel IV trimestre.

Il ricorso al finanziamento – dispiegando l'onere per interessi lungo tutto l'anno e conducendo il conto a saldi positivi, con interessi a credito che nell'ultimo decennio sono stati ridotti a valori minimi - presenterebbe costi apprezzabilmente maggiori, ancorché l'apertura di credito presenti l'onere aggiuntivo della CMS.

Se poniamo all'8% il tasso dell'anticipazione, al 6% quello del finanziamento, allo 0,6% la CMS e allo 0,50% il tasso a credito, per l'esempio sopra raffigurato, al netto degli interessi a credito maturati, le occorrenze finanziarie risulterebbero finanziate, con l'anticipazione ad un costo del 12,33%, mentre con il finanziamento ad un costo del 13,30%.

Anticipazione				Finanziamento		
int. deb.	int. cred.	CMS	Totale	int. deb.	int. cred.	Totale
-8,43%	0,01%	-3,91%	-12,33%	-13,97%	0,67%	-13,30%

Se, al contrario, in luogo di momentanee esigenze di cassa, si è in presenza di necessità strutturali di fondi a più lungo termine, il ricorso all'apertura di credito può risultare apprezzabilmente più onerosa del finanziamento.



Per le necessità raffigurate nel grafico, l'interesse costante su un finanziamento di € 50.000 risulterebbe meno oneroso dell'anticipazione nella quale l'incidenza delle CMS aggiungerebbe un onere non trascurabile, soprattutto se, anche per breve momento, viene superato il fido concesso.

In situazioni di congiuntura negativa può accadere frequentemente che alle fluttuazioni di cassa si sostituiscano saldi negativi di conto disposti continuativamente in prossimità del fido accordato, determinando, con il meccanismo di calcolo delle CMS, un notevole aggravio del credito e una situazione di criticità che pone spesso l'azienda in una posizione di estrema debolezza nei confronti della banca, potendo il fido essere prontamente revocato e l'azienda cadere in insolvenza.

Con il ricorso all'apertura di credito si riversa implicitamente sulla banca l'onere di gestire le occorrenze di tesoreria.

Si realizza in tal modo un'efficiente ripartizione funzionale. L'impresa si esime dal ricercare, volta per volta, le disponibilità necessarie a colmare gli sfasamenti di liquidità, mentre la banca, gestendo in monte l'aggregato di tutte le posizioni di tesoreria dei propri clienti, compensa le posizioni attive con le passive e si rivolge all'esterno per colmare la differenza a saldo.

Tanto maggiore è il numero dei rapporti in gestione e parcellizzate le posizioni di conto, tanto più ampie saranno le opportunità di compensazione, che non richiedono il ricorso al reperimento di fondi. L'intermediario non corre alcun rischio di tasso potendo, grazie allo *jus variandi*, consentito dalla normativa speciale, commisurare d'appresso i tassi attivi a quelli passivi, mentre per il rischio di credito, il cliente risulta già monitorato e classificato nella rispettiva classe di tasso a copertura, al momento dell'istruttoria dell'affidamento.

Per tutte le variazioni a debito, compensate con le variazioni a credito, la banca percepisce implicitamente il margine costituito dal divario fra tassi attivi e tassi passivi; per la differenza, sia essa a credito o a debito, si rivolge al mercato interbancario, dove – salvo particolari circostanze congiunturali – reperisce o impiega agevolmente a condizioni di tasso ordinarie.

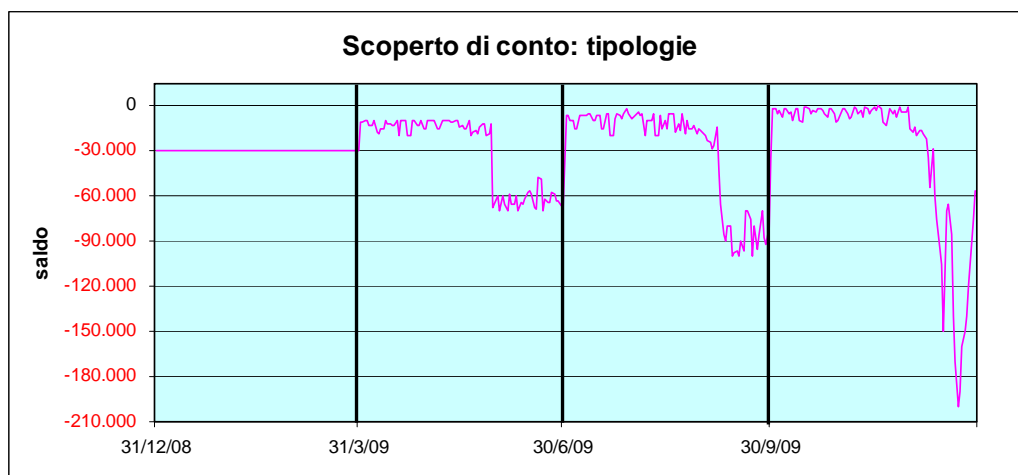
In particolare, sul mercato interbancario, vengono talvolta posti in essere linee di credito *evergreen* o *stand by*, caratterizzate dalla possibilità per il beneficiario di ricorrere al finanziamento in misura variabile in relazione alle contingenti esigenze di liquidità. Il beneficiario non ha l'obbligo di attingere alla linea di credito, tuttavia il

mancato utilizzo totale o parziale della linea viene gravato da una commissione di mancato utilizzo, compresa fra lo 0,125% e lo 0,50% annua, commisurata alla quota di credito non utilizzata e al tempo.

Assai diversa risulta invece la metodologia di calcolo impiegata nella CMS richiesta al correntista. Venendo la CMS commisurata, non al tempo, bensì alla massima esposizione del trimestre, si vengono a determinare palesi effetti di iniquità, che possono talvolta configurare forme più o meno legali di usura.

L'incidenza della CMS sul costo del credito utilizzato risulta moderata solo per conti che presentano limitate fluttuazioni intorno al valore medio dell'esposizione.

Tornando all'esempio precedente sono qui di seguito raffigurate, per una stessa esposizione media di € 30.000, diverse tipologie di movimentazione nei quattro trimestri rappresentati.



Prescindendo dagli effetti di capitalizzazione, si riscontra:

- i) nel 1° trimestre l'esposizione a debito rimane costante sul valore di € 30.000: il valore massimo dell'esposizione coincide con il valore medio (rapporto = 1), l'incidenza in ragione d'anno della CMS risulta pari al 2,40%, poco meno di 1/3 degli interessi (8%);
- ii) nel 2° trimestre, dopo un periodo di bassa esposizione, il saldo a debito del conto passa su valori che oscillano nell'intervallo - € 50.000 - € 70.000: il valore massimo dell'esposizione (€ 70.000) risulta pari ad oltre il doppio dell'esposizione media del trimestre, con un'incidenza che in ragione d'anno sale dal 2,60% al 5,60%;
- iii) nel 3° trimestre, dopo un periodo di più modesta esposizione, il conto presenta saldi a debito che toccano € 100.000, oltre tre volte l'esposizione media: l'incidenza della CMS, in ragione d'anno, ascende all'8%, pari al tasso di interesse;

iv) nel 4° trimestre, infine, l'esposizione tocca, seppur per brevi periodi, valori ancor più elevati, sino ad un massimo di € 200.000: l'incidenza della CMS, in ragione d'anno, si ragguaglia al 16%, pari al doppio degli interessi.

fido: € 200.000; tasso interesse 8%; CMS 0,60% trimestrale							
Trimestre	numeri deb.	esposizione media	esposizione max	max / media	interessi deb.	CMS	incidenza CMS
I trimestre	- 2.700.000	-30.000	-30.000	1,00	- 592	- 180	2,4%
II trimestre	- 2.700.000	-30.000	-70.000	2,33	- 592	- 420	5,6%
III trimestre	- 2.700.000	-30.000	-100.000	3,33	- 592	- 600	8,0%
IV trimestre	- 2.700.000	-30.000	-200.000	6,67	- 592	- 1.200	16,0%

Si vede quindi come per una stessa esposizione media, il costo del credito può variare significativamente a seconda dei valori assunti, anche per brevi momenti, dall'esposizione.

L'esempio illustrato presenta movimentazioni assai prossime alle concrete situazioni che frequentemente si riscontrano nella realtà operativa: nell'ordinario esercizio di un'attività economica, si possono determinare facilmente sfasature temporali fra incassi e pagamenti, senza che queste circostanze configurino particolari situazioni di difficoltà e un'ascesa del rischio di credito. Con la conseguenza che fattori del tutto accidentali e aleatori vengono a determinare un onere iniquo, la cui dimensione economica non trova alcuna giustificazione nel servizio prestato dalla banca, la quale, all'occorrenza – e solo per il saldo complessivo delle posizioni a debito e a credito – può coprire le proprie necessità con una linea di credito “*ever green*” a condizioni di costo poco superiori all'ordinario credito a giorni.

L'iniquità della CMS 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 CMS. Nell'esempio riportato, la CMS dello 0,6%, se lo scoperto rimane costante nel periodo sul valore medio di € 30.000, induce una maggiorazione dell'interesse (2,40%) non trascurabile ma moderata; se invece la stessa esposizione media è la risultante di fluttuazioni ampie, la maggiorazione dell'interesse, indotta dal particolare sistema di calcolo, può assumere teoricamente, in un tempo continuo, valori pressoché illimitati.

Con il criterio ormai generalizzato di addebitare le CMS anche per un solo giorno di scoperto, l'effettivo tasso di interesse, può arrivare a valori assurdi, ben al di sopra della soglia d'usura disposte dal 4° comma dell'art. 644 c.p.

giorni \ aliquota CMS	1	10	30	60	90
0,25%	148,8%	9,5%	3,1%	1,5%	1,0%
0,50%	517,5%	20,0%	6,3%	3,1%	2,0%
1,00%	3.678,3%	43,8%	12,9%	6,2%	4,1%
1,25%	9.215,1%	57,4%	16,3%	7,8%	5,2%
1,50%	22.814,2%	72,2%	19,9%	9,5%	6,2%

L'incidenza della CMS sul costo effettivo del credito si amplifica significativamente, in funzione diretta con il divario fra utilizzo massimo e utilizzo medio e in funzione inversa con il numero di giorni per i quali permane tale divario.

Il fenomeno risulta altresì accentuato dalle condizioni di “valuta”, ordinariamente previste nelle norme che regolano i rapporti di conto corrente. Risultano frequenti i casi nei quali, anche per i diversi giorni valuta che la banca trattiene nei versamenti di assegni, si determinano scoperti di breve momento per i quali, aggiungendo, agli ordinari interessi, l'intera aliquota di Commissione, si determina un tasso effettivo del credito concesso marcatamente superiore alle soglie consentite: spesso sono importi modesti, ma frequenti e diffusamente estesi alla generalità dei conti.

