

ISSN 0557-1391

NUOVA SERIE - ANNO LII

Pubblicazione trimestrale

Fasc. 3 - Luglio-Settembre 2009

**RIVISTA ITALIANA**  
DI  
**DIRITTO E PROCEDURA**  
**PENALE**

*FONDATA DA*  
GIACOMO DELITALA

*DIRETTA DA*  
G. VASSALLI - M. GALLO - G. CONSO  
A. CRESPI - G. DE LUCA - D. SIRACUSANO  
M. PISANI - A. PAGLIARO - C.F. GROSSO  
G. LOZZI - G. MARINUCCI - E. MANTOVANI  
M. ROMANO - V. GREVI - D. PULITANÒ  
T. PADOVANI - E. MUSCO - E. DOLCINI  
A. GIARDA - F.C. PALAZZO

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE - 2009 - Fasc. 3



GIUFFRÈ EDITORE

d) Giudizi di merito

I

Tribunale penale di Palmi,  
sentenza 8 novembre 2007 n. 1732/07  
(depositata il 27.11.2007),

V. Giglio, Presidente ed estensore, a carico di D.M. + 8

**Usura - Commissione di massimo scoperto - Costo collegato all'erogazione del credito che funge da corrispettivo per l'onere, cui l'intermediario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente - Onere rilevante ai sensi dell'art. 644 c.p. - Istruzioni della Banca d'Italia - Difficoltà di inserimento nella determinazione del Tasso effettivo globale medio - Calcolo separato - Simmetria applicativa con il calcolo del tasso soglia - Individuazione della soglia di rilevanza penale della Commissione di massimo scoperto, data dal valore medio indicato separatamente nei Decreti ministeriali, aumentato del 50%.**

*La Commissione di massimo scoperto è da intendersi quale il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dovere essere sempre in grado di fronteggiare un'espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Trattasi di una voce che i decreti ministeriali e le istruzioni della Banca d'Italia rilevano separatamente nel valore medio ed escludono dal novero dei componenti considerati nella formula di calcolo del tasso effettivo globale medio, poiché, a differenza dell'interesse, detta commissione non è rapportata al tempo ma al comportamento dell'utilizzatore del credito. Ciò malgrado è lo stesso quarto comma dell'art. 644 c.p. ad imporre che ogni commissione, collegata all'erogazione del credito, debba essere tenuta in considerazione come elemento potenzialmente produttivo di usura ove sia stata superata la soglia. Il limite oltre il quale essa acquisisce rilevanza penale, per ragioni di simmetria applicativa con il tasso effettivo globale medio e di certezza giuridica, è dato dal valore medio, indicato nei decreti ministeriali, aumentato del 50%.*

II

Tribunale di Lecce

sentenza n. 158 del 6 marzo 2008 (depositata il 12.04.2008),  
Giudice udienza preliminare, V. Scardia, a carico di G.F + 5

**Usura - Norma penale in bianco - Fatto tipico e decreti ministeriali che rilevano trimestralmente i tassi soglia - Violazione della riserva di legge se l'interprete o il tecnico ricorrono ad operazioni ermeneutiche additive di elementi estranei a quelli presi in considerazione dal cd. legislatore amministrativo - Inammissibilità della disapplicazione dei decreti ministeriali, che recepiscono quanto a contenuto e criteri di calcolo le Istruzioni della Banca d'Italia**

e dell'U.I.C., per inoperatività della norma penale in bianco in conseguenza dell'assenza dei parametri per la determinazione della soglia legale dell'usura.

*Nella determinazione del fatto tipico e nella verifica se lo stesso è ricadente nella previsione incriminatrice dell'art. 644 c.p. non è ammissibile ogni operazione ermeneutica 'additiva' di elementi estranei a quelli presi in considerazione dal c.d. legislatore amministrativo, pena altrimenti la creazione di una diversa fattispecie incriminatrice, in aperta violazione del dettato di cui agli artt. 25, co. 2°, Cost. e 1 c.p.*

*Nè può procedersi alla disapplicazione dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo, sul presupposto della parziale elusione delle prescrizioni di legge quanto alla determinazione dell'effettivo costo del credito, poiché, venendo meno la norma secondaria, rimarrebbe inoperante ed insuscettibile di applicazione quella 'in bianco', in assenza dei parametri necessari per la determinazione della soglia legale dell'usura.*

I

(Omissis )

Si intende per CMS, secondo la definizione che ne dà la Banca d'Italia nelle sue istruzioni, il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dovere essere sempre in grado di fronteggiare un'espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Si tratta di una voce non espressamente menzionata nel testo dell'art. 644 c.p.. Le istruzioni dell'istituto centrale hanno comunque inteso assicurarne la rilevazione prescrivendo tuttavia che la stessa sia fatta separatamente e che la CMS non entri nel calcolo del TEGM.. Va infine segnalato che il 2.12.2005 la Banca d'Italia ha emesso il bollettino di vigilanza n° 1166966 in cui, per la prima volta, ha introdotto il concetto di CMS soglia (consistente nella CMS media aumentata del 50%) in analogia alla metodica utilizzata per la determinazione del TEG soglia. Nello stesso bollettino si precisa poi che "l'applicazione di commissioni che superano l'entità della CMS soglia non determina di per sé l'usurarietà del rapporto che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. A tale fine, per ciascun trimestre l'importo della CMS percepita va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti. Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla CMS soglia sia inferiore a tale margine, è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge". La Banca d'Italia ha comunque avuto cura di precisare che le istruzioni contenute nel bollettino in esame obbediscono sì all'esigenza di fornire una possibile soluzione interpretativa ai tanti dubbi espressi dall'autorità giudiziaria e da altri organismi ma non sono in ogni caso vincolanti ai fini dell'interpretazione della Legge 108/96. È questo dunque il quadro con cui confrontarsi. Il problema che si pone per primo è strettamente connesso alla scelta della Banca d'Italia di escludere la CMS dal novero delle voci che entrano nella formula matematica per il calcolo del TEGM. C'è ovviamente una ragione che giustifica quest'esclusione e consiste in

ciò che, a differenza dell'interesse, la CMS non è rapportata al tempo ma al comportamento dell'utilizzatore del credito (che può liberamente scegliere di servirsi o non servirsi della provvista che l'intermediario si è obbligato a tenere a sua disposizione). È dunque legata ad un fattore variabile che mal si adatta ad essere utilizzato in una formula che richiede invece parametri fissi. Ebbene, sulla scia della metodica adottata dalla Banca d'Italia si è innestato un confronto dibattimentale cui hanno contribuito tutti i consulenti delle parti processuali. Una prima possibilità interpretativa ed applicativa è quella proposta dai consulenti di alcuni degli imputati, in particolare i professori D'Innella e Ferro - Luzzi. Da parte di costoro si sostiene dunque (per comodità si fa riferimento al loro contributo complessivo, tanto più che la parte concettuale dei loro contributi poggia su considerazioni assai affini) che:

— il fondamento tecnico ed i parametri cui è legata la CMS sono profondamente diversi da quelli dell'interesse; la concreta configurazione della prima è strettamente connessa al comportamento dell'utilizzatore del credito sicché, se se ne tenesse conto ai fini della fattispecie di usura, la consumazione del reato dipenderebbe in ultima analisi dal comportamento della parte offesa e non da quello del preteso soggetto agente che, peraltro, non avrebbe alcuna possibilità giuridica di impedire o limitare quel comportamento;

— fino al 2006 le comunicazioni che la BANCA D'ITALIA ha ricevuto dagli istituti di credito riguardavano indistintamente sia la CMS applicata sui conti con fido accordato che la CMS applicata sui conti senza fido accordato; è stato quindi determinato un tasso medio di CMS che unisce importi non comparabili tra loro; i conti con fido accordato sono infatti preceduti da un attento monitoraggio del merito creditizio del cliente e in questo caso la CMS può essere variata a seconda del grado di rischio che la banca si assume; nel secondo caso, invece, le banche tendono ad applicare la CMS nel grado massimo possibile poiché non hanno sufficienti informazioni sul comportamento che terrà il cliente e sul rischio che gliene deriverà; proprio per questa ragione, a partire dal 2006 la banca centrale ha chiesto che le comunicazioni in materia di CMS vengano fatte solo per i conti con fido accordato;

— sempre per queste stesse ragioni è improprio che il tasso soglia della CMS sia stato determinato con la stessa metodica utilizzata per il TEG; mentre infatti per quest'ultimo ha senso l'aumento del 50% del tasso medio (poiché studi matematico — statistici hanno dimostrato che una forbice di questa misura ha effettivamente una concreta connessione con quanto avviene sul mercato), lo stesso non vale invece per la CMS che, al contrario, non è stata oggetto di studi analoghi;

— la Legge 108 del 1996 fa espresso riferimento solo al TEGM e non ha mai menzionato la CMS che è invece presa in considerazione da una fonte di rango non normativo quali sono le istruzioni della Banca d'Italia (che dovrebbero piuttosto essere inquadrate come atto amministrativo di portata generale).

La conclusione ovvia di queste argomentazioni è che la CMS non può essere utilizzata come componente per il calcolo del TEGM ma neanche avere un rilievo autonomo nel senso cioè che possa essere autonomamente produttiva di usura ove sia stata superata la soglia.

Di segno ovviamente opposto sono state le argomentazioni del consulente delle parti civili, Dott. Pollio, il quale si è invece speso, con dovizia di dati ed elementi logici, per documentare la tesi contraria secondo la quale la CMS va tenuta

in considerazione quale fattore rilevante e potenzialmente produttivo di usura nei rapporti creditizi.

Per venire a capo di questo evidente contrasto tra posizioni nessuna delle quali appare arbitraria o priva di valore scientifico, il Tribunale ha fortunatamente a disposizione i principali criteri ermeneutici offerti dall'art. 12 delle Preleggi e dunque il dato letterale e la *ratio legis*. Il tenore testuale del quarto comma dell'art. 644 c.p. è chiarissimo laddove prevede che: "Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto di tutte le commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito".

E proprio da questa chiarezza espressiva discende un'altrettanto chiara volontà legislativa: quella cioè di considerare rilevanti nell'ambito della fattispecie di usura tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione al suo uso del credito. Stando così le cose, la soluzione è piuttosto agevole. La CMS è certamente un costo che trova la sua fonte in un rapporto negoziale tra un cliente ed un intermediario finanziario. Non solo: si tratta di un costo che, indiscutibilmente, è collegato all'erogazione del credito giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente l'apertura di credito concessagli dall'intermediario e funge da corrispettivo per l'onere, cui esso intermediario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente.

È dunque la stessa legge, e non una qualche istruzione della Banca d'Italia, ad imporre che la CMS sia tenuta in considerazione come elemento potenzialmente produttivo di usura. Stabilito questo primo principio, resta da valutare l'incidenza delle difficoltà tecniche cui hanno accennato i consulenti delle difese degli imputati. Si tratta, occorre riconoscerlo, di difficoltà serie e di solido fondamento scientifico, tanto che la stessa Banca d'Italia, fin dall'entrata a regime della Legge 108, non ha trovato di meglio che ricorrere ad un calcolo differenziato della CMS riconoscendo per ciò stesso l'impossibilità di selezionare una formula che facesse confluire questa voce nel calcolo del TEG. Di ciò il Tribunale non può che prendere atto non disponendo, ovviamente, di alcuno strumento logico o interpretativo che possa colmare una lacuna della scienza contabile. D'altro canto, non è neanche possibile che una difficoltà di tal genere possa porre nel nulla una legge vigente. Ed allora, l'unica soluzione possibile è che la CMS — che, lo si ribadisce, è un onere sicuramente compreso tra quelli menzionati dal quarto comma dell'art. 644 c.p. — sia rilevante di per se stessa e cioè possa, in presenza dei necessari elementi costitutivi, generare autonomamente una condizione usuraria nel rapporto tra datore e prenditore di credito.

La conclusione appena raggiunta porta con sé un inevitabile corollario. Se la CMS rientra a pieno titolo tra gli oneri menzionati dal quarto comma dell'art. 644 e se è impossibile allo stato attuale inserirla congruamente nel calcolo del TEGM tanto da doverla prendere in considerazione come elemento dotato di autonoma rilevanza penale, allora la soluzione, presentata peraltro con estremo beneficio d'inventario, proposta dalla Banca d'Italia nel bollettino del dicembre 2005, quella cioè di confrontare la CMS con gli interessi e fare una sorta di conguaglio tra ammontari ultrasoglia ed ammontari infrasoglia, è impraticabile. Se infatti le dinamiche ed i fattori di formazione degli interessi sono disomogenei ed incompatibili con le dinamiche ed i fattori di formazione della CMS, altrettanto disomo-

genee ed incomparabili saranno le cifre finali. C'è ancora una questione da affrontare.

Qual è il limite oltre il quale la CMS acquisisce rilevanza penale? Quello superiore al valore medio rilevato nei decreti ministeriali o quello superiore al valore medio aumentato del 50%?

Si è sottolineato in precedenza che solo a partire dal dicembre del 2005, con il bollettino 1166966, la Banca d'Italia ha introdotto il concetto di CMS soglia, da calcolarsi similmente al TEG soglia ovvero sia individuando il valore medio e poi aumentandolo del 50%.

Senonché, i fatti oggetto di questo processo sono invariabilmente avvenuti in epoca precedente al dicembre 2005 e dunque in periodi nei quali le istruzioni della banca centrale e dell'UIC non contenevano alcun accenno a questo nuovo concetto e si limitavano a prescrivere la semplice rilevazione separata del valore medio della CMS.

A quale parametro si deve dunque agganciare la valutazione giudiziaria?

Il perito Dott. Criscuolo ha scelto di utilizzare il criterio della CMS soglia e di considerare pertanto indebiti soltanto i casi di sfioramento del valore medio aumentato della metà. Il Tribunale ritiene che questo criterio sia condivisibile. Esistono più ragioni a sostegno di questa tesi.

C'è anzitutto un fatto di mera simmetria applicativa. In un contesto che, come si è visto, è caratterizzato da una certa dose di incertezze interpretative, la chiarezza e la sistematicità delle prassi finiscono per avere un importante ruolo di supporto agli operatori. È quindi preferibile che il calcolo di due valori che, ancorché autonomamente rilevanti, si inseriscono nel medesimo rapporto sia fatto secondo metodiche affini o addirittura uguali.

Ancora: valgono per la CMS le stesse considerazioni che hanno spinto il legislatore a prevedere il concetto di TEG soglia; ragioni di civiltà e di certezza giuridica impediscono di creare un sistema in cui l'acquisizione di un corrispettivo di per se lecito ed in misura prossima alla media possa dar luogo a responsabilità penale; in altri termini, il superamento del cuscinetto aggiuntivo del 50% (percentuale in cui, peraltro, si intravede una significativa assonanza con la lesione ultra dimidium *ex art. 1448 comma 2° Cod. Civ.*) è ciò che trasforma un comportamento lecito e congruo alle dinamiche del mercato in un comportamento riprovevole e meritevole di sanzione penale; e queste considerazioni valgono indistintamente per il TEG e per la CMS.

Infine: è principio generale del nostro ordinamento che l'interpretazione debba avvenire ove possibile *in bonam partem* e dunque nel senso più favorevole all'imputato.

C'è dunque quanto basta perché il Tribunale faccia propria la tesi del Dott. Criscuolo. Il discorso fin qui fatto non sarebbe completo se mancasse di prendere in esame un ultimo aspetto sollevato da vari difensori degli imputati.

Si è detto dunque da parte di costoro che se la CMS non è nominativamente menzionata nel quarto comma dell'art. 644, se la Banca d'Italia ha sempre prescritto di rilevarla separatamente dal TEG e non ha mai trovato il modo di far confluire i due valori in uno soltanto, se insomma la CMS è rimasta fino ad oggi un oggetto oscuro e dagli effetti scarsamente decifrabili, tutto questo non può che risolversi nell'impossibilità di farne uso come elemento oggettivo del reato di usura.

La questione, pur suggestiva, non ha alcun pregio pratico.

Si è già detto, e non lo si ripeterà, che l'art. 644 prescrive di includere, ai fini della valutazione della ricorrenza dell'usura, tutti gli oneri comunque collegati al credito.

Si è pure detto che la CMS rientra certamente in questo novero per via delle sue caratteristiche funzionali. Già questo basterebbe poiché si tratta di considerazioni elementari alla portata di chiunque operi professionalmente nel credito.

Ma c'è di più: la Banca d'Italia, pur nel modo che si è visto, ha sempre riposto attenzione su questa voce e ne ha sempre prescritto la rilevazione in quanto rilevante in materia di usura. Anche la banca centrale ha dunque dato, senza alcuna incertezza, un chiaro segnale al mondo bancario fornendogli peraltro, assieme all'UIC ed al Ministro dell'Economia, un'indicazione precisa riguardo al fatto che la CMS andasse, per così dire, maneggiata con cura e fosse suscettibile di conseguenze di rilevanza penale.

È allora evidente che interpretazioni volte a banalizzare questi dati — ma ancor prima la logica del sistema costruito dal legislatore — e a trasformare gli operatori del credito in soggetti bisognosi di istruzioni di dettaglio per non violare la legge, non possono trovare alcuna accoglienza. (Omissis)

## II

(Omissis). Orbene, nel rispondere al quesito domandato dal P.M. volto a stabilire " ...se il tasso di interesse applicato al rapporto finanziario intercorso tra il denunciante e la banca fosse o meno conforme alle previsioni di legge ...", il consulente ha escluso che il TEG applicato al C. abbia mai superato il c.d. tasso soglia.

I risultati del conteggio effettuato secondo la metodologia di calcolo impiegata dalla Banca d'Italia sono esposti a fol. 16 della relazione: per tutta la durata del rapporto presa in considerazione (aprile 1997- dicembre 2004), invero, il TEG è sempre stato (anche per diversi punti percentuali) inferiore ai limiti massimi (TEGM maggiorato del 50%) superati i quali lo stesso diventa usurario *ex lege* (art. 644, co. 3°, c.p.).

Vi è, però, che il C.T. ha prospettato una soluzione di calcolo "alternativa", basata su di una formula standard di matematica finanziaria generalmente impiegata per il calcolo dell'interesse semplice, utilizzabile laddove si voglia " ignorare il contenuto delle circolari della Banca d'Italia ..." e dunque " .... comprendendo ogni remunerazione a qualsiasi titolo collegata al rapporto...".

Sono stati così computati, in aggiunta agli interessi, le spese comprese nel costo del credito (riportate per ciascun intervallo nell'ultima colonna dello specchio riepilogativo a fol. 20 della relazione) e gli interessi aggiuntivi gravanti sul correntista per effetto del differimento delle date di valuta delle operazioni a credito e dell'assegnazione di una valuta anteriore alla data della contabilizzazione per quelle a debito (riportate nella penultima colonna a fol. 20).

Sono rimaste escluse le commissioni di massimo scoperto e le spese generali di tenuta del conto.

In tal modo si è ottenuto uno "sforamento" del tasso consentito nei periodi indicati *sub a)* dell'imputazione.

È a quest'ultima opzione di calcolo che il P.M. ha fatto riferimento, facendola propria, nell'esercitare l'azione penale nei confronti degli odierni imputati.