La distorsione può arrivare all'addebito della Commissione anche quando la banca finanzia momentanei scoperti di conto, impiegando le stesse disponibilità del cliente, in precedenza versate, già introitate⁴, ma non ancora riconosciute come “valuta” nel conto del medesimo: in tali circostanze il credito è solo apparente.

La contraddizione fra il servizio speso con le CMS e le modalità di calcolo appare palese.

La Banca d'Italia, discostandosi dal suo tradizionale rigore sostanziale, ha assistito alla distorsiva evoluzione dell'impiego della CMS. Nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, nel tentativo di giustificare la singolare metodologia di calcolo delle CMS, si avanza una

⁴ Le strutture informatiche impiegate rendono pressoché immediato l'introito di un assegno, a prescindere dalla piazza di emissione e di incasso.

diversa definizione delle commissioni: questa viene riferita, non all'onere per la messa a disposizione delle somme, bensì all' *"onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto"*. Spostando l'accento della funzione della CMS sulla rapidità dell'espansione può forse risultare meno stridente un compenso calcolato - allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - sullo scoperto massimo verificato nel periodo.

A parte la circostanza che il determinato numero di giorni di scoperto, oltre il quale la CMS viene calcolata "di norma", già da lungo tempo è divenuto sistematicamente pari a uno, appare ancor più ingiustificato, con tale definizione, non ricomprendere la commissione nel TAEG. Se la pronta disponibilità a fornire i fondi potrebbe essere connessa ad un momento che precede l'erogazione del credito e quindi costituire un diverso servizio, la rapidità con la quale si espandono i fondi concessi rientra a tutto titolo nell'erogazione del credito. E' lo stesso riferimento, nel calcolo, al credito utilizzato che assimila le CMS agli interessi. Il riferimento al tempo, più che essere assente, è posto pari all'intero periodo: l'ammontare delle Commissioni rimane infatti invariabilmente rapportato al massimo, quale che sia il periodo di permanenza, da un giorno sino a tre mesi.

Rimane alquanto stridente, da un punto di vista logico-sostanziale, non ricomprendere, in uno con gli interessi, la CMS nei conteggi per la verifica del rispetto della soglia d'usura.

Né si può sostenere che il diverso metodo di calcolo comporta difficoltà che ne impediscano la ricomprensione nel TEG: certamente il tasso di interesse non può essere fuso con l'aliquota della CMS, ma gli importi corrispondenti possono venir correttamente uniti; nella rilevazione trimestrale dei tassi attivi delle banche, curata dalla Banca d'Italia, vengono aggregate le competenze addebitate dalle banche (interessi, CMS e spese) e rapportate al credito. Tale rapporto risulta più propriamente rispondente al dettato del 4° comma dell'art. 644 c.p.

Prevista annualmente sui fidi ed applicata solo in presenza di più giorni di scoperto, la CMS è stata successivamente generalizzata a tutti gli scoperti, cadenzata trimestralmente ed applicata sistematicamente anche per un solo giorno di scoperto.

Come menzionato, quest'ultima circostanza, congiuntamente all'impiego delle regole di valuta come forma surrettizia ed impropria di remunerazione, ha generato forme aberranti di iniquità e vessazione.

La Commissione di Massimo scoperto è così venuta gradualmente a costituire una insidiosa voce di costo, apprezzabilmente lievitata in questi ultimi anni, sia nella dimensione sia nella diffusione alla generalità dei conti che presentano anche un accidentale scoperto.

L'ammontare complessivo degli introiti riconducibili alle CMS risulta di tutto rilievo. Non sono disponibili i dati disaggregati dei valori di bilancio del sistema bancario; stime della Morgan Stanley e della Intermoneta, riportate dalla stampa lo scorso anno, avevano valutato nell' 8% - 10% dei margini lordi, pari a 2,5 - 3 mil.di di Euro il valore degli introiti riconducibili alle CMS.

La rilevante funzione pubblica assolta dall'operatore bancario - nell'attività di raccolta del risparmio, di selezione ed erogazione del credito – giustifica l'attenzione e protezione che leggi speciali riservano all'intermediario bancario, ma rende, nel contempo più aberranti e deprecabili quelle scelte aziendali che, impiegando la posizione di privilegio normativo, condizionano e orientano all'interesse di bilancio dell'intermediario stesso, le esigenze e l'interesse del cliente, sia esso risparmiatore od imprenditore.

La tutela dell'utente bancario è risultata per lungo tempo pressoché assente: l'Organo di Vigilanza, proteso a presidiare la stabilità dell'intermediario, ha esplicitato sostanziali interventi volti a rafforzare la patrimonializzazione degli intermediari bancari, ma ha rivolto deboli misure ed inefficaci richiami ad un più corretto e trasparente equilibrio dei rapporti fra intermediario e cliente: nel corso degli anni anche i rapporti con la clientela sono stati asserviti alla stabilità dell'intermediario, perseguita sul profilo economico, trascurando e logorando oltre misura il rapporto fiduciario banca-cliente, costruito nei decenni precedenti⁵.

⁵ *"I valori della concorrenza sono stati offuscati lungamente dalla pervasività del valore della stabilità, legato intimamente con quello costituzionale della difesa del risparmio; solo con la legge n. 287 del '90 vi è stata l'emersione e la penetrazione dei primi. Dopo decenni di ingessamento, l'affermazione del carattere imprenditoriale dell'attività bancaria e la rimozione degli ostacoli alla concorrenza consentivano di porre le basi per lo sviluppo di competitività del sistema bancario."*(Frisullo, L'antitrust bancario fra stabilità e concorrenza, in Diritto delle banche e degli intermediari finanziari, a cura di Galanti, Padova, 2008).

3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA NEGLI ULTIMI ANNI: verso la nullità delle CMS.

Il legislatore e la giurisprudenza si erano sempre mostrati in passato restii a censurare e limitare i comportamenti dell'operatore bancario, a rispetto e tutela della delicata funzione rivestita dall'intermediazione creditizia: sintomatico era l'impiego diffuso del generico rinvio agli usi di piazza, ampiamente tollerato e consentito nei contratti bancari sino al 1992.

Con la legge sulla trasparenza e, successivamente, con il Testo Unico Bancario si è operato un primo rilevante intervento volto a ricondurre l'operatività dell'intermediazione bancaria in una cornice normativa di maggiore equilibrio e trasparenza.

Tuttavia, con la privatizzazione dell'intermediario bancario, sortita dalla riforma degli anni novanta, il nuovo modello di conduzione aziendale ha prodotto forme generalizzate di forzatura e prevaricazione degli equilibri di correttezza e rispetto della normativa. Si è venuti assistendo ad un diffuso e preordinato abuso del diritto: nel rispetto più o meno formale dei limiti di legge, si sono venuti a perseguire obiettivi del tutto difformi da quelli per i quali la legge ha riconosciuto speciali diritti.

La chiara ed inequivocabile formulazione dei limiti dell'usura, introdotta dalla legge 108/96, è risultata completamente stravolta nella pratica operativa, sino a prevedere una Commissione soglia, distinta e separata dalla soglia d'interesse, come se i due oneri non attenessero congiuntamente allo stesso credito.

Nel corso dell'ultimo decennio tuttavia la cura e l'attenzione mostrata dalla giurisprudenza all'equilibrio e correttezza dei rapporti fra banca e cliente – grazie anche ai significativi interventi nell'assetto normativo, indotti dalle Direttive comunitarie – si è apprezzabilmente accresciuta.

In particolare, per le Commissioni di Massimo Scoperto, più volte è intervenuta la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale, per temperare e censurare impieghi difformi dallo spirito della norma, sopperendo e integrando carenze legislative e di controllo.

La menzionata discrasia fra il servizio prestato e la metodologia di calcolo della Commissione non è passata inosservata alla Suprema Corte di Cassazione la quale già nel 2002 (n.11772/02) ha puntualmente precisato: *“o tale commissione è un*

accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall’esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell’esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi (...), o ha una funzione remunerativa dell’obbligo della banca di tenere a disposizione dell’accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d’Italia dell’1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell’interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto”.

Più recentemente la Cassazione (n. 870/06) è nuovamente intervenuta sulle CMS, precisando la sua funzione di *“remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma”.*

La congiunzione logica dei due interventi della Cassazione ha sollevato ampie perplessità sulla legittimità della metodologia di calcolo impiegata dalle banche per le CMS. La circostanza che sia calcolata sull’importo utilizzato anziché sul credito a disposizione fa assumere alla stessa caratteristiche proprie agli interessi: a motivi di nullità della causa si affiancano inoltre motivi di nullità per indeterminatezza dell’oggetto, non risultando previste, né in contratto né in una norma, le modalità di determinazione della Commissione. Non sono mancate significative pronunce delle Corti di merito. Il Tribunale di Milano, con la sentenza del 4/9/02, aveva già rilevato l’illegittimità della clausola delle CMS nel c/c sostenendo che *“il supposto rapporto obbligatorio o patto contrattuale deve ritenersi nullo per totale mancanza di una causa giustificatrice poiché la remunerazione della utilizzazione della somma messa a disposizione dalla banca consiste negli interessi corrispettivi e tali interessi dovranno essere calcolati, nella misura a titolo convenuto, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata”*⁶. Analogamente il Tribunale di Lecce (11/2/05): *“La clausola contenente l’obbligo,*

⁶ Cfr.: in Banca, borsa 2003, con nota di Inzitari.

*posto a carico del correntista, di pagare la commissione di massimo scoperto è nulla per mancanza di causa poiché tale voce di addebito si sostanzia in un ulteriore e non pattuito aggravio di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito". Il Tribunale di Vibo Valentia (dott. Pasquin 16/1/06) ha poi osservato: "Va rilevato che l'indicazione sui contratti bancari, come nell'ipotesi specifica, della mera percentuale di calcolo non appare sufficiente a soddisfare il requisito della determinabilità a priori richiesto dall'art. 1346 c.c.; infatti la banca non chiarisce se per massimo scoperto si debba intendere il debito massimo che il conto corrente raggiunge anche per un solo girone o quello che dura almeno dieci giorni, oppure sull'importo generale dei prelevamenti o altro ancora."*⁷

⁷ Inoltre: (Tribunale di Livorno, Dott. Urgese, 6 marzo 2006 n. 259): "Per ciò che attiene alla commissione di massimo scoperto la Corte di legittimità (v. C. 14 maggio 2005 n. 1027) ha statuito che tale commissione deve essere contrattualmente prevista, per la cui in mancanza di pattuizione si deve applicare la norma dell'art. 1826 c.c. che stabilisce che i diritti di commissione sono inclusi nel conto salva pattuizione contraria. Il richiamo alle norme bancarie uniformi e/o alle istruzioni della Banca d'Italia sono state correttamente ritenute inidonee a disciplinare il rapporto in oggetto, né risulta provata l'esistenza di un uso contrattuale che per altro non consentirebbe di superare la censura di nullità per indeterminatezza dell'oggetto".