Per quanto suggestiva, ad essa non può aderirsi. L'art. 644 c.p. è una norma penale parzialmente in bianco che, nel rinviare ad una fonte secondaria per la tipizzazione della fattispecie, rispetta senz'altro il principio della riserva di legge in materia penale.

(Omissis).

Il dettaglio dei criteri stabilito dalla legge è dunque tale da rendere la fonte non legislativa un atto meramente ricognitivo, destinato a "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari distinti per classi omogenee di operazioni, secondo parametri di certezza ed obiettività, e con l'intervento degli organi istituzionalmente deputati a compiere siffatte registrazioni (Cass. n. 20148/2003 citata).

Tale essendo il sistema di integrazione della norma penale in bianco, reputa il decidente che l'individuazione del fatto tipico ricadente nella previsione incriminatrice dell'art. 644 c.p. debba essere operata esclusivamente in base alla determinazione dei tassi trimestralmente pubblicati sulla G.U. con decreto del Ministro del Tesoro. Ogni operazione ermeneutica "additiva" di elementi estranei a quelli presi in considerazione dal c.d. legislatore amministrativo si risolvrebbe nella creazione — da parte dell'interprete o del tecnico — di una diversa fattispecie incriminatrice, in aperta violazione del dettato di cui agli artt. 25, co. 2°, Cost. e 1 c.p..

Né potrebbe procedersi alla disapplicazione dell'atto amministrativo (ritenuto illegittimo sul presupposto della parziale elusione delle prescrizioni di legge quanto alla determinazione dell'effettivo costo del credito), da individuarsi non già nelle 'Istruzioni' e nelle rilevazioni periodiche della Banca d'Italia e dell'U.I.C., ma nei singoli decreti ministeriali che le recepiscono quanto a contenuti e criteri di calcolo e che concorrono — una volta pubblicati nella G.U. — a completare la fattispecie incriminatrice in quanto, venendo meno la norma secondaria, rimarrebbe inoperante ed insuscettibile di applicazione quella 'in bianco' in assenza dei parametri necessari per la determinazione della soglia legale dell'usura.

Né possono sottacersi le ricadute (negative) di una siffatta impostazione sulla certezza del diritto, essendo la condotta degli operatori del sistema creditizio, ancorché informata alle rilevazioni ed alle determinazioni del TEGM effettuate dagli organi istituzionali che riempiono di contenuto la norma penale in bianco, suscettibili di diversa valutazione a seconda della nozione di omnicomprensività del tasso usurario e del metodo di calcolo fatta propria di volta in volta dal singolo giudice o dal singolo consulente tecnico contabile.

Senza tralasciare, poi, la davvero ardua dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico del reato de quo in relazione a tassi "ufficiali" — che le banche e gli intermediari finanziari hanno anche l'obbligo di legge di pubblicizzare alla clientela — ed ai criteri di calcolo delle < Istruzioni per la rilevazione del TEGM ai sensi della legge sull'usura > emanate dalla Banca d'Italia e dall'U.I.C. cui essi devono " attenersi" al fine di verificare il rispetto di cui all'art. 2, co. 4°, L. n. 108/1996 secondo le previsioni di cui all'art. 3, co. 2°, di ciascuno dei decreti ministeriali emanati trimestralmente dal Ministero del Tesoro.

Ma anche sotto un profilo logico la soluzione alternativa proposta dal C.T. del P.M. non può accogliersi. Essa, infatti, utilizza una formula di matematica finanziaria diversa da quella impiegata dalla Banca d'Italia, per periodi non coincidenti con i trimestri oggetto delle rilevazioni e per date eterogenee (saldo contabile

invece che saldo liquido); ancora, come s'è detto, comprende elementi di calcolo (relativi all'antergazione ed alla postergazione delle valute ed a talune voci di spesa) estranei alle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia e dall'U.I.C..

È evidente come i risultati finali delle operazioni (quella del C.T. e quella degli organi istituzionali) non siano tra loro comparabili, trattandosi di dati tra loro disomogenei (per composizione e metodologia di computo) e dunque non raffrontabili. (Omissis).

### Usura e Commissione di Massimo Scoperto: profili di indeterminazione della fattispecie.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sentenza n. 1732/07 del Tribunale penale di Palmi. — 3. La Commissione di massimo scoperto e la prassi bancaria. — 4. Il meccanismo dei tassi soglia ed il rinvio alla normativa secondaria: il ruolo della C.m.s. — 5. Le denunce-querelle e la comparazione tra dati disomogenei: una recente sentenza del G.U.P. del Tribunale di Lecce. — 6. La Comunicazione del 2 dicembre 2005 della Banca d'Italia: perplessità. — 7. Conclusioni.

1. *Premessa.* — Numerose questioni alimentano, senza pace, il contenzioso relativo ai contratti di conto corrente bancario, in uno sfondo in cui appaiono sempre più evidenti le spinte sociali verso la tutela del cliente della banca. Tra i tanti argomenti su cui, da qualche tempo, si incentra maggiormente il dibattito in sede giudiziale, meritevole di particolare riflessione si dimostra l'impatto della commissione di massimo scoperto (d'ora innanzi, per brevità, C.m.s.) nella concreta determinazione del Tasso effettivo globale medio annuo (T.e.g.m.) ai sensi della normativa antiusura (1) (Legge n. 108/1996). Le considerazioni che seguono intendono fare il punto sul controverso dibattito in corso (2), di cui offrono contezza i provvedimenti che si annotano, contraddistinti da una rilevante difformità esegetica nell'interpretazione ed applicazione dei criteri dettati dal legislatore c.d. amministrativo. Nell'analisi, caratterizzata da una forte interdisciplinarietà e da una scarsa elaborazione giurisprudenziale, si cercherà di comprendere se gli atti normativi subordinati siano coerenti con la normativa primaria o se emergano, al

(1) La letteratura in ordine al reato di usura è vastissima; tra i più recenti contributi, con specifico riferimento al tema dell'anatocismo e della c.m.s., vedasi: S. BOATTO, *L'anatocismo bancario tra illecito civile e rilevanza penale*, in *Giur. comm.*, 2006, n. 5, II, 841, nota a Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 4/11/2004, n. 21095, ed a Trib. Trani, Ufficio G.i.p., ordinanza 10/10/2005; P. CAPON, *Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, n. 3, 631; P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, nota a Trib. Monza, 12 dicembre 2005, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2007, II, 204 e ss.; F. APICERNI FERRI, *Rischio usura, allarme nelle banche*, in *Italia Oggi*, 18 febbraio 2006; M. POLLIO - E. BARGELLI, *Le indicazioni della Banca d'Italia*, in *Italia Oggi*, 26 giugno 2006; P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo. (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, *Giur. comm.*, 2006, n. 5, 671; P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode. Usura, Appropriazione indebita, Ricettazione, Riciclaggio*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Vol. VII, Tomo II, Padova, 2007, 30 e ss.; C. BONORA, *L'usura*, Padova, II ed., 2007, 82 e ss.; M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2008, n. 10, II, 351 e ss..

(2) La C.m.s. è al centro di varie iniziative giudiziarie di forte impatto mediatico. Vedasi, di recente, D. FRECCERO, *Usura, i magistrati contro Bankitalia*, in *Il Secolo XIX*, 25 giugno 2008, visibile in: <http://ilsecoloxix.ilsole24ore.com/savona/2008/06/25/1101589046430-Usura-i-magistrati-contro-Bankitalia.shtml>; T. BENEDEUCE, *Il Gip: imputati per usura i vertici della banca*, in *Il Corriere del Mezzogiorno*, 10 giugno 2008; I. TOLETTINI, *Tassi usurari alla ditta? Indagini su due banche*, in *Il Giornale di Vicenza*, 12 maggio 2008; F. SELVATICI, *Quel bancario è un usurario*, in *La Repubblica - Firenze*, 7 dicembre 2007; L. SPEZIA, *Cravattari in guanti bianchi*, in *La Repubblica - Bologna*, 26 ottobre 2007.

contrario, ambiguità suscettibili di inficiare, in qualche modo, la determinatezza della stessa fattispecie penale di usura *ex lege*.

2. *La sentenza n. 1732/07 del Tribunale penale di Palmi.* — Un interessante spunto di riflessione è offerto dalla recente pronuncia del Tribunale penale di Palmi, che qui si annota, che ha ritenuto di assolvere dai reati, rispettivamente contestati, i nove imputati (3), tra cui vari esponenti di vertice del mondo creditizio, con la

(3) La sentenza, pronunciata l'8 novembre 2007 e richiamata anche in *Guida al diritto*, 2008, n. 5, 79, ha rilevato che l'accusa, tutte le volte che ha riguardato i presidenti delle banche, ha addebitato loro il concorso in usura in quanto rappresentanti legali delle stesse e responsabili delle direttive generali così come esplicitate nei fogli illustrativi. Ma la prima delle due qualifiche, ha osservato il Tribunale di Palmi, è del tutto insignificante ai fini dell'eventuale concorso. La rappresentanza legale è infatti un istituto prettamente civilistico in virtù del quale un soggetto acquisisce il potere di agire in nome e per conto di un altro soggetto; trattasi di qualifica, ritenuta, di per sé non rilevante in materia penale poiché non implica necessariamente una partecipazione cosciente e volontaria al fatto-reato né può essere assunta a base di una responsabilità da posizione che finirebbe per diventare una sorta di responsabilità oggettiva. Quanto alla seconda qualifica, quella cioè connessa all'asserita responsabilità dell'emissione delle direttive generali e dei fogli illustrativi che ne costituiscono l'esplicazione, la sentenza ha affermato, contrariamente alla prospettiva accusatoria secondo cui al ruolo presidenziale è connaturale una funzione operativa e questa è così scontata da non meritare alcun approfondimento, che la questione meriti una verifica in concreto e caso per caso. Il Tribunale, dopo aver richiamato un consolidato indirizzo interpretativo di legittimità, di cui si trova traccia in Cass. pen., sez. IV, sent. n. 2592 del 28.09.2006, secondo cui: "... Il legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni non è responsabile allorché l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di questi siano stati in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, nonché dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la completa gestione degli affari inerenti a determinati servizi", ha sottolineato che tutti gli istituti di credito, interessati al processo, avevano adottato un sistema che affidava ad un'articolazione centralizzata e semipale, variamente denominata direzione centrale o generale, e solitamente posta in posizione subordinata al consiglio di amministrazione, la determinazione delle condizioni applicate alla clientela e, dunque, anche dei tassi.