(Tribunale di Monza 11 giugno 2007, n. 1967 – Est. Francesca Saioni): "Il fatto che la commissione di massimo scoperto venga di volta in volta determinata in termini percentuali facendo riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ovvero secondo una modalità di determinazione del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comporta un ulteriore aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso di interesse effettivamente applicato, con la conseguenza che la pattuizione della relativa clausola dovrà essere ritenuta nulla per mancanza di causa."

(Tribunale di Mantova 21 aprile 2007 – Est. Alessandra Venturini): "Deve essere invece accolta la contestazione di illegittimità, sollevata da parte attrice, in ordine all'applicazione, nel corso del rapporto, da parte della banca, di "commissione per massimo scoperto", nei limiti in cui tale onere aggiuntivo è stato calcolato sugli importi "entro fido". (...)Se si ritiene che l'obbligazione del cliente di corrispondere alla banca un ulteriore compenso, per l'apertura di credito, oltre alla misura degli interessi pattuiti, possa essere sorretta da causa lecita, in quanto, appunto, remunerazione correlata all'obbligo, a carico della banca, di tenere sempre a disposizione del cliente il massimo importo affidato, o in quanto correlata al rischio crescente che la banca assume, in proporzione all'ammontare dell'utilizzo concreto di detto credito da parte del cliente, nel contratto dovrà essere espressamente specificato che si tratta di una commissione applicata sul finanziamento concesso, o su quello utilizzato, e dovrà esserne indicata la misura, la modalità e la periodicità di calcolo; in tali casi appare evidente però che una simile "commissione" costituirebbe un costo ed un onere connesso al finanziamento, che si aggiunge agli interessi dovuti e che, nel caso di apertura di credito, dovrebbe calcolarsi entro il limite del fido; non potrebbe quindi rientrare nella dizione "commissione di massimo scoperto". (...)La "commissione di massimo scoperto" contenuta nei contratti bancari, così denominata e senza altra specificazione, può quindi ritenersi sorretta da causa lecita solo in relazione allo scoperto di conto. (...)Qualora la banca

I tribunali sono, da lungo tempo, ricolmi di vertenze, avanzate da operatori economici e privati cittadini, che richiedono, nei rapporti bancari, un puntuale rispetto dei principi normativi, bancari e finanziari: il fenomeno risulta generalizzato a tutto il territorio, diffuso in un'ampia schiera di soggetti. Troppo spesso i comportamenti dell'operatore bancario occupano ed impegnano la Magistratura, chiamata – non per singoli accadimenti ma per circostanze generalizzate – a surrogare e colmare carenze istituzionali.

Più in generale si assiste ad una pervicace resistenza, da parte dell'operatore bancario, ad addivenire a soluzioni stragiudiziali anche su questioni sufficientemente sedimentate dalla giurisprudenza di Cassazione, costringendo risparmiatori ed operatori economici ad adire le vie legali, anche per palesi diritti riconosciuti dell'ordinamento. Nel corso del giudizio vengono poi posti in essere strumenti di resistenza e ostruzionismo impropri: dalle pretestuose eccezioni sollevate a seguito delle numerose operazioni di fusione ed incorporazioni, alle resistenze frapposte alla produzione di documentazione, sino all'impugnazione di decisioni dall'esito negativo scontato, al solo scopo di dilazionare nel tempo, il definitivo riconoscimento di taluni diritti. Appare calcolata e predeterminata l'economia di costi che all'intermediario riviene dalla quota parte dei soggetti che desistono e rinunciano a percorrere il lungo ed oneroso iter giudiziario per vedere riconosciuti i propri diritti.

Le CMS, in particolare, sono ormai alla base di numerose contestazioni sia in sede civile, per le modalità e termini di applicazione, sia in sede penale, per la stretta connessione con il rispetto delle soglie d'usura stabilite dalla legge 108/96.

In sede civile, ancorché venga esplicitamente prevista nelle Istruzioni della Banca d'Italia una soglia d'usura distinta per interessi e CMS, i giudici frequentemente censurano il comportamento delle banche quando il valore aggregato

ritenga di dover richiedere una commissione anche per il credito affidato o per il credito utilizzato, la relativa pattuizione dovrà essere esplicita in tal senso, dimostrativa della causa giuridica che la sorregge, ed il relativo importo dovrà aggiungersi agli interessi pattuiti nel "costo" del finanziamento concesso.
(Tribunale di Tortona 19 maggio 2008 – Est. Mariani): *"La commissione di massimo scoperto applicata sull'entità massima dell'importo utilizzato si risolve di fatto in un onere aggiuntivo a quanto dovuto dal cliente a titolo di interessi passivi, onere che, in mancanza di specifica pattuizione scritta che ne contenga l'esatta determinazione, è nullo ex artt. 1284, comma 2, e 1418, comma 2, cod. civ."*

di interessi e commissioni deborda le soglie rivenienti dalle tabelle periodicamente pubblicate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In sede penale le circostanze si modificano apprezzabilmente⁸.

Rimane tuttavia arduo, sotto il profilo soggettivo, censurare l'intermediario bancario che, nella verifica del rispetto della soglia d'usura, si sia attenuto alle prescrizioni dell'art. 3, comma 2, dei decreti di pubblicazione dei tassi medi validi ai fini della determinazione della soglia d'usura, che prevedono: *“le banche e gli intermediari finanziari al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, emanate dalla Banca d'Italia”*. Non vi è dubbio che la CMS - così come viene calcolata nella prassi bancaria, in misura percentuale dell'esposizione debitoria

⁸ La Suprema Corte di Cassazione così si è espressa nella sentenza n. 20148 del 18 marzo 2003: *“(…) È noto come, a seguito della riforma del 1996, la fattispecie incriminatrice delineata dall'art. 644 c.p., sia stata caratterizzata dalla determinazione legale dell'interesse usurario e dal correlativo abbandono di quell'etero parametro rappresentato dall'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, iscritto nella originaria struttura del reato quasi come un elemento indicatore di una condizione di “minorata difesa” sul piano economico atta a perturbare una effettiva libertà di autodeterminazione del soggetto; al tempo stesso, ne è risultata espunta, dalla ipotesi di base, l'altrettanto vaga nozione di condizione di “difficoltà economica o finanziaria” tipizzante la fattispecie di usura impropria di cui all'art. 644 bis c.p., aggiunto all'art. 11 quinquies, comma 2, del d.l. n. 306 del 1992 e poi abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Nella attuale formulazione, dunque, la eliminazione dell'estremo dell'abuso e della correlativa condizione dello stato di bisogno rappresenta indubbiamente l'aspetto di maggior risalto scaturito dalla riforma, posto che, agli effetti della rilevanza penale, ciò che conta è l'oggettivo superamento della soglia oltre la quale l'interesse o il vantaggio promesso o dato viene ad assumere – secondo una valutazione legale tipica – il carattere usurario. Una scelta legislativa dunque dalla quale traspare l'evidente intento di delineare la disciplina della usura in chiave tendenzialmente oggettiva, caratterizzando la fattispecie come una violazione del rapporto di adeguatezza delle prestazioni, secondo parametri predefiniti ed obiettivi che necessariamente non possono non tener conto delle leggi di mercato e del variabile andamento dei tassi che da esse conseguono. Attraverso l'abbandono del tradizionale requisito per così dire soggettivistico dell'abuso, e la sua sostituzione con il rilievo del tutto prevalente che nella struttura della fattispecie finisce per assumere il requisito – tutto economico – della sproporzione tra la prestazione del mutuante e quella del mutuatario, la prospettiva della tutela sembra dunque essersi spostata dalla salvaguardia degli interessi patrimoniali del singolo e, se si vuole, dalla protezione della personalità del soggetto passivo, verso connotazioni di marcata plurioffensività, giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare dei mercati finanziari”*.

massima, assuma una funzione integrativa degli interessi⁹ e in quanto tale debba essere considerata nella verifica d'usura, ma la metodologia di determinazione e confronto con il tasso soglia è avocata a sé dal decreto ministeriale, che ha fatto proprie le indicazioni della Banca d'Italia. Così che, da un'asettica ed oggettiva individuazione dei tassi medi globali - *“idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice”* - si è passati, con la nota della Banca d'Italia del 2/12/05¹⁰, ad un'articolata e complessa illustrazione della metodologia di confronto per la verifica del rispetto della soglia d'usura, sino a configurare una CMS soglia, che non trova alcun riscontro normativo. Tutte queste circostanze non possono essere trascurate in una corretta valutazione del profilo soggettivo del reato d'usura e tendono a prevalere se l'usura non è riscontrata, sul piano oggettivo, con la metodologia indicata dalla Banca d'Italia.

Tuttavia, negli accertamenti del reato d'usura, accanto al dolo generico, viene ad assumere sempre più spazio ed attenzione il dolo eventuale, ravvisabile in comportamenti che ampliando e variando, talora in modo indebito e celato, i corrispettivi per il finanziamento erogato, pervengono accidentalmente a superare il tasso soglia¹¹.

⁹ Sia le istruzioni della banca d'Italia che i decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze non escludono la CMS dalla verifica d'usura, bensì non la ricomprendono nel tasso medio e la considerano a parte.

¹⁰ Cfr. nota della Banca d'Italia del 2/12/05. Lo schema operativo suggerito, per la valutazione dell'impatto della CMS sulle condizioni praticate, è del tutto analogo a quello precedentemente suggerito ai propri associati dall'ABI, nel marzo '03, per la valutazione d'impatto del tasso mora.

¹¹ *“Non può addurre a sua discolta l'ignoranza inevitabile della legge penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 c.p., e cioè la mancata conoscenza della disciplina della materia: è infatti indispensabile che questi, per l'espletamento dei compiti inerenti al suo mestiere, sia costantemente aggiornato sotto ogni aspetto circa l'organizzazione complessiva del suo lavoro, e in questo rientra anche la conoscenza della legislazione, specialmente quando sai vigente da tempo e ben nota alla generalità dei consociati”.* (Cassazione pen. 3/7/00).

D'altra parte verrebbe completamente vanificato il disposto dell'art. 644 c.p. se, riconducendo l'errore all'atto amministrativo, connesso alla determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono usurari, questo assurgesse ad “errore sul fatto” ricadente nel disposto dell'art. 47 c.p.