La sentenza, in conseguenza di una serie di dati, concernenti l'organizzazione funzionale interna, acquisiti in istruttoria, ha riconosciuto che i presidenti dei consigli di amministrazione degli istituti di credito, imputati nel processo, pur essendo rappresentanti legali della banca, non avevano mai ricevuto deleghe operative o compiti gestionali di qualsivoglia tipo, risultando i relativi poteri soltanto quelli previsti dallo statuto. Da ciò l'affermazione di esonerazione da responsabilità per non aver mai partecipato ai fatti contestati.

Con riferimento, inoltre, ai direttori ed ai funzionari, ossia all'altro gruppo di imputati, il Tribunale dava atto che, dal tenore testuale dei capi di imputazione, il P.M., tutte le volte in cui le contestazioni avevano menzionato i soggetti non di vertice delle banche con cui il gruppo imprenditoriale aveva intrattenuto rapporti, si era premurato di precisare che costoro avrebbero avuto la possibilità di intervenire per riportare i tassi entro le soglie di legge. Ma alla domanda volta a comprendere se spettasse giuridicamente ai direttori ed ai funzionari, interessati a livello locale, intervenire, in senso correttivo, su condizioni e tassi eccedenti i limiti massimi indicati dalla legge, la sentenza ha fornito, assolvendoli, risposta negativa, precisando che, dall'istruttoria dibattimentale, nella quale gli imputati avevano accettato di essere esaminati, era emerso che "quale che sia il sistema societario adottato, i grandi istituti di credito tendono ad enfatizzare, e per giunta in modo progressivamente più intenso, i poteri di indirizzo e di gestione del centro riducendo contestualmente entro margini sempre più angusti i poteri delle strutture periferiche". In altri termini, negli istituti di credito coinvolti "la competenza a stabilire le condizioni applicabili alla clientela era incardinata presso una struttura centrale sicché i livelli locali avevano al riguardo solo poteri propositivi normalmente esercitati in senso migliorativo". Inoltre, si faceva notare che gli istituti di credito, al pari di tutti gli intermediari sottoposti ai poteri autoritativi ed alla vigilanza della Banca d'Italia, avevano dovuto dotarsi di sistemi di controllo informatico, periodicamente potenziati ed affinati, volti ad impedire preventivamente violazioni della legge 108. Sistemi conformi alle Istruzioni della Banca d'Italia. La sentenza, dopo aver constatato che questi software si erano rilevati inadeguati, attesi i ripetuti sforamenti segnalati dal Perito di ufficio, ha osservato che ciò che rileva nel processo "è che nella percezione di un qualunque dipendente di uno qualsiasi di questi istituti, esisteva un sistema in grado di impedire preventivamente l'applicazione di condizioni illecite". In sostanza, le banche erano dotate di programmi di software che gestivano in modo automatico questo aspetto dei rapporti, sicché nessun funzionario poteva modificarli a suo piacimento, e ove fosse stato inserito un tasso superiore a quello massimo indicato dal sistema, il programma non l'avrebbe accettato. La sentenza ha ritenuto, dunque, "evidente l'insostenibilità della tesi secondo la quale i direttori e, a fortiori, i funzionari fossero giuridicamente tenuti a riportare i tassi entro i limiti di legge. Mancava loro infatti la possibilità concreta di farlo essendo privi di competenze funzionali al riguardo". Il provvedimento, che ha suscitato immediatamente non poche polemiche, vedasi

formula “per non aver commesso il fatto”, pur avendo riconosciuto, all’esito di un’articolata fase dibattimentale, l’esistenza di un’usurarietà oggettiva subita da un importante gruppo imprenditoriale, nell’ambito di taluni rapporti di conto corrente accesi presso vari istituti di credito. Il perito d’ufficio, proveniente dalla Banca d’Italia, di cui la sentenza ribadiva il massimo grado di autonomia ed indipendenza e “ciò a prescindere dal fatto che il suo capitale appartenga in parte, per retaggio storico, ad alcune delle banche sulle quali la Banca d’Italia esercita la sua funzione di vigilanza” (4), aveva accertato, come si legge nella parte motiva del provvedimento, una serie di sforamenti, in alcuni trimestri, ora nei confronti del tasso cd. soglia, ora nei confronti della C.m.s. cd. ‘soglia’, ora nei confronti di entrambe dette grandezze. La sentenza in questione, dando atto di una certa attenzione ai contributi tecnici offerti dalle parti, caratterizzati da marcate differenze concettuali e visioni diametralmente opposte nella relativa metodologia di calcolo, appare particolarmente interessante per aver sottoposto ad un qualche vaglio critico il ruolo della Banca d’Italia nella formulazione matematica dei criteri per il calcolo del T.e.g.m., esaminando gli oneri e le commissioni che l’Organo di vigilanza e l’U.I.C. hanno, con il tempo, preso in considerazione nelle Istruzioni impartite alle banche ed agli altri intermediari finanziari per la segnalazione dei dati occorrenti per la rilevazione del T.e.g.m. (tasso effettivo globale medio). Tra essi, significativa importanza assume proprio la C.m.s., attesa la controversa natura giuridica e la scarsa trasparenza nella relativa modalità di calcolo.

Il Tribunale di Palmi, dopo aver ritenuto non violato il principio della riserva di legge in materia penale, derivante dalle competenze che la Legge n. 108 ha attribuito al Ministro dell’Economia, in aderenza ad una recente pronuncia della

<http://www.nuovacosenza.com/cs/08/febbraio/usura.html> ed anche <http://www.aduc-funzionesociale.it/primopiano/default.asp?id=313&offset=&a=>, è stato appellato dalla Procura generale di Reggio Calabria.

(4) L’attuale configurazione della Banca d’Italia è il frutto di una complessa evoluzione normativa. Essa nacque come ente associativo, con il capitale diviso in quote, e conserva tuttora tale struttura. Al momento dell’unificazione nazionale operavano in Italia sei istituti di emissione. Le disposizioni legislative all’epoca emanate (nel 1874, nel 1881 e nel 1891), al fine di disciplinare in modo organico l’emissione, non riuscirono ad evitare una grave crisi che investì l’intero comparto. Su iniziativa del Governo, venne promosso un incontro tra gli esponenti delle tre Banche aventi struttura di società per azioni (la Banca nazionale del Regno, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di credito) per poter procedere alla fusione dei tre istituti. L’accordo fu raggiunto rapidamente e con la convenzione 18 gennaio 1893 nacque la Banca d’Italia, anch’essa società privata con scopo di lucro, cui fu riservato il privilegio dell’emissione in un regime di concorrenza con i due banche meridionali (Banca di Napoli e Banca di Sicilia). Nel 1894 la Banca d’Italia veniva incaricata di gestire il servizio di tesoreria provinciale dello Stato e nel 1895 fu introdotta, per la prima volta, una disciplina legislativa delle anticipazioni degli istituti di emissione al Tesoro. Il processo evolutivo venne a maturazione nel 1926, anno in cui fu tolta ai due Banche meridionali la facoltà di emettere biglietti, divenendo l’unico istituto di emissione dello Stato italiano. Al tempo stesso venne attribuita alla Banca d’Italia la gestione del servizio della stanza di compensazione, una volta di spettanza delle Camere di commercio. Sempre nel 1926 risale l’attribuzione alla Banca d’Italia del primo embrionale sistema di vigilanza bancaria, nato allo scopo di porre fine ad una situazione di grave disordine nel sistema creditizio, dando luogo, tra l’altro, alla chiusura degli sportelli della Banca Italiana di sconto e della Banca Agricola Italiana. Nel 1927 alla Banca d’Italia venne affidato il controllo sul corso dei cambi e, nonostante la sua configurazione di società per azioni, veniva già riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza la natura di ente pubblico, poi accolta normativamente dall’art. 20 della legge bancaria del ‘36. Con il processo di quasi totale privatizzazione del sistema bancario, si determinò una situazione di fatto incompatibile con l’ordinamento statutario della Banca: la maggior parte delle quote di partecipazione erano detenute, agli inizi del Duemila, da società private, in qualche misura ancora sotto il controllo delle c.c. dd. Fondazioni bancarie, delle quali, dopo un serrato dibattito, fu affermata dalla Corte costituzionale, la natura privata.

La dottrina più rigorosa non ha mancato di sottolineare il palese macroscopico conflitto di interessi (G. Rossi, *Capitalismo opaco*, Editori Laterza, 2005, 140) rilevando l’ambiguità irrisolta dell’ordinamento italiano. In argomento, vedasi anche con vario approccio: G. MINERVINI, *La Banca d’Italia, oggi, in Banca borsa e tit. cred.*, 2006, I, 627; P. FERRO-LUZZI, *Cosa è la Banca d’Italia*, ivi, 2007, I, 364 e ss.

Suprema Corte (5), ha preso posizione sull’incidenza di tale tipologia di costo nella normativa anti-usura, affermandone la rilevanza, ai fini dell’art. 644 C.p., comma quarto, una volta assunta, quale ordine di grandezza e di confronto, la C.m.s. cd. ‘soglia’ e verificato, nel concreto esame degli estratti di conto corrente e delle liquidazioni periodiche delle competenze, lo sfioramento della stessa.