“Né si può ritenere che l'erronea interpretazione delle norme applicative possa configurare un errore sul fatto che costituisce il reato, con conseguente esclusione a norma dell'art. 47 c.p. E' proprio dal potere di distinguere il ruolo normativo diretto di un elemento giuridico extrapenale, nel settore nel quale è concepito dalla funzione descrittiva cui adempie nel precetto penale, che dipende l'applicabilità, o meno, del 3° co. dell'art. 47 c.p. Negando la premessa sui possibili ruoli di un dato giuridico, a seconda della finalità tecnica per la quale è richiamato, questa norma non sarebbe mai applicabile, perché nel precetto

In una situazione di difficoltà economica i rischi di credito dell'operatore economico si amplificano: il perseguimento della copertura del rischio, spinge talora l'intermediario ad agire sui tassi ed altri oneri praticati, prestando una scarsa attenzione ai limiti di legge: non infrequente è risultato, in tali circostanze il debordo delle soglie d'usura, il fallimento del cliente e, non da ultimo, l'inefficienza allocativa del credito. Oltre un determinato tasso, non vi è attività economica che possa sopportarne l'onere, si lascia invece spazio ad un uso poco responsabile del risparmio e non si contrasta certo, per questa via, il fenomeno dell'usura criminale.

Nell'ultimo anno le Autorità di Controllo e Vigilanza, cogliendo il diffuso disagio di risparmiatori e operatori economici, hanno assunto chiare posizioni di censura sull'uso distorto delle CMS. Gli interventi sono risultati decisi e determinati. Il Governatore della Banca d'Italia - sia in occasione delle Considerazioni finali all'Assemblea dello scorso maggio, che nel successivo intervento all'assemblea dell'ABI - aveva espresso l'esigenza di procedere alla sostituzione della commissione di massimo scoperto, *“un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza, con una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi. Anche per evitare il rischio che la questione sia risolta con gli strumenti imperativi della legge”*.

Il Presidente dell'Antitrust, per parte sua, aveva richiamato l'attenzione sulla prassi delle Commissioni ritenute inique, penalizzanti per famiglie ed imprese e pertanto da abolire, avviando nel contempo quattro distinti procedimenti, nei confronti di BNL, Intesa Sanpaolo, MPS e Unicredit, per verificare modalità e termini di applicazione delle CMS.

punitivo, blindato e protetto dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ex art. 5, quel dato subirebbe una sorta di mutazione genetica in senso penalistico diretto. Ed è esattamente quanto è accaduto nelle risposte delle giurisprudenza di legittimità in tema di integrazione giuridica del precetto penale, con il pratico risultato di lasciare il 3° co. dell'art. 47 alle cure della dottrina”. (A. Cristiani, Guida alle nuove norme sull'usura, Giappichelli 1996).

Se nella precedente formulazione dell'art. 644 c.p. il reato di usura era punibile solo a titolo di dolo diretto, consistente nella cosciente volontà di conseguire i vantaggi usurari con la consapevolezza dello stato di bisogno del soggetto passivo, nella nuova formulazione, introdotta dalla legge 108/96, la prevalente dottrina ritiene sufficiente il dolo generico, anche nella sua forma eventuale, permanendo solo la consapevolezza dell'entità illegale del corrispettivo avuto in promessa, pattuito o promesso.

La risposta delle banche è stata, nelle dichiarazioni dei maggiori rappresentanti, di cauta apertura e disponibilità a modifiche e sostituzioni, più che ad una semplice abolizioni¹².

4. LA LEGGE N. 2/09: dietro la nullità, il raddoppio delle CMS.

Il fronte di opposizione alla prassi bancaria di generalizzato impiego delle CMS, per aliquote abnormi, su ogni conto risultante a debito anche per un solo giorno, si è venuto notevolmente accrescendo. La Magistratura è venuta assumendo orientamenti giurisprudenziali sempre più rivolti verso la nullità delle CMS, risultando questa commisurata al credito utilizzato, in luogo dell'affidato. Gli stessi esponenti bancari, sospinti dall'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, hanno ritenuto arcaica, complessa e poco trasparente l'attuale formulazione di calcolo della CMS.

Alla fine dello scorso gennaio, il legislatore è finalmente intervenuto, in sede di conversione del decreto anti-crisi, con l'art. 2 bis della legge n. 2/09. Tuttavia il menzionato provvedimento – al di là delle espressioni di plauso avanzate da talune parti - ad una più attenta analisi, pur enucleando le forme estreme di iniquità della Commissione, né radicalizza, anziché rimuovere, l'uso diffuso. Lungi dal portare chiarezza e trasparenza nel dipanare le annose diatribe dei rapporti pregressi, il provvedimento ha introdotto un nuovo assetto regolamentare nel quale la Commissione commisurata all'utilizzo massimo dello scoperto viene esplicitamente legittimata, seppur edulcorata e regimentata; viene altresì integrata da una seconda Commissione commisurata al fido, indipendente dall'utilizzo che di questo ne fa il cliente.

¹² Il Presidente dell'ABI all'Assemblea ultima, in risposta alle sollecitazioni del Governatore, così si esprimeva: *“La commissione di massimo scoperto, nata nella prima metà del secolo scorso, ha in parte perso la capacità di esprimere una chiara remunerazione per la messa a disposizione di risorse finanziarie. Si impone un suo ripensamento.”*

Il direttore generale del gruppo Intesa Sanpaolo, Pietro Modiano, nel ritenerla *“una commissione arcaica e troppo complessa per i tempi”* spiegava ai soci ABI: *«Il massimo scoperto data 1947 e fa parte dell'archeologia. In tutto il mondo i fidi sono remunerati con commissioni più semplici, commisurate all'entità del fido o al mancato utilizzo”*.

Incertezze, esigenze ed equilibri del precario quadro congiunturale sembrano aver esercitato interferenze e pressioni nella stesura del testo di legge. Il provvedimento appare la risultanza di un rapporto di forza fra sistema bancario e legislatore nel tentativo di ritrovare un equilibrio – nel più generale contesto di crisi sistemica che ha interessato il mondo finanziario - fra l'esigenza di non pregiudicare la delicata funzione di intermediazione del credito, l'impellente necessità di sostenere le imprese e la tutela e protezione del cliente bancario.

Così che la prassi delle Commissioni sul massimo scoperto, a cui non corrisponde alcun sostanziale servizio che ne giustifichi la significativa incidenza sul costo del credito, sistematicamente applicata alla generalità dei conti e che consente alle banche di drenare dai conti dei clienti ingenti risorse economiche, viene consentita e, con un passaggio di legge, diviene legittima e non più censurabile dalla Magistratura. La circostanza ricorda d'appresso le vicende che hanno portato alla restaurazione dell'anatocismo trimestrale.

L'art. 2 bis del provvedimento di legge traccia un quadro di riferimento normativo che integra e coordina aspetti plurimi e tra loro connessi.

Art.2-bis

Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari, 1° comma:

1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per la messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento.

Più specificatamente, attraverso una formulazione contorta, sotto la spoglia di una dichiarata nullità delle CMS, prevede deroghe che, di fatto, introducono *ex lege*:

- la Commissione di massimo scoperto commisurata al saldo risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni e in presenza di fidi;

- una seconda Commissione, commisurata al fido accordato, indipendente dall'effettivo utilizzo, predeterminata e commisurata all'importo e alla durata del fido accordato.

Con il 1° comma dell'art. 2 bis, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico la previsione esplicita delle due forme di commissione, si pone termine e soluzione a tutte le perplessità e obiezioni che la giurisprudenza ha sollevato sulla legittimità, causalità e rispetto degli artt. 820 e 821 c.c.

L'aspetto viene correttamente rilevato dalla Banca d'Italia che, nelle nuove Istruzioni per la rilevazione del TEG, sottolinea che la legge n. 2/09 *“ha introdotto limitazioni alle condizioni al ricorrere delle quali le CMS ed altri oneri connessi con il finanziamento vengono reputati legittimi”*.

La soluzione individuata non appare molto salomonica: la diatriba se commisurare la commissione al fido concesso o se commisurarla all'ammontare massimo utilizzato, viene superata prevedendole entrambe. O meglio, la norma sembra prospettare il contrario, prevedendo varie circostanze di nullità, ma alla fine, con l'usuale patto tra le parti – che l'ABI prontamente provvederà a recepire nel contratto di adesione sottoposto alla clientela - le banche potranno legittimamente applicare sia la Commissione sul massimo importo utilizzato, sia la Commissione sul fido non utilizzato (indicata quest'ultima dalla legge come “Corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme”).

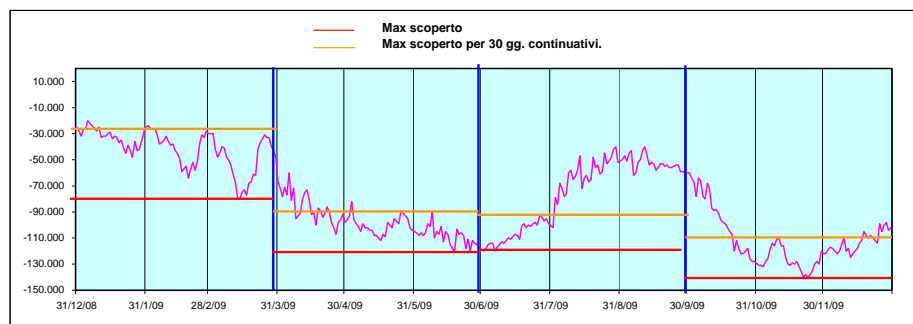
Lo stesso Garante della Concorrenza e del Mercato, in una nota del 2/2/09 – inviata ai Presidenti delle Camere, al Governo e alle Autorità di Vigilanza - all'indomani della legge n. 2/09, segnala come, al di là della pur significativa misura di azzeramento delle CMS nei casi di scoperto inferiore a trenta giorni, permangono cospicui elementi di criticità e carenze giustificative.

Introducendo esplicitamente una remunerazione dell'intermediario per la messa a disposizione dell'importo affidato, risulta alquanto pleonastica l'ulteriore presenza della commissione sull'importo utilizzato: è difficile ravvisare un servizio, diverso da quanto già remunerato con gli interessi, che possa costituire una valida motivazione per questa seconda commissione.

Con una norma che legittima, seppur con le limitazioni poste dal 1° comma dell'art. 2 bis, l'applicazione delle CMS sul massimo scoperto, ogni azione di nullità

per mancanza di causa o perché contraria ai principi di proporzionalità e temporalità degli art. 820 e 821 viene necessariamente a cadere.

Peraltro il disposto normativo prevede, per la liceità dell'applicazione della CMS, il saldo a debito per almeno trenta giorni: il temperamento indotto risulta alquanto limitato, salvaguardando le momentanee esposizioni a debito, ma lasciando impregiudicato l'effetto di iniquità dell'onere per quelle posizioni che con un debito moderato ma continuo, presentano tuttavia accidentali punte di maggior debito. Il temperamento sarebbe risultato apprezzabilmente più significativo ed incisivo se fosse stata consentita l'applicazione della CMS sull'ammontare esposto a debito per almeno trenta giorni.



Da oltre 50 anni le Norme Bancarie Uniformi presidiano e tutelano l'operatore bancario attraverso contratti uniformi a cui il cliente non può che aderire. Con il "salvo che" o il "salvo patto contrario", previsto nelle norme di legge – e il declamato intento di voler rispettare la libera volontà delle parti, al più richiamandosi alla trasparenza a tutela del contraente più debole - sono passati indisturbate, nei contratti bancari, le più rilevanti vessazioni.

5. LE CMS ENTRANO NEL CALCOLO DEL TEG: le nuove Istruzione della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi ai fini della legge sull'usura.

Nel 2° comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09 si prevede l'inclusione delle CMS nella verifica della soglia d'usura. Per il vero il comma in parola si limita a stabilire che le CMS commisurate all'utilizzo assumano rilievo ai fini dell'usura, sollevando implicitamente perplessità sull'inclusione o meno delle commissioni commisurate al fido che non dipendono dall'effettivo utilizzo. Il richiamo all'art. 1815

c.c. sembra chiarire invece che, ancorché tale articolo sia collocato nel Capo dedicato al mutuo, trova applicazione anche ai finanziamenti in conto corrente.

Art.2-bis

Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari, 2° comma:

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

La formulazione del comma non sembra dare adito ad interpretazioni che escludano per il passato la rilevanza delle CMS ai fini della verifica dell'usura, limitandosi il comma stesso a stabilire che i limiti previsti dall'art. 644 c.p. restano regolati dalla disciplina vigente sino a che la rilevazione del TEG non venga effettuata sulla base della nuova disposizione.

Le nuove disposizioni per la rilevazione del TEG, poste in consultazione dalla Banca d'Italia, non operano nessuna distinzione fra Commissioni commisurate all'utilizzo e Commissioni commisurate al fido, includendole entrambe nel calcolo del TEG. Tuttavia permane la vistosa discrasia che, ancorché le CMS vengano dalla banche calcolate sull'importo del fido utilizzato, nella formula del TEG sono rapportate all'importo del fido accordato.

In luogo della tradizionale modalità di calcolo (TAEG), già impiegata nella rilevazione dei tassi attivi delle banche:

TAEG	$\frac{(\text{Interessi} + \text{Oneri}) \times 36.500}{\text{Numeri debitori}}$
-------------	--

la Banca d'Italia indica la formula del TEG, già utilizzata nelle precedenti Istruzioni alle Banche per la rilevazione della soglia d'usura:

TEG	Interessi x 36.500	+	Oneri x 100
	Numeri debitori		Accordato

Il TEG così determinato non può rappresentare una misura finanziariamente corretta del costo del credito: permarrà un divario fra il costo del credito calcolato sulla base di corretti principi finanziari (TAEG) e il costo del credito misurato con la singolare formula del TEG. La Direttiva CEE, relativa ai contratti di credito al consumo, con riferimento al Tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG), riporta esclusivamente la prima formula, né risulta che altri paesi della Comunità facciano uso di formule ibride di questo tipo. La Banca d'Italia non ha fornito una illustrazione delle motivazioni che l'hanno indotta ad adottare tale meccanismo, né le ragioni per le quali ha ritenuto di ricomprendere nella seconda frazione, fra gli oneri rapportati all'accordato, le CMS che, invece, risultando dalle banche ragguagliate all'utilizzato, sono propriamente da ricomprendere nella prima frazione.

La singolare formula indicata dalla Banca d'Italia – già impiegata nell'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) previsto, per gli affidamenti in conto corrente, nel foglio informativo e nel documento di sintesi – presenta fuorvianti improprietà tecniche: non vi è alcun principio della scienza finanziaria e statistica che possa supportare logicamente la somma di due aggregati aventi basi diverse. Oggetto della rilevazione è il costo del credito, non il costo del fido accordato: sommare, in luogo dei due ammontari addebitati, i rispettivi rapporti, il primo al credito e il secondo al fido, fornisce un valore privo di senso, non avendo un contenuto di sintesi informativa né per l'uno né per l'altro¹³. L'incongruenza risulta ancor più evidente per le CMS, che vengono dalle banche calcolate sul massimo utilizzo, non sul fido accordato.

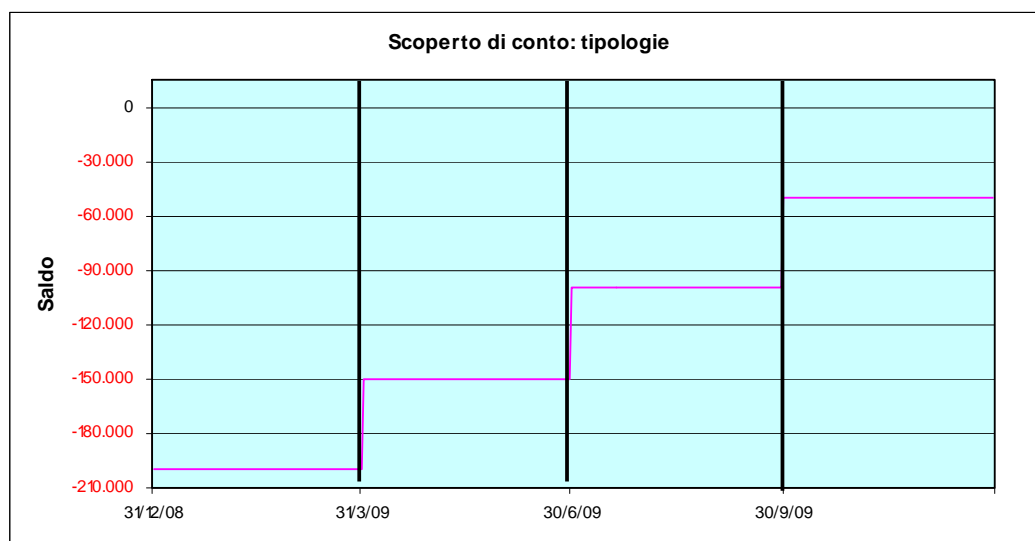
Questo aspetto non appare affatto trascurabile ed è suscettibile di interferire apprezzabilmente nelle scelte strategiche di determinazione delle condizioni di conto che adotteranno le banche.

A tale aspetto si è già riferito il Garante della Concorrenza e del Mercato, nella segnalazione al Parlamento e al Governo, effettuata il 2/2/09 all'indomani della legge n. 2/09: “(...) la trasparenza dal lato della domanda richiede un'attenta analisi di

¹³ Nell'Allegato 5 al documento sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, si riportano alcuni esempi di calcolo dell'ISC che – seguendo la formula sopra menzionata – per un utilizzo di circa € 1.000 per un mese, esprimono un valore del 14% e del 16% annuo, ottenuti semplicemente sommando rapporti del tutto disomogenei tra loro, basati su importi addebitati al termine del trimestre rispettivamente per € 109,3 e per € 160,7, : tali percentuali non hanno alcun senso e non esprimono alcun valore informativo sull'effettivo costo del credito, che risulta invece apprezzabilmente più alto..

come le commissioni applicate in presenza della mera disponibilità di somme di denaro e/o effettivo uso di queste ultime, anche alla luce dei cambiamenti derivanti dall'articolo 2 bis del d.l. 185/2008, così come convertito dalla legge n. 2/2009, incidano nella definizione degli effettivi costi a carico dei clienti in termini di tassi effettivi applicati. Per altro verso, appare apprezzabile che l'articolo 2 bis del d.l. 185/2008 introduca una disciplina di raccordo, computando le commissioni ivi disciplinate anche ai fini della determinazione dei tassi usurari. L'incidenza della nuova disciplina sui costi effettivi sostenuti dalla clientela e sulla definizione dei tassi usurari rende ancora più importante l'introduzione di un chiaro ed unico indicatore sintetico che riunisca le diverse voci di spesa a carico del cliente che vada in scoperto. Ciò al fine di consentire alla clientela un'immediata e chiara percezione del prezzo complessivo dei servizi bancari, necessaria per confrontare tra loro le diverse offerte presenti sul mercato, nonché per rapportare il prezzo rispetto al livello dei tassi individuati come usurari. Questo cruciale aspetto di trasparenza non appare direttamente interessato dal nuovo testo normativo”.

Se poniamo, ad esempio, all'8% il tasso di anticipazione e allo 0,6% la CMS, con un fido, ad esempio, di € 200.000, pur ipotizzando un utilizzo del credito costante e continuo nel periodo, per diversi livelli di esposizione, il divario fra il tasso che effettivamente esprime il costo del credito (TAEG) e quello riveniente dal TEG può pervenire a superare i 2 punti percentuali.



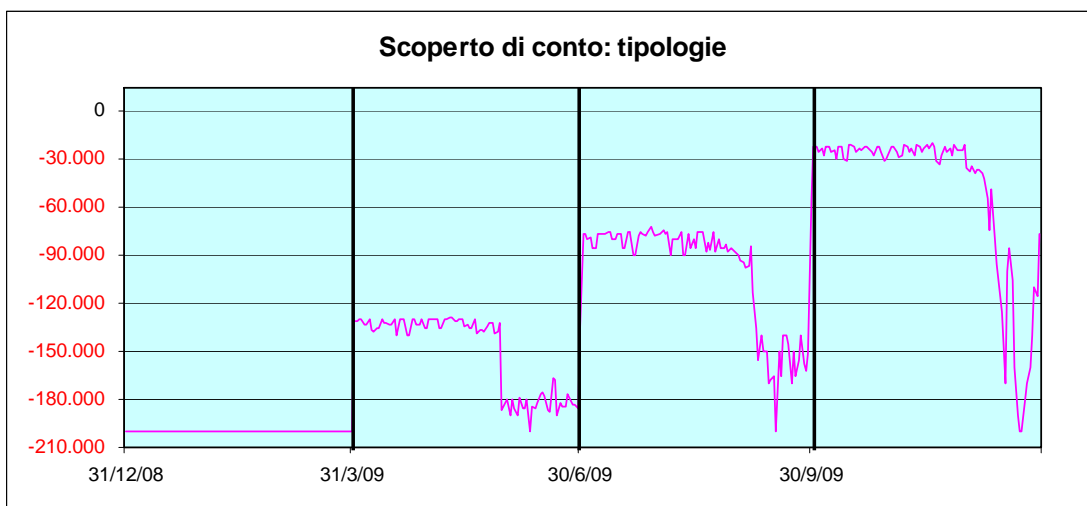
Nell'esempio raffigurato in figura, che rappresenta un caso assai particolare, rimanendo l'esposizione invariata nel corso del trimestre, il costo del credito è

costante e pari al 10,40% annuo, su base trimestrale, dato dall'interesse dell'8% + 0,6% x 4.