Si è detto che la C.m.s. è un costo indiscutibilmente collegato all’erogazione del credito, e, dunque, sulla scorta della normazione di cui al quarto comma dell’art. 644 c.p., da tenere in considerazione come elemento potenzialmente produttivo di usura. Il limite oltre il quale essa acquisisce rilevanza penale è stato individuato, conformandosi all’opinione del perito, nella media, indicata trimestralmente dai vari Decreti ministeriali, pro-tempore vigenti, aumentata del 50%. Preso atto delle difficoltà tecniche incontrate dalla Banca d’Italia nel selezionare una formula che facesse confluire la C.m.s. nel calcolo del T.e.g.m., definite serie e di solido fondamento scientifico, al punto da dover ricorrere, l’Organo di vigilanza, ad un calcolo differenziato, il Tribunale di Palmi ha ritenuto, dissentendo dalla difesa degli imputati, che non fosse neanche possibile che una difficoltà di tal genere potesse “porre nel nulla una legge vigente”.

Ma quali sono state le ragioni della scelta di individuare la c.m.s. cd. soglia, al fine di verificarne il relativo sfioramento, atteso che la legge n. 108/1996, pur affermando la comprensività delle commissioni nella valutazione dell’usurarietà, non opera alcuna distinzione e non menziona mai il concetto di soglia per la C.m.s.?

La sentenza ha osservato che vi è, anzitutto, un fatto di “mera asimmetria applicativa”, e “in un contesto caratterizzato da una certa dose di incertezze interpretative, la chiarezza e la sistematicità delle prassi finiscono per avere un importante ruolo di supporto”, sicché è “preferibile che il calcolo di due valori che, ancorchè autonomamente rilevati, si inseriscono nel medesimo rapporto, sia fatto secondo metodiche affini o addirittura uguali”.

Ed ha aggiunto: “valgono per la C.m.s. le stesse considerazioni che hanno spinto il legislatore a prevedere il concetto di TEG soglia: ragioni di civiltà e di certezza giuridica impediscono di creare un sistema in cui l’acquisizione di un corrispettivo di per sé lecito ed in misura prossima alla media possa dar luogo a responsabilità penale; in altri termini, il superamento del cuscinetto aggiuntivo del 50% (percentuale in cui, peraltro, si intravede una significativa assonanza con la lesione ultra dimidium ex art. 1448, comma 2°, C.c.) è ciò che trasforma un comportamento lecito e congruo alle dinamiche del mercato in un comportamento riprovevole e meritevole di sanzione penale; e queste considerazioni valgono indistintamente per il TEG e per la C.m.s.. Infine, è principio generale del nostro ordinamento che l’interpretazione debba avvenire ove possibile in bonam partem e dunque nel senso più favorevole all’imputato”.

È un ragionamento che non persuade. Per coglierne appieno le ragioni occorrerà, preliminarmente, esaminare il meccanismo operativo di detta voce di costo e valutare come essa sia trattata dal legislatore c.d. amministrativo.

3. *La Commissione di massimo scoperto e la prassi bancaria.* — Nella tecnica bancaria, e con specifico riferimento al contratto di conto corrente di corrispondenza assistito da apertura di credito, la C.m.s., unitamente al separato calcolo degli interessi a carico del correntista, risulta una delle componenti (a cui

(5) Cass., 18 marzo 2003, n. 20148, dep. il 5 maggio 2003, Simoni ed altri, in *Cass. pen.*, 2004, 2876, che ha ritenuto rispettato il principio della riserva di legge in quanto la norma primaria indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministero il limitato ruolo di fotografare, secondo rigorosi criteri tecnici, l’andamento dei tassi finanziari.

vanno aggiunte le spese postali, le spese di estratto conto ed ogni altro onere connesso all'amministrazione del conto corrente bancario, contrattualmente previste) del compenso globale dovuto dal cliente, oggetto di liquidazione e capitalizzazione al termine di ogni dato periodo. È questa la ragione per la quale il costo effettivo del credito in conto corrente può risultare di fatto più elevato del tasso di interesse ad esso applicato (6).

L'esistenza della C.m.s. ed i relativi criteri di operatività si rinvergono già nella manualistica dei primi decenni del secolo scorso. Il D'Angelo (7), autore di un pregevole trattato di tecnica bancaria, illustrava, nei seguenti termini, la modalità di funzionamento: "Nelle aperture di credito allo scoperto per somme rilevanti e di durata limitata si suole conteggiare sull'intero fido concesso anche una provvigione (Provision per Blancocredit), che va da 1/8% a 1/2%, ma che, secondo i casi, può salire anche all'1%. Non mancano esempi di provvigioni calcolate trimestralmente o semestralmente, sul massimo fido o sulla media del fido utilizzato durante il trimestre o semestre. È da notare, però, che alcune volte la provvigione è corrisposta anche nelle aperture di credito garantite; essa allora rappresenta, più che altro, il compenso per il rischio che corre la banca di vedere deprezzati i titoli o valori offerti in garanzia".

Si è detto, negli studi successivi, che la C.m.s. rappresenterebbe il compenso alla banca a fronte della possibilità dell'affidato di utilizzare, in tutto o in parte, o anche di non usufruire, il credito concessogli. Essa costituirebbe il corrispettivo dell'obbligo della banca di essere pronta ad adempiere i propri impegni in ogni istante, nell'arco di tempo di validità del contratto (8). Nella prassi operativa si è sottolineato che il calcolo della commissione sul massimo scoperto non è eseguito con criteri uniformi dalle diverse banche, le quali possono applicare criteri differenti ai conti correnti dei vari clienti, a seconda della relativa importanza e forza contrattuale, rendendo, pertanto, variabile l'incidenza della commissione. Solitamente i diversi criteri di quantificazione (9) si concretano in:

- a) un'applicazione assoluta, con calcolo sul massimo saldo dare del periodo di riferimento (trimestre solare o frazione);
- b) un'applicazione relativa, con calcolo sul massimo saldo dare del periodo, solo se di durata superiore ai 10 giorni;

(6) Così R. RUOZI, *Economia e gestione della banca*, Milano, Egea, V ed., 1997, 131.

(7) D'ANGELO, *Trattato di tecnica bancaria*, Vallardi, 1918, 346. In tema, cfr. anche: N. GARRONE, *Sunto di lezioni di tecnica bancaria*, Bari, 1959, 249.

(8) T. BIANCHI, *I fidi bancari*, Torino, 1977, 192, il quale ne illustrava l'incidenza sugli oneri a carico del correntista con alcuni calcoli esemplificativi.

(9) In argomento, cfr. N. DI CAGNO, *Elementi di calcolo mercantile, bancario e delle operazioni mobiliari e valutarie*, Cacucci editore, Bari, 2006, 118; AA.VV., *Le operazioni bancarie*, a cura di P. MORTURA, Milano, 1983, 88 e ss., i quali rilevano che in alcuni paesi esteri la commissione in discorso, invece di essere applicata sullo scoperto massimo del periodo (in genere trimestrale) alla fine del quale si procede alla chiusura contabile del conto, è talvolta calcolata sull'importo globale dell'apertura di credito concessa, o su quello dei prelevamenti complessivamente effettuati dal cliente, o sullo scoperto medio. Malgrado, però, la diversità delle procedure seguite in proposito, la commissione non muta sostanzialmente la propria natura e funzione.

In realtà, proprio la diversità delle procedure di calcolo tra banca e banca ha indotto non poca ambiguità in ordine alla chiara leggibilità e determinabilità del costo sotteso: in argomento vedasi, in senso critico, Trib. Milano, 4 luglio 2002, G.U. RANIERI, in *Banca borsa e tit.cred.*, 2003, II, 463 e ss., con nota adesiva di B. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anacostismo e commissione di massimo scoperto*.

In dottrina, proprio la mancata chiara determinazione di tale commissione ha fatto sorgere qualche dubbio sulla rispondenza di detta clausola, nei contratti con i consumatori, al precetto di cui all'art. 1469-*quater*, comma, c.c., nel punto in cui richiede che le clausole predisposte debbano essere redatte in maniera comprensibile: così R. TETI, *Dell'apertura di credito bancario, art. 1842-1845, in Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, 2005, 127.

c) un'applicazione mista, con calcolo sul massimo saldo del periodo, purché nello stesso periodo si riscontri una posizione debitoria ininterrotta di durata superiore ai 10 giorni.

Il trattamento più gravoso per il correntista è quello che risulta dall'applicazione della C.m.s. in base al criterio assoluto (10) e si è rilevato che gli effetti della sua applicazione determinano un incremento del costo effettivo del rapporto che incide variamente a seconda della dinamica del conto. Se è pur vero che l'onerosità, in valori assoluti, è direttamente correlata all'utilizzo del credito, l'incidenza della commissione tende a crescere al diminuire dell'utilizzo medio, risultando tanto più rilevante quanto maggiore è lo scarto tra massimo saldo debitore (su cui si calcola la C.m.s.) ed esposizione debitoria media (per esposizione debitoria media si intende l'utilizzo medio del credito da parte del cliente in un dato periodo di tempo) (11).