Al contrario, il valore riveniente dal TEG, che risulta dall'impiego della formula della Banca d'Italia, si riduce apprezzabilmente con il ridursi dell'esposizione in rapporto al fido: con uno scoperto che da € 200.000 scende a € 50.000, mentre il costo effettivo del credito rimane costante e pari al 10,40%, il valore del TEG fornisce una misura finanziariamente errata, passando dal 10,40% all' 8,60%.

fido: €200.000; tasso interesse 8%; CMS 0,60% trimestrale									
Trimestre	esposizione media	esposizione max	esp / fido	interessi deb.	CMS	incidenza CMS sul fido	incidenza CMS sull'esp.	TEG	TAEG
I trimestre	-200.000	-200.000	1,00	- 3.945	- 1.200	2,40%	2,40%	10,40%	10,40%
II trimestre	-150.000	-150.000	0,75	- 2.948	- 900	1,80%	2,40%	9,80%	10,40%
III trimestre	-100.000	-100.000	0,50	- 1.962	- 600	1,20%	2,40%	9,20%	10,40%
IV trimestre	-50.000	-50.000	0,25	- 986	- 300	0,60%	2,40%	8,60%	10,40%

Ma il divario si accresce a dismisura allorché, ad un'esposizione assai ridotta rispetto all'ammontare del fido, si accompagna un'apprezzabile volatilità dell'esposizione stessa. Tornando all'esempio precedente e prescindendo dagli effetti della capitalizzazione, nell'esempio qui di seguito raffigurato, a livelli di esposizione media flettenti, si accompagna una maggiore variabilità dell'esposizione.



Nelle quattro rappresentazioni riportate, appare evidente che il credito utilizzato nel I trimestre è mediamente più elevato di quello utilizzato nel IV trimestre. Tuttavia, poiché la punto di esposizione massima è la stessa nei quattro trimestri,

assumendo la CMS lo stesso importo, avrà conseguentemente un'incidenza finanziaria marcatamente più elevata nel IV trimestre dove l'esposizione media è assai più ridotta di quella relativa al I trimestre.

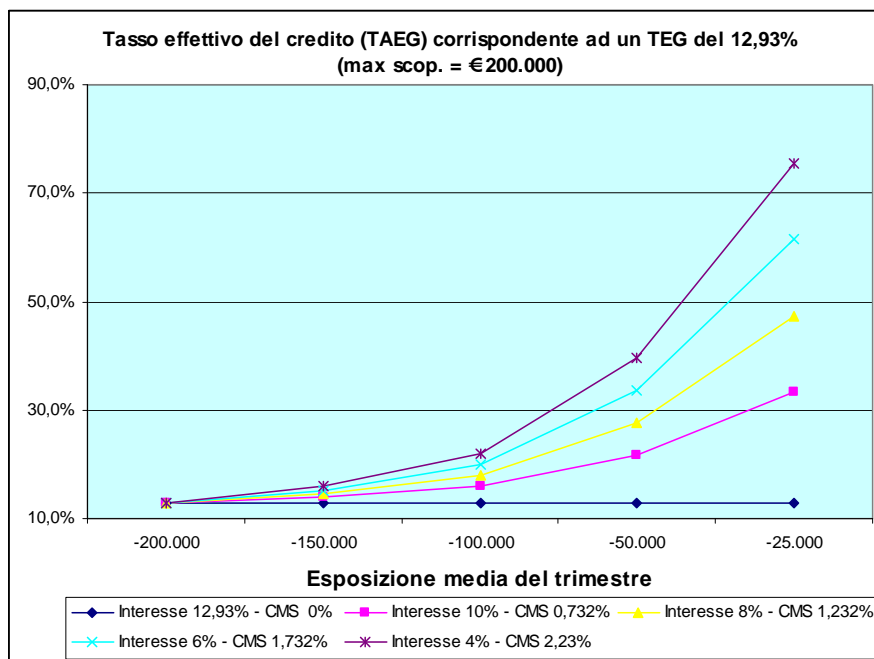
fido: €200.000, tasso interesse 8%, CMS 0,60% trimestrale									
Trimestre	esposizione media	esposizione max	esp. media/ fido	interessi deb.	CMS	incidenza CMS su fido	incidenza CMS su esp.	TEG	TAEG
I trimestre	-200.000	-200.000	1,00	3.945	1.200	2,40%	2,40%	10,40%	10,40%
II trimestre	-150.000	-200.000	0,75	2.950	1.200	2,40%	3,20%	10,40%	11,20%
III trimestre	-100.000	-200.000	0,50	1.962	1.200	2,40%	4,80%	10,40%	12,80%
IV trimestre	-50.000	-200.000	0,25	986	1.200	2,40%	9,60%	10,40%	17,60%

Nel calcolo del tasso del TEG l'incidenza delle CMS, risultando calcolata sul fido accordato, rimarrà costante nei quattro trimestri, divergendo di circa il 45% dal tasso relativo al costo effettivo del credito utilizzato. In altri termini, purché l'esposizione rimanga a debito per almeno 30 gg., il massimo scoperto, che sia 1 giorno o 90 giorni, è irrilevante nel calcolo del TEG, mentre nel costo del credito il tasso effettivo naturalmente è commisurato anche alla durata dell'esposizione.

Sia per il cliente che per la banca, più che il TEG, assume un rilievo assorbente il valore del TAEG, che costituisce specularmente per l'uno il costo per l'altra il ricavo.

A parità di costo del credito (TAEG), il TEG risulterà apprezzabilmente più basso a seconda della quota interessi e della quota CMS che lo compongono: l'intermediario bancario, attraverso una calcolata modulazione delle condizioni contrattuali, disporrà di margini non trascurabili per accrescere il costo del credito nei limiti di TEG riveniente dai calcoli della Banca d'Italia.

Tornando all'esempio precedente, se la soglia d'usura è posta, ad esempio, al 12,93% (ultima nota prima della nuova rilevazione della Banca d'Italia), vi sono alternative multiple di combinazioni di Tasso di interesse e CMS, che consentono il rispetto di tale soglia, ma per ciascuna di esse il riflesso sull'effettivo costo del credito (TAEG) varia considerevolmente.

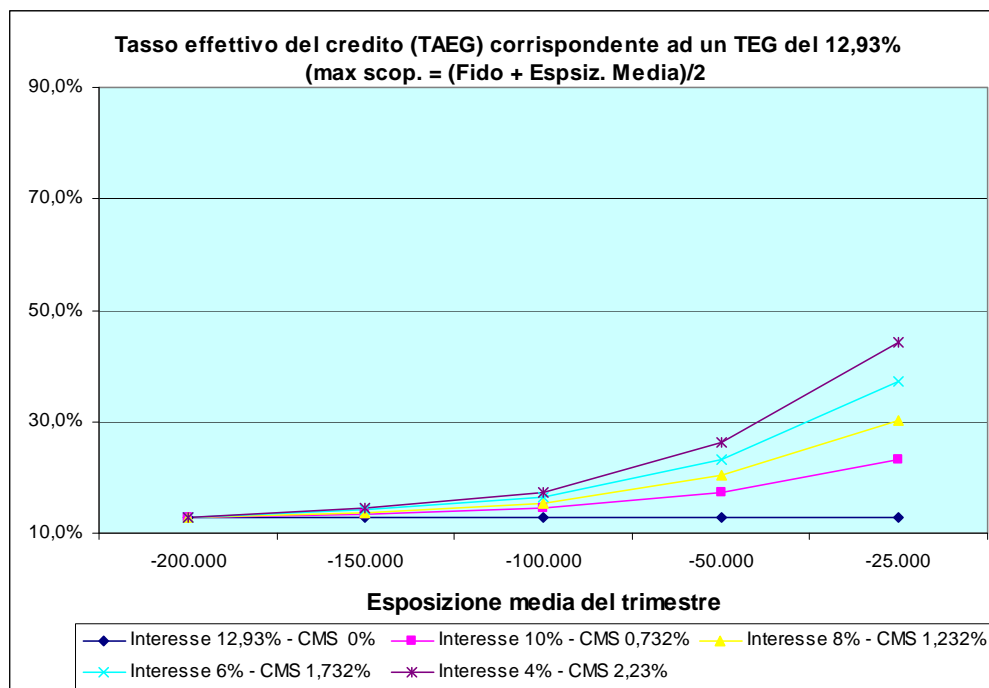


TAEG per Massimo Scoperto pari al Fido.

Interesse	CMS	TEG	COSTO EFFETTIVO DEL CREDITO (TAEG)						
			Esposizione media trimestre (Euro)						
			- 200.000	- 150.000	- 100.000	- 50.000	- 25.000		
12,93%	0,00%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%
10,00%	0,73%	12,93%	12,93%	13,90%	15,86%	21,71%	33,42%		
8,00%	1,23%	12,93%	12,93%	14,57%	17,86%	27,71%	47,42%		
6,00%	1,73%	12,93%	12,93%	15,24%	19,86%	33,71%	61,42%		
4,00%	2,23%	12,93%	12,93%	15,90%	21,86%	39,71%	75,42%		

Nell'ipotesi che il massimo scoperto tocchi nel trimestre il fido concesso (€ 200.000), l'effettivo costo del credito (TAEG) cresce notevolmente con il ridursi dell'esposizione media del trimestre, raggiungendo valori del 75% ed oltre per esposizioni medie pari o inferiori a € 25.000.

Si può riscontrare che, anche quando il massimo scoperto del trimestre non raggiunge il suo valore massimo pari al fido concesso (€ 200.000), ma si colloca in una via intermedia fra il fido e l'esposizione media del trimestre, i valori a cui si perviene per esposizioni medie che si discostano dal fido, risultano marcatamente elevati, spesso multipli del TEG.



TAEG per Massimo Scoperto pari a (Fido + Espsiz. media)/2 .

Interesse	CMS	TEG	COSTO EFFETTIVO DEL CREDITO (TAEG)					
			Esposizione media trimestre (Euro)					
			- 200.000	- 150.000	- 100.000	- 50.000	- 25.000	
12,93%	0,00%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%	12,93%
10,00%	0,73%	12,93%	12,93%	13,42%	14,39%	17,32%	23,18%	
8,00%	1,23%	12,93%	12,93%	13,75%	15,39%	20,32%	30,18%	
6,00%	1,73%	12,93%	12,93%	14,08%	16,39%	23,32%	37,18%	
4,00%	2,23%	12,93%	12,93%	14,42%	17,39%	26,32%	44,18%	

Gli esempi sopra illustrati non costituiscono casi teorici, ma usuali situazione di conto corrente. Risulta palese che la singolare definizione di costo del credito, impiegata nel calcolo del TEG, potrà determinare l'impiego di tassi che, secondo le ortodosse formule finanziarie, si configurano d'usura, ma che tuttavia – in ossequio al rispetto dell'omogeneità della formula di calcolo – risulteranno comprese entro le soglie rivenienti dai valori pubblicati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Poiché l'onere degli interessi entrerà interamente nel calcolo del TEG, mentre quello relativo alle CMS entrerà edulcorato e ridimensionato dal rapporto con il fido accordato, non può escludersi l'adozione, da parte delle banche, di politiche di gestione delle condizioni di conto elusive dei limiti di soglia, che spostano sulle CMS l'onore prevalente del credito.