In passato, l'individuazione dell'essenza dell'apertura di credito nella creazione di disponibilità aveva permesso alla dottrina prevalente di individuare nella cd. provvigione, definita "commissione di conto" ovvero "commissione di affidamento", il corrispettivo dell'obbligo assunto dalla banca di apprestare la disponibilità (12). Più di recente, si è sottolineato che l'obbligo di erogare il credito a carico della banca, a semplice richiesta da parte del cliente, comporta un sicuro onere per la banca che è costretta, a prescindere dal concreto utilizzo da parte dei clienti, a tenere a disposizione degli stessi una certa giacenza liquida con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria. Quale contropartita, gli affidati conseguono un sicuro vantaggio economico, potendo meglio gestire la propria liquidità, in considerazione della facoltà garantitagli di potere, in qualsiasi momento e senza preavviso, conseguire l'erogazione del credito nei limiti dell'affidamento (13). In effetti, la banca tiene a disposizione del correntista una somma di denaro, e fino all'effettivo utilizzo il cliente non paga interessi; della somma tenuta "a disposizione" il cliente "può disporre in qualsiasi momento" (art. 1852 c.c., previsto per l'apertura di credito regolata in conto corrente). L'"affidamento" di per sé costituisce un "valore che può essere analogo ad una provvista" e consente all'affidato di indirizzare alla banca-affidante "ordini" che presuppongono, ap-

(10) Per i profili operativi cfr. anche AA.VV., *Enciclopedia dell'Economia*, Torino, 2001, 261, voce *Commissione di massimo scoperto*; Istituto per la Enciclopedia della Banca e della Borsa, *Nuovo Dizionario di Banca Borsa e Finanza*, Milano, 2002, voce "Commissione massimo scoperto", 530. Per un'indicazione comparata della misura del costo tra le varie aziende di credito aderenti all'iniziativa "Patti chiari", vedasi [www.pattichiari.it](http://www.pattichiari.it). Dal confronto si constata che il costo della c.m.s. varia, per il servizio di apertura di credito bancario, in relazione all'utilizzo della liquidità, a seconda che sia avvenuto "entro fido" o "extra fido": nel primo caso il costo della c.m.s. oscilla tra lo 0,125% e lo 0,50%, mentre nel secondo caso oscilla tra lo 0,250% e l'1,250%; in argomento vedasi P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, nota a Trib. Monza, 12 dicembre 2005, op.cit., 204 e ss.; e sulla misura media della c.m.s., cfr. anche AA.VV., *Costi molto elevati per chi si affida*, in *Il Sole 24 ore*, 15 maggio 2006, 50; AA.VV., *Tutti i costi, riga per riga*, in *Il Sole 24 ore - Plus*, 28 gennaio 2006.

(11) Cfr. N. DI CAGNO, op. cit., 118, per il quale, a parità di condizioni, il riflesso sul tasso effettivo di rendimento risulterà maggiore nei conti con frequenti oscillazioni dei saldi del conto, rivelandosi paradossalmente meno gravoso in caso di costante utilizzo del fido ai massimi livelli.

(12) Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, V ed., Torino, 1980, 877, per il quale la provvigione, in quanto corrispettivo dell'obbligo della banca di apprestare la disponibilità della somma, è un corrispettivo più limitato dell'interesse, perché il vantaggio derivante dal godimento di una disponibilità è economicamente meno apprezzabile di quello derivante dal godimento di una somma e perché l'onere corrispondente dell'obbligato è più tenue quando la disponibilità sia apprestata da una banca, nella quale il flusso dei capitali disponibili è in un certo senso costante. In senso conforme: M. TONDO, *Dei contratti bancari, art. 1834-1860*, in V. DE MARTINI, *Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, 1970, Novara-Roma; M. SPINELLI e G. GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, 203.

(13) V. FARINA, *La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente*, in *Banca borsa*, 1999, 369 e ss..



impone alle banche ed agli intermediari finanziari di ossequiare i criteri menzionati nelle Istruzioni della Banca d'Italia (25), a cui si conforma l'U.I.C., per la rilevazione del T.e.g.m. e del rispetto del tasso cd. soglia.

In essi è detto, sin dal 30.09.1996 (e le successive Istruzioni del 2003 e del 2006 lo ribadiscono), che la C.m.s. non entra nel calcolo del T.e.g.m., dovendo essere rilevata separatamente (26). Anche i Decreti Ministeriali, cui la legge demanda la rilevazione trimestrale dei T.e.g.m., ossia dei tassi effettivi globali medi che, aumentati della metà, individuano il limite c.d. soglia, oltre il quale gli interessi sono usurari, nella "Nota metodologica" che costantemente li accompagna, precisano: "La commissione di massimo scoperto non è compresa nel calcolo del tasso ed è oggetto di autonoma rilevazione e pubblicazione nella misura media praticata". In definitiva, la C.m.s. viene rilevata nella media nelle Istruzioni citate e nei vari Decreti ministeriali, ma non è compresa nei fattori di calcolo del T.e.g.m..

A fronte di una apposita interrogazione parlamentare (27), volta a chiarire se la C.m.s. sia o meno inclusa nel tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente, il Ministro dell'economia, in data 20 dicembre 2006, precisava (28) di aver chiesto alla Banca d'Italia: a) di modificare le metodologie per includere nel calcolo del tasso effettivo globale medio tutte le spese che sono fissate dall'intermediario, fermo restando che una totale onnicomprensività è sconsigliabile, perché l'inclusione di spese che sono meri ricarichi per costi sopportati dalla banca (ad esempio le spese postali effettive) avrebbe il solo effetto di elevare il livello del tasso soglia; b) di indicare la metodologia di calcolo utilizzata per determinare la commissione di massimo scoperto soglia in una propria circolare.

A tale invito la Banca d'Italia aveva risposto con l'emanazione di uno schema operativo, comunicazione n. 1166966 del 2 dicembre 2005 (29), basato su distinte fasi che prevedono, dapprima, un autonomo esame della legittimità del tasso e della commissione e, poi, la possibilità di compensare l'eventuale commissione percepita in eccesso con l'importo degli interessi richiesti in difetto rispetto alla soglia. Aggiungeva, infine, il Ministro dell'economia che "stante l'attuale quadro normativo, in mancanza di un intervento del legislatore ed in considerazione della natura della commissione di massimo scoperto, che non permette l'inclusione della stessa nel calcolo del tasso effettivo globale medio, spetta al giudice di valutare l'effetto della commissione di massimo scoperto sul tasso effettivo globale medio, continuando a servirsi della metodologia della Banca d'Italia, come avvenuto nella richiesta di rinvio a giudizio della Procura della Repubblica di Palmi".

Dalla risposta resa emerge, da una parte, il riconoscimento che la natura della

(25) Va detto che le Istruzioni che la Banca d'Italia impartisce ai destinatari dell'attività di vigilanza, secondo la migliore dottrina, hanno natura esclusivamente amministrativa anche quando per il loro contenuto generale ed astratto assumano le caratteristiche del provvedimento plurimo generale. Esse vincolano la banca e gli intermediari ed il loro contenuto ha normalmente le caratteristiche dell'ordine o del divieto, rimanendo, pertanto, esclusa qualsiasi autonomia del destinatario. La relativa violazione da parte delle aziende può determinare oltre all'applicazione di sanzioni amministrative a carico sia dell'impresa sia dei suoi gestori, almeno nei casi più gravi, lo scioglimento degli organi amministrativi e la disposizione dell'amministrazione straordinaria: così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, IV ed., 2007, 129 e ss.; sulla potestà regolamentare della Banca d'Italia, cfr. O. CAPOLINO, *La potestà regolamentare*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, Milano, Tomo I, 1996, 113.

(26) La definisce operazione di dubbia legittimità, C. BONORA, *L'usura*, op. cit., 82.

(27) L'interrogazione è degli On. Amendola e Fluvii, riportata con la relativa risposta sul sito [http://www.camera.it/\\_dati/leg15/lavori/bollet/200612/1220/html/06/allegato.htm](http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/bollet/200612/1220/html/06/allegato.htm). In tema, cfr. Italia Oggi, 21 dicembre 2006, 32.

(28) A seguito di una richiesta avanzata dall'A.B.I., che aveva chiesto che, a decorrere dal mese di ottobre 2005, con il decreto di rilevazione dei tassi massimi usurari — tassi soglia — fosse fissato anche il livello massimo della commissione di massimo scoperto e che fosse chiarita la metodologia utilizzata.

(29) Pubblicata su Italia Oggi del 18 febbraio 2006.

c.m.s. non "permette l'inclusione della stessa nel calcolo del tasso effettivo globale medio", ma anche l'assoluta, preoccupante, incertezza ermeneutica, con una discrezionalità affidata, ancora una volta, al Giudice, a cui spetterebbe di valutare l'effetto della C.m.s. sul tasso effettivo globale medio.

5. *Le denunce-querele e la comparazione tra dati disomogenei: una recente sentenza del G.U.P. del Tribunale di Lecce.* — In varie denunce-querele (30) ed anche, talvolta, nell'ambito di consulenze tecnico-contabili, si assiste, sovente, ad una disapplicazione della normativa secondaria anti-usura, in quella parte che tratteggia i fattori da considerare nel computo del tasso effettivo globale medio, includendo nel calcolo, o meglio, nella formula matematica, la C.m.s. ed altri fattori, esclusi dalle Istruzioni della Banca d'Italia, recepite nei Decreti ministeriali, illustrativi dei T.e.g.m., trimestralmente rilevati.

La sentenza n. 158/08 del G.U.P. del Tribunale di Lecce, che ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di vari imputati, appartenenti, a vario titolo, ad un istituto di credito, appare particolarmente interessante nell'illustrare, con approccio assai difforme rispetto al provvedimento del Tribunale di Palmi, il problema che, matematicamente ed in diritto, investe l'interprete che sia posto di fronte alla verifica dell'usurarietà o meno del rapporto finanziario indagato.

Nel caso di specie, il P.M. aveva chiesto al proprio consulente se il tasso di interesse, applicato al rapporto intercorso tra il denunciante e la banca, fosse o meno conforme alle previsioni di legge. Questi, seguendo la metodologia di calcolo adottata dalla Banca d'Italia, aveva escluso che il T.e.g.m. avesse, per l'intera durata del rapporto di conto corrente bancario, mai superato il tasso c.d. soglia.

Tuttavia, egli aveva anche prospettato una soluzione di calcolo "alternativa", basata su di una formula standard di matematica finanziaria generalmente impiegata per il calcolo dell'interesse semplice, utilizzabile laddove si voglia "ignorare il contenuto delle circolari della Banca d'Italia ..." e dunque "...comprendendo ogni remunerazione a qualsiasi titolo collegata al rapporto...". Aveva, così, computato, in aggiunta agli interessi, le spese comprese nel costo del credito e gli interessi aggiuntivi gravanti sul correntista per effetto del differimento delle date di valuta delle operazioni a credito e dell'assegnazione di una valuta anteriore alla data della contabilizzazione per quelle a debito. Aveva, inoltre, ritenuto escluse le commissioni di massimo scoperto e le spese generali di tenuta del conto. In tal modo, il consulente aveva ottenuto uno "sforamento" del tasso c.d. soglia nei periodi indicati nel capo di imputazione.

Questa differente opzione di calcolo risultava fatta propria dal P.M., nell'esercitare l'azione penale nei confronti degli imputati. Detta soluzione tecnica non è stata condivisa dal G.U.P., a parere del quale, e questo appare il principio essenziale, ogni operazione ermeneutica "additiva" di elementi estranei a quelli presi in considerazione dal c.d. legislatore amministrativo si risolverebbe nella creazione — da parte dell'interprete o del tecnico — di una diversa fattispecie incriminatrice, in aperta violazione del dettato di cui agli artt. 25, co. 2°, Cost. e 1 c.p..

Né potrebbe procedersi, si legge nella parte motiva di quel provvedimento, alla

(30) La C.m.s. è al centro di varie iniziative giudiziarie, di forte impatto mediatico. Vedasi di recente, D. FRECCERO, *Usura, i magistrati contro Bankitalia*, in *Il Secolo XIX*, 25 giugno 2008, visibile in: <http://ilsecoloxix.ilsole24ore.com/savona/2008/06/25/1101589046430-Usura-i-magistrati-contro-Bankitalia.shtml>; T. BENEDECCE, *Il Gip: imputati per usura i vertici della banca*, in *Il Corriere del Mezzogiorno*, 10 giugno 2008; I. TOLETTINI, *Tassi usurari alla diitta? Indagini su due banche*, in *Il Giornale di Vicenza*, 12 maggio 2008; F. SELVATICI, *Quel bancario è un usurario*, in *La Repubblica - Firenze*, 7 dicembre 2007; L. SPEZIA, *Cravattari in guanti bianchi*, in *La Repubblica - Bologna*, 26 ottobre 2007.



riprova, sul piano empirico, dell'impossibilità di inserire la C.m.s. nella componente « interessi » del T.e.g.m. si avrebbe, del resto, considerando la conseguenza assurda, soprattutto in sede penale, cui condurrebbe questa impostazione. In effetti la banca, pur mantenendosi sotto il limite accertato e pubblicato, quanto ad interessi, loro tasso, e quanto a C.m.s., sua percentuale, potrebbe diventare usuraria in dipendenza esclusivamente del comportamento lecito, fisiologico, del cliente; di più: la banca, pur mantenendo fermi i parametri, debitamente pubblicizzati, quanto ad interessi e C.m.s., potrebbe divenire usuraria un trimestre sì ed uno no, a seconda sempre del libero, fisiologico ed imprevedibile comportamento del cliente (38).

Si è anche detto che è improponibile l'ipotesi di inserire la somma percepita a titolo di C.m.s. (ossia di commissione in percentuale sul picco rilevante di utilizzo) nella seconda componente del calcolo del T.e.g.m. (oneri x 100/accordato), trattandosi di elementi del tutto diversi ed eterogenei, se non altro perché l'« accordato », base di calcolo della seconda componente del T.E.G., è dato del tutto estraneo all'ipotesi di C.m.s. calcolata sul massimo picco di scopertura (39).

Ciò malgrado, è indubbio che detta commissione configuri un costo per il correntista, come si può constatare dalla lettura degli estratti di conto corrente. Ma un costo, nella modalità di calcolo matematico del T.e.g.m., in relazione alla formula indicata dalla normazione secondaria, o è compreso o è escluso nel secondo fattore di calcolo (oneri x 100 / accordato). L'esclusione, con separata indicazione della misura media praticata, nei Decreti ministeriali e nelle istruzioni della Banca d'Italia sembrerebbe, invece, introdurre un terzo genere di onere che, in virtù delle comprensibili difficoltà di inserimento nella formula di determinazione del T.e.g.m., non viene in essa contemplato, ma non è dato sapere se ed in che misura, poi, debba confrontarsi con il Tasso soglia *pro tempore* vigente.

2598, richiamata da G. ROMANO, *I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, 1999, 84. Con un successivo orientamento, App. Lecce, 27 giugno 2000, in *Contratti*, 2001, n. 4, 376 e ss., individuato il fondamento e la natura giuridica della commissione in parola nella controprestazione per la messa in disponibilità di una data somma di danaro a cui accede un rischio di mancata restituzione che la banca si assume in proporzione all'ammontare di utilizzo dei fondi, ritenne che essa non potesse, in ragione della sua funzione, essere considerata una componente del tasso di interesse o una modalità di calcolo dello stesso, essendo destinata ad operare su un piano diverso, anche se collegato, nell'ambito del sinallagma contrattuale rispetto agli interessi. Nella fattispecie esaminata, la Corte affrontò, risolvendoli negativamente, i problemi relativi al riconoscimento della commissione in questione nel corso del rapporto, a fronte di una sua mancata determinazione o determinabilità in contratto (non ritenendo sufficiente la *relatio* agli usi di piazza), e della sua applicabilità per il periodo successivo alla chiusura del rapporto (poiché priva del supporto causale). Ma è sul conto aperto, ove anche la commissione risultasse definita in contratto, che alcuni Tribunali, negli ultimi anni (vedasi per ricchezza di argomentazioni Tribunale di Milano, sentenza 4 luglio 2002, G.U. RAINERI, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2003, II, 471, con nota adesiva di B. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*), hanno manifestato il proprio dissenso, ritenendola nulla per mancanza della causa giustificatrice. Infatti, ove anche la si consideri come la controprestazione per il rischio crescente che la banca si assume in proporzione all'ammontare dell'utilizzo dei fondi, si è obiettato che, nella pratica, la C.m.s. è commisurata non alla somma per la quale è concesso l'affidamento, né è corrisposta in ipotesi di mancata utilizzazione del fido, ma è applicata in conseguenza dell'utilizzazione, quest'ultima, peraltro, già remunerata con l'interesse. Da ultimo, va anche detto che la Suprema Corte di Cassazione, (sez. I civ., sent. 18 gennaio 2006, n. 870, in *Foro it.*, 2006, n. 6, I, 1762), sembrerebbe aver, implicitamente, legittimato la Corte d'Appello l'aveva accolta in ragione del periodo per il quale era stata pattuita, precisando che essa costituisce: « la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della stessa ».

(38) Cfr. P. FERRO LUZZI, *Ci risiamo...*, op. cit., 685.

(39) P. FERRO-LUZZI, op. cit., 685.

6. *La Comunicazione del 2 dicembre 2005 della Banca d'Italia: perplessità.*  
— Nel documento del 2 dicembre 2005, pubblicato nel Bollettino di Vigilanza, la Banca d'Italia ha proposto uno schema operativo di valutazione dell'impatto della C.m.s.; in estrema sintesi, da un'applicazione abnorme della stessa da parte della banca deriverebbe l'usurarietà del rapporto, allorché l'eccedenza rispetto alla percentuale media riportata nei decreti ministeriali, aumentata della metà, superi il margine di interessi che essa avrebbe potuto richiedere al cliente senza superare il tasso soglia.

In particolare, nel comunicato si precisa: « in base al successivo punto c5 la commissione di massimo scoperto (infra CMS) non rientra nel calcolo del TEG ed è rilevata separatamente; la misura media rilevata, espressa in termini percentuali, è riportata in calce nelle tabelle dei tassi. La scelta è coerente con la circostanza che l'entità della CMS dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminare la misura percentuale. Essa, infatti, rappresenta il compenso corrisposto dal cliente in relazione all'onere che l'intermediario sostiene per far fronte all'eventualità che venga aumentato lo scoperto di conto » (40).

Lo schema operativo elaborato dalla Banca d'Italia ed allegato alla missiva del 02/12/2005 precisa, inoltre, che « l'applicazione di commissioni che superano l'entità della « CMS soglia » non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto *praticati*) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti (« margine »). Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla « CMS soglia » sia inferiore a tale « margine » è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge ».

La comunicazione ha cura di sottolineare che le Istruzioni contenute nel bollettino obbediscono all'esigenza di fornire una possibile soluzione interpretativa ai tanti dubbi espressi dall'autorità giudiziaria, ma non sono in ogni caso vincolanti ai fini dell'interpretazione della Legge 108/96. Occorrerebbe valutare, quindi, stando al citato schema operativo, se la C.m.s. richiesta, in sede di liquidazione periodica, eventualmente in esubero rispetto alla C.m.s. cd. soglia, sia superiore rispetto agli ulteriori interessi che l'istituto di credito avrebbe potuto chiedere applicando un tasso di interesse pari al tasso soglia *pro tempore* vigente (41).

(40) Nella nota n. 4 (a piè pagina) la Banca d'Italia ribadisce: « All'indicato punto C5 delle istruzioni si chiarisce che la « commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso — che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni — viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento ».