Per contro la clientela più attenta potrà evitare l'onere delle CMS, interrompendo la continuità dei 30 gg. previsti dalla legge, utilizzando all'occorrenza

marginari di fido disponibili presso altri operatori bancari: giri di conto e condizioni di valuta assumeranno un maggior rilievo.

Il divario fra costo effettivo del credito e misura del TEG, che si può determinare nella generalità dei casi non è affatto trascurabile e in taluni casi, non del tutto infrequenti, può assumere valori multipli del TEG.

La circostanza è per altro legata alle accidentalità e casualità che accompagnano i flussi di tesoreria, oltre che alla prassi bancaria di antergare e postergare le valute rispetto all'effettivo incasso/pagamento. Risultano in tal modo introdotti nel costo del credito elementi di discrezionalità ed aleatorietà che confliggono con i principi di oggettività e certezza che guidano l'attività economica.

La Banca d'Italia, che negli interventi del Governatore aveva giudicato la CMS commisurata all'utilizzo massimo dello scoperto "*un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza*", considerato l'intento del legislatore di voler mantenere e rendere lecito tale criterio, potrebbe evitare che carenze di trasparenza risultino estese dalle CMS al calcolo del TEG. D'altra parte appare preferibile avere una soglia d'usura più alta – come conseguirebbe dall'impiego della tradizionale formula del calcolo del TAEG (costo/credito) – piuttosto che andare incontro ad una generale confusione fra l'effettivo costo del credito erogato e quello che riviene da un'impropria formula all'uopo impiegata per l'usura, prestando per altro il fianco ad un diffuso ricorso alla Magistratura, quanto meno in sede civile, per l'annullamento e/o il ridimensionamento di eventuali condizioni di fatto usuarie.

Con la previsione di uno specifico corrispettivo per la messa a disposizione del credito, previsto dall'art. 2 bis della legge n. 2/09, non sembra sussistere alcun specifico servizio che possa giustificare CMS che, dall'originaria aliquota dello 0,125%, sono venute lievitando assumendo ingiustificati valori, talvolta superiori all'1% trimestrale.

L'esperienza dell'ultimo decennio ha mostrato una sospinta tensione da parte delle banche a cogliere margini di concorrenza e benefici economici utilizzando oltremisura, all'occorrenza, i margini di elusione che regolamenti o istruzioni applicative consentono, impegnando e congestionando apprezzabilmente l'opera della

Magistratura, in una calcolata strategia di *trade-off* costi/benefici, fondata sul marginale ricorso alle onerose e tortuose vie delle aule di Giustizia¹⁴.

Con l'esplicita previsione legislativa delle CMS commisurate al massimo utilizzo del trimestre, congiuntamente al costruito metodologico proposto dalla Banca d'Italia, si viene di fatto a consentire alle banche di praticare condizioni di usura pur restando entro i limiti di legge. Modificando il metro di misura l'usura bancaria viene compresa nei limiti di legge: come dire, utilizzando un diverso metro di misura, che tutti i corazzieri presentano un'altezza inferiore a un metro.

Con le palesi discrasie che ne discendono per situazioni di costo sostanzialmente analoghe, unitamente alla circostanza che, in aggiunta al corrispettivo previsto per la messa a disposizione del fido, si preveda, per uno stesso servizio di finanziamento, due distinti corrispettivi – per altro non necessariamente commisurati al tempo -, dubbi e perplessità si estendono a ricomprendere il rispetto stesso dei principi costituzionali.

Nelle nuove Istruzioni della Banca d'Italia si riscontra inoltre che, analogamente alle precedenti Istruzioni - non impiegando la formula del TAEG prevista dal Decreto del Tesoro del '92 e dalla Direttiva 2008/48/CEE - il TEG risulta riferito al trimestre, non all'anno. Viene, in altri termini, rilevato il tasso annuale pagato trimestralmente, mentre la legge 108/96 dispone che il Ministro dell'Economia "*rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari*".

Il valore del TEG che riviene dalla formula indicata dalla Banca d'Italia è un tasso annuale, su base trimestrale: per ricondurlo al tasso effettivo in ragione d'anno, si rende necessario operarne la capitalizzazione, secondo le usuali formule finanziarie.

¹⁴ Sotto questo aspetto, se la pubblicazione dei tassi effettivi medi globali continuasse ad essere accompagnata, *a latere*, dal valore dell'aliquota media di CMS, questo potrebbe costituire quanto meno un riferimento significativo per la valutazione di comportamenti distorsivi.

CALCOLO DEL TASSO DI INTERESSE EFFETTIVO IN RAGIONE D'ANNO (1).

Tasso di interesse trimestrale

$$t_m = \frac{\text{Comp.}}{\text{Cred.}}$$

Tasso di interesse annuo (su base trimestrale)

$$t_a = \frac{\text{Comp.}}{\text{Cred.}} \times \frac{365}{\text{gg}}$$

TASSO DI INTERESSE EFFETTIVO IN RAGIONE D'ANNO

$$t_{\text{eff.}} = (1+t_m)^4 - 1$$

dove: **Cred.** = Ammontare del credito medio del trimestre

Comp. = Ammontare delle competenze trimestrali

gg = giorni del trimestre

t_a = Tasso di interesse annuo (su base trimestrale)

t_m = Tasso di interesse trimestrale

t_{eff.} = **Tasso di interesse effettivo annuo (su base annuale)**

(1) La formula è semplificata ponendo, nel passaggio dal trimestrale all'annuale, l'esponente pari a 4. Per valori del tasso prossimi alla soglia, una maggiore accuratezza del calcolo dell'interesse effettivo potrà ottenersi sostituendo a detto valore il rapporto fra gli effettivi giorni dell'anno e i giorni del trimestre.

Se, ad esempio, l'ammontare di interessi, commissioni e spese, imputate al trimestre ammonta a € 10 e lo scoperto medio di conto, nel trimestre, è pari a € 400, dalla formula indicata dalla Banca d'Italia, si ottiene un tasso annuo, su base trimestrale, del 10% ($10 \times 36.500 / \text{Numeri}$): questo è il tasso annuo, il cui pagamento però è distribuito in quattro momenti dell'anno, in ciascuno dei quali si viene a pagare il 2,5%. Poiché sugli € 10 che, alla fine del trimestre, vanno ad incrementare il credito, maturano ulteriori interessi nei successivi 3 trimestri dell'anno, il tasso effettivo che si viene a corrispondere, in ragione d'anno è pari a 10,38% $[(1 + 2,5\%)^4 - 1]$ del credito utilizzato nel trimestre¹⁵. In altri termini risulta finanziariamente equivalente pagare il

¹⁵ Si osserva che è ininfluente il fatto che si consideri il I o il IV trimestre dell'anno solare, dovendo il tasso riferirsi ad un anno di credito, quale che sia la data di inizio dell'utilizzo.

10% con quattro pagamenti trimestrali del 2,5% e pagare, in unica soluzione, a fine anno il 10,38%¹⁶.

Una corretta aderenza al dettato della legge 108/96 richiede che il tasso pubblicato dal Ministero dell'Economia sia un tasso effettivo annuo: se la Banca d'Italia rileva, invece, per le categorie interessate, un tasso annuo su base trimestrale, che non corrisponde al tasso effettivo annuo, si renderebbe necessario che il Ministro dell'Economia, nello stabilire nei Decreti la soglia d'usura, preveda, oltre alla maggiorazione del 50% del tasso rilevato dalla Banca d'Italia, anche la sua capitalizzazione all'interno dell'anno¹⁷.

16

Credito concesso	€ 400
Pagamento interessi 10% annuo con pagamento trimestrale	
I Trimestre	€ 10
II Trimestre	€ 10
III Trimestre	€ 10
IV Trimestre	€ 10 + Rimborso del Capitale di € 400
Calcolo del TAEG:	$400 = \frac{10}{(1 + 10,38128\%)^{1/4}} + \frac{10}{(1 + 10,38128\%)^{2/4}} + \frac{10}{(1 + 10,38128\%)^{3/4}} + \frac{10 + 400}{(1 + 10,38128\%)^{4/4}}$
	$400 = 9,756097801 + 9,518144429 + 9,285994793 + 371,4398009 = 400$
TAEG = 10,38128%	

¹⁷ Si osserva inoltre che, nelle Istruzioni predisposte dalla Banca d'Italia, si precisa – analogamente alle precedenti Istruzioni – che i numeri debitori sono dati dal prodotto tra i “capitali” ed i “giorni”. Si renderebbe necessario fornire precisazioni in ordine al termine “capitali” che non può coincidere con il saldo del conto, sia per i riflessi su tale saldo di eventuali illegittime capitalizzazioni, sia per il gioco di valute frequentemente impiegato dalle banche. Se le Istruzioni devono servire – per espressa indicazione sul Decreto Ministeriale – da criterio di verifica del rispetto dei limiti di legge, si renderebbe necessario precisare che per “capitali” si intendono i valori di saldo rivenienti dalla capitalizzazione prevista in contratto e consentita dalle norme di legge vigenti, considerando per le valute solo i giorni strettamente necessari all'incasso/pagamento: non si comprende, a quest'ultimo riguardo, il limitato riferimento, nelle Istruzioni, alle Categorie 2 e 5 e l'esclusione della Categoria 1 delle Aperture di credito in c/c.

Sempre con le finalità che vengono assegnate dal Decreto Ministeriale a dette Istruzioni, si renderebbe opportuno precisare che se, nel medesimo trimestre, sono convenute condizioni e tassi diversi, per distinte fasce di credito, insistenti sul medesimo conto, non è corretto operare un'aggregazione degli interessi ed oneri e determinare in tal modo un tasso unico, risultante dalla media dei valori applicati. Tale criterio, se corretto in una rilevazione statistica volta a determinare un valore medio unico di riferimento, risulterebbe del tutto improprio in uno specifico accertamento, in quanto disattende palesemente lo spirito della norma che espressamente punisce “*chiunque si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di*

5. Sintesi e conclusioni.

Il meccanismo di calcolo impiegato per le CMS presenta rilevanti aspetti di iniquità, potendo indurre – in conseguenza della fisiologica accidentalità negli addebiti e rimesse che caratterizzano i flussi di cassa di un operatore economico - gravosi e diffusi oneri, che trovano una scarsa giustificazione nei costi sopportati dall'intermediario bancario per il servizio prestato. Questi oneri, congiunti agli interessi, hanno configurato frequentemente – in un'applicazione sostanziale dell'art. 644 c.c. – circostanze di usura.

Dopo l'introduzione delle soglie d'usura, ad opera della legge 108/96, le banche - cogliendo i margini di flessibilità interpretativa consentiti dalle Istruzioni della Banca d'Italia – hanno decuplicato l'aliquota, dall'usuale valore dello 0,125% (l'ottavino) trimestrale, sino a valori che, nei limiti di soglia, hanno toccato l' 1,26% trimestrale. In presenza di tassi di mercato in flessione, si è determinata una marcata incidenza di tale componente nel costo complessivo del credito: nei valori medi rilevati nelle aperture di credito, il rapporto CMS/Interessi è passato da valori inferiori al 5% all'inizio degli anni '90, al 16% nel '97 e al 30% nel '09.

L'insorgere di problematiche giuridiche nei rapporti bancari trova alimento in una sospinta logica economica e di mercato, non adeguatamente temperata e condizionata dai più generali interessi pubblici che presiedano la delicata funzione dell'intermediazione bancaria e finanziaria.

Nelle attuali condizioni i margini di negoziazione per il cliente bancario permangono assai limitati, compresi fra un contratto uniforme di adesione e uno *jus variandi* al quale la banca ricorre più frequentemente di quanto risulterebbe giustificato dalle variazioni di mercato. Anche quando il cliente perviene a trattare - non la struttura del contratto bancario che rimane monoliticamente un contratto di adesione - ma la misura delle condizioni economiche di trattamento del rapporto, si trova, all'indomani, modificati unilateralmente tasso, commissioni, oneri e spese

altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari". Si ritiene pertanto che le diverse fasce di credito, contraddistinte da diverse condizioni di tasso e/o CMS, vadano tenute distinte nella verifica d'usura. Si verrebbe, in caso contrario, a confrontare con la soglia d'usura non le singole condizioni ma una media di condizioni. Il disposto normativo sanziona, non l'applicazione di tassi mediamente usurari, ma più semplicemente i tassi usurari.

concordati: in presenza di un'esposizione a debito, per lo più su un fido a revoca, le possibilità di recedere dal contratto e/o di impugnare modifiche contrattuali non adeguatamente giustificate si arrestano alla lettera della norma, risultando di fatto precluse.

Da più parti è stata rilevata la stridente circostanza che la Commissione di Massimo Scoperto non viene dalle banche ragguagliata al credito posto a disposizione, bensì alla massima esposizione del trimestre, configurando un'integrazione degli interessi.

La giurisprudenza è venuta evidenziando gli elementi di criticità connessi alla natura e all'indeterminatezza della CMS, pervenendo frequentemente a sancirne la nullità. Tuttavia le soluzioni alle problematiche giuridiche insorte intervengono spesso a distanza di anni a motivo della fisiologica asincronia che caratterizza l'evoluzione giurisprudenziale, prima di pervenire ad una maturazione e sedimentazione degli orientamenti.

Il ricorso alla Magistratura ha assunto dimensioni ragguardevoli: le contestazioni risultano diffuse in tutto il territorio. I giudizi espressi dagli Organi preposti alla Vigilanza non sembra lascino margini ad aggiustamenti e correzioni, sembrano invece invocare, pur nel riconoscimento di una misurata remunerazione del servizio prestato, un'abrogazione dell'aleatorio sistema di calcolo.

Le modifiche introdotte dall'art. 2 bis della legge n. 2/09, non hanno affatto accolto le istanze da più parti avanzate. Gli effetti di iniquità e vessazione, seppur edulcorati, permangono e risultano, di fatto, legittimati dal disposto legislativo. Analogamente a quanto intervenuto nel '00 con l'anatocismo trimestrale, mentre la Magistratura veniva gradualmente disconoscendo le CMS per nullità di causa e indeterminatezza del sistema di calcolo, è intervenuto il legislatore sancendone liceità e modalità di calcolo.

L'art. 2 bis della legge n. 2/09, l'articolato quanto contorto testo approvato, più che una ponderata mediazione fra stabilità dell'intermediario e tutela del cliente, sembra esprimere un sofferto confronto fra rapporti di forza: negli aspetti sostanziali non risulta scalfita la posizione dominante dell'operatore bancario nel rapporto negoziale con il cliente, che al contrario si consolida con l'introduzione della liceità di forme surrettizie di remunerazione, avulse da concrete giustificazioni di servizio e in

deroga ai principi contenuti negli artt. 820 e 821, che vincolano i frutti alla durata e all'importo effettivo del capitale prestato al cliente.

Nella fiducia che una più estesa liberalizzazione e concorrenza del credito si accompagni ad una maggiore emancipazione dell'utente bancario, il provvedimento di legge adottato dal Parlamento prevede espressamente la Commissione sul massimo scoperto, affiancandola ad un'ulteriore remunerazione sul fido concesso, seppur rimesse alla libertà negoziale delle parti, in un più circostanziato presidio del contorno giuridico di riferimento.

Deboli appaiono gli elementi di riequilibrio e trasparenza introdotti con la previsione del periodo minimo di trenta giorni, della necessità del patto scritto non rinnovabile tacitamente, della natura onnicomprensiva delle commissioni di affidamento.

La ricomprensione delle CMS nel calcolo dell'usura - principale elemento qualificante l'intervento legislativo - risulta, di fatto, in parte vanificato dalle Istruzioni della Banca d'Italia, che, con una singolare formula di calcolo, attribuiscono alle CMS un peso ridotto, svilendone la loro rilevanza nel costo del credito: alle banche permangono ampi margini di modulazioni delle condizioni che consentono di innalzare, attraverso le CMS, il costo del credito senza un proporzionale riflesso sul valore del tasso (TEG) impiegato per misurare l'usura.

In tal modo, più che ricondurre le banche al rispetto delle soglie d'usura, si appresta per esse un singolare metro di misura, avulso da ogni principio finanziario, che consente il rispetto della soglia, anche quando il costo effettivo del credito supera ampiamente i limiti di usura.

La legge 108/96 non indica i criteri di calcolo, così come non individua i parametri qualificanti le categorie di rilevazione, rimessi alla valutazione dell'Autorità amministrativa. Con la metodologia di calcolo proposta dalla Banca d'Italia assumono rilievo e concretezza le perplessità e critiche, che ravvisano circostanze di una norma penale in bianco, in considerazione di valutazioni che, travalicando ordinari principi di matematica finanziaria, vengono ad assumere un pregnante carattere discrezionale¹⁸.

¹⁸ Autori diversi hanno sollevato critiche e perplessità, ravvisando le circostanze di una norma penale in bianco, in quanto il decreto ministeriale che completa la legge non assume esclusivamente una valenza tecnica, ma ha anche un carattere discrezionale. *“Dalla cospicua giurisprudenza costituzionale in materia di riserva di legge e norma penale in bianco, emerge il principio in base al quale il totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo da parte della legge penale, ai fini della individuazione degli*

E' noto che, con l'ampia eterogeneità di rischio del credito che caratterizza sia il territorio che i comparti produttivi del paese, uno stretto limite al tasso di interesse può emarginare dal credito un più ampio numero di imprese, alimentando in tal modo diverse e più gravi forme di usura criminale. Tuttavia, l'accresciuta suddivisione del credito in categorie e classi di importo omogenee, congiuntamente alla maggiorazione del 50% del tasso medio consentita dalla legge, libera apprezzabili margini di gestione dei tassi, più ampi di quelli previsti in altri paesi che hanno adottato misure similari.

La legge affida al Ministero dell'Economia e delle Finanze la determinazione del tasso effettivo medio di riferimento per l'individuazione della soglia d'usura, non l'indicazione della metodologia di calcolo del costo del credito, aspetto che, dalla teoria e dalla prassi finanziaria, è chiaro e definito.

Non si può ritenere che esigenze di mercato e di equilibrio del credito possano giustificare interferenze che travalicano il dettato legislativo e, attraverso forme lasche di definizione del costo del credito, vengano a depotenziare sostanzialmente i principi stessi della legge.

Se il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze continuerà a riportare la menzionata previsione: *“le banche e gli intermediari finanziari al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 19996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, emanate dalla Banca d'Italia”*, per la verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., le banche non impiegheranno il classico e

elementi essenziali del fatto tipico, determina una palese violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale e tale affermazione non investe solo i casi in cui il soggetto attivo sia determinato per rinvio ad una fonte secondaria, ma anche le fattispecie, di gran lunga più numerose, nelle quali è la condotta ad essere individuata per relationem con rinvio ad una fonte regolamentare amministrativa” M. Fedele, Tasso soglia ex l. 108/96 e interessi moratori, profili penali. Cfr. sul tema G. Viciconte, Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme “in bianco”, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1991; G. Sellaroli, Riflessi penali della giurisprudenza civile; F. Mucciarelli, Commento alla legge 108/96.

Sul tema è intervenuta nel 2003 la Cassazione che ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 644 c.p. per violazione dell'art. 3, 25 e 41 della Costituzione in quanto ha ritenuto che la legge 108/96 fissa *“limiti e criteri analitici e circoscritti al punto da rappresentare vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito di una valutazione strettamente tecnica e, come tale, da ritenersi idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice.”*

Tuttavia non sembra che le perplessità al riguardo siano state fugate dalla sentenza: gli interventi a modifica dei criteri di calcolo sono risultati frequenti e significativi.

tradizionale rapporto costo/credito, bensì la somma dei rapporti: interessi/credito + CMS/fido, con tutti i gradi di libertà operativa che tale originale definizione consente.

A parità di importo addebitato al termine del trimestre, la presenza o meno dell'usura dipenderà dalla natura degli addebiti effettuati dalla banca. Quest'aspetto non mancherà di sollevare, in chiave giuridica, dubbi e perplessità, con i conseguenti riflessi nei ricorsi alla Magistratura.

Sino a che non si realizzi una compiuta liberalizzazione e concorrenza, e non si arrivi a condizionare, nel rispetto di principi di *governance* e *compliance*, la funzione di intermediazione al sovra-ordinato interesse pubblico dello sviluppo economico, i principi che regolano il mercato e la sospinta ricerca dei margini di bilancio, indirizzeranno le banche ad un impiego distorto delle CMS.

Con l'esplicita previsione, introdotta dalla legge n. 2/09, di una specifica remunerazione per la messa a disposizione del credito, le CMS sul massimo utilizzo non hanno più ragione di esistere: si configurano soltanto come un pericoloso balzello, legato all'aleatorietà e accidentalità dei flussi di cassa: non può non auspicarsi una loro rapida abolizione.

dott. Roberto Marcelli

Roma 20 maggio '09