La nota del 02/12/2005 continua: « In tale contesto la verifica del rispetto delle « soglie » di legge da parte di ciascun intermediario richiede:

— il calcolo del tasso in concreto praticato — sommando gli interessi rapportati ai numeri debitori e gli oneri in percentuale sull'accordato, secondo le metodologie indicate al punto C3 — e il raffronto di tale tasso con la relativa soglia di legge;

— il confronto tra l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS (cd. CMS soglia), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle ».

(41) Gli interessi massimi, che l'istituto di credito avrebbe potuto chiedere alla società correntista se avesse applicato il tasso soglia, devono essere calcolati, secondo la formula riportata nel Comunicato della Banca d'Italia del dicembre del 2005, nei termini seguenti:

$$\text{INTERESSI MASSIMI} = \left( \text{TASSO SOGLIA} - \frac{\text{ONERI} \times 100}{\text{ACCORDATO}} \right) \times \frac{\text{NUMERI DEBITORI}}{36.500}$$

Esemplificando, al fine di rendere più comprensibile lo schema, indicato in nota, se in un trimestre, assumendo dei valori ipotetici, la C.m.s. applicata dalla banca eccede rispetto alla C.m.s. c.d. soglia (ossia alla C.m.s. media, indicata nelle Istruzioni, aumentata della metà) di un importo che, in valore assoluto, è maggiore del cd. margine degli interessi, ossia dell'importo degli interessi massimi applicabili, inteso anch'esso in valore assoluto, allora vi è uno sfioramento che conduce a ritenere configurata l'usurarietà del rapporto. Si è osservato che il comunicato esprime uno sforzo di interpretazione 'evolutive', che tiene conto delle istanze a base del problema della C.m.s., ma tale intervento abbisognerebbe almeno di un recepimento nei Decreti ministeriali, cui la norma primaria lascia un notevole spazio applicativo (42). Altri hanno rilevato che il citato schema operativo non può essere assunto agli effetti penali, trattandosi di normativa 'extravagante', potendo la fattispecie di usura presunta caratterizzarsi delle determinazioni della Banca d'Italia solo attraverso la mediazione dei Decreti ministeriali. E tale mediazione ad oggi manca (anche nell'aggiornamento delle Istruzioni del 2006 non vi è alcun riferimento a tale circolare) come, peraltro, è assente un'adeguata forma di pubblicità. Lo schema non avrebbe altra funzione che quella (politica) di contenere il rischio reputazionale per il mondo bancario, attraverso una regola prudenziale che metta al riparo gli istituti di credito dalle crescenti iniziative giudiziarie (43). In realtà, il comunicato in esame non fugge i dubbi e l'ambiguità. Perché, se la C.m.s. non è un accessorio degli interessi ed è un onere escluso dalla formula matematica di calcolo del T.e.g.m., viene da chiedersi che significato assuma, nello schema operativo citato, la valutazione della sua eventuale abnormità, rispetto al margine degli interessi, ossia all'importo degli interessi massimi, assunto in termini di valore assoluto.

In definitiva, si finisce con il sottolineare che la C.m.s. ha una sua rilevanza ai fini della valutazione dell'usurarietà e non è assimilabile ad un onere escluso dal calcolo del T.e.g.m., poiché se ne valuta, in sostanza, la sua eventuale interferenza, in positivo o in negativo, rispetto al margine di interessi. Si arriva a ritenere che un onere, quale la C.m.s., ove abnorme e superi il margine di interessi consentito, possa configurare una possibile usurarietà del rapporto. In altri termini, l'Organo di vigilanza fa rientrare tra gli oneri, con questa specifica chiave di lettura, ciò che nelle Istruzioni è separatamente indicato nella misura media.

7. *Conclusioni.* — A questo punto risultano comprensibili le diversità metodologiche offerte dai due provvedimenti che si annotano. La sentenza del Tribunale di Palmi, nello sforzo di superare le varie, oggettive e riconosciute difficoltà di far confluire la C.m.s. nella formula di determinazione del T.e.g.m. e ritenendo che quelle difficoltà non possano porre nel nulla una legge vigente, finisce con l'invocare una 'simmetria applicativa' rispetto al tasso c.d. soglia, creando una nozione di C.m.s. c.d. soglia (data dalla c.m.s. media, rilevata nei decreti ministeriali, aumentata del 50%) di marca esclusivamente giurisprudenziale, che non ha alcuna formalizzazione nella normativa secondaria.

È un'opzione 'additiva', per usare la felice espressione del G.u.p. del Tribunale di Lecce, che, al contrario, ritenendo tassativo il riferimento a quanto dettato dal legislatore cd. amministrativo, esclude ogni possibile rilevanza autonoma della C.m.s., in ossequio a quanto indicato nei decreti ministeriali.

Il provvedimento del Tribunale di Palmi sembrerebbe andare oltre la stessa

(42) P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 687.

(43) Così P. CAPOTI, *op. cit.*, 637.

norma extra-penale, ossia oltre il dettato dei Decreti ministeriali che, come si è visto, fanno obbligo, reiteratamente, alle banche ed agli intermediari finanziari di attenersi 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; criteri che rilevano, separatamente, e senza ulteriori indicazioni, la sola media della C.m.s. ma non la soglia.

Il menzionato Comunicato del dicembre 2005 della Banca d'Italia, non condiviso dal Tribunale di Palmi, in cui per la prima volta si fa cenno alla nozione di C.m.s. cd. soglia, non è stato poi recepito nei D.M. successivi, così come nelle seguenti Istruzioni del medesimo Organo di vigilanza. Peraltro, non vi sono studi matematico-statistici che ci dicano che è proprio l'incremento del 50%, rispetto alla media rilevata dai Decreti ministeriali, il limite che il mercato apprezza per valutare la possibile usurarietà della C.m.s..

In definitiva, la sentenza del Tribunale calabrese non pare affrontare adeguatamente il vero tema centrale della vicenda, ossia la reale ambiguità sul punto delle Istruzioni della Banca d'Italia e gli effetti di detta ambiguità in ordine alla colpevolezza, visto che a quei criteri dettati dall'Organo di vigilanza per la rilevazione del T.e.g.m., gravidi di non poche perplessità, le banche e gli intermediari finanziari sono tenuti ad attenersi, pena altrimenti l'applicazione di gravose sanzioni. La soluzione tecnica proposta ha inteso superare il preoccupante disallineamento tra normativa primaria e secondaria, ricorrendo ad una interpretazione che ha confermato il clima di assoluta incertezza in ordine al ruolo ed all'incidenza della C.m.s. nella normazione secondaria, inducendo, per questo aspetto, il timore di una qualche crepa nell'effettiva determinatezza della fattispecie di usura *ex lege*.

In questo contesto, di evidente contrasto giurisprudenziale, è maturato il recente intervento del legislatore che, nell'art. 2-bis della legge n. 2 del 28 gennaio 2009, di conversione, con emendamenti, del decreto-legge n. 185/2008, c.d. anti-crisi, ha dedicato una apprezzabile attenzione alla commissione di massimo scoperto (44). Le disposizioni di nuovo conio precisano, al primo comma, che sono nulle le clausole contrattuali, riguardanti la c.m.s., se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero qualora il correntista abbia effettuato degli utilizzi, a debito, in assenza di un fido pattuito.

Tra le novità, si prevede anche che è ritenuta nulla qualsiasi clausola contrattuale, comunque denominata, che preveda una remunerazione a favore della banca per la messa a disposizione di fondi, indipendentemente dall'effettivo prelevamento da parte del cliente ovvero per l'utilizzo di somme indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione. Tuttavia, anche tale nullità è destinata a subire una deroga, qualora la banca predetermini il corrispettivo per la messa a disposizione delle somme, unitamente al tasso debitore, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente. In tale eventualità la banca dovrà informare e rendicontare al cliente, con cadenza mas-

(44) L'ambigua struttura della C.m.s., più volte messa sotto accusa da parte delle associazioni degli utenti bancari, era stata oggetto di censura, sul piano della trasparenza, da parte del Governatore della Banca d'Italia — vedasi le Considerazioni finali all'Assemblea Ordinaria dei soci dell'Organo di vigilanza, in data 31 maggio 2008 — e dal Presidente dell'Antitrust, il quale, nella Relazione annuale alla Camera dei Deputati, presentata il 24 giugno 2008, non aveva mancato di puntarle il dito contro, affermando che trattasi di una prassi iniqua e penalizzante per i risparmiatori e per le imprese, che deve essere abolita. Parevano, dunque, maturi i tempi, anche in ambito istituzionale, per una piena revisione di tale tipologia di costo, attesa la riconosciuta e conclamata mancanza di trasparenza dello stesso meccanismo applicativo. In argomento, cfr. N. COTTONE, *Banche e assicurazioni nel mirino di Caticalà*, in *Il Sole 24 ore*, del 24 giugno 2008; R. AMATO, *Antitrust: I cartelli gravi misfatti. Errore fermare le liberalizzazioni*, in *La Repubblica*, 24 giugno 2008; N. BORSI, *Caticalà apre l'indagine sul massimo scoperto*, *Il Sole 24 ore*, 19 luglio 2008.

sima annuale, quale sia l'effettivo utilizzo avvenuto nel periodo ed il cliente avrà sempre la facoltà di recedere in ogni momento.

Viene, così, concepito, e questa appare la più rilevante modifica, un nuovo e differente meccanismo di calcolo della commissione suscettibile, ora, in quanto determinato *ex ante*, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo ed alla durata dell'affidamento, di poter confluire, poiché omogeneo alla categoria dell'interesse, nel calcolo del tasso effettivo globale medio ed essere confrontato con i tassi cd. "soglia", trimestralmente, vigenti. Si è inteso, in tal modo, affrontare e risolvere, per il futuro, quel preoccupante disallineamento tra normativa primaria e legislatore cd. amministrativo, che, a modesto avviso di chi scrive, rendeva priva di autonoma rilevanza penale la C.m.s..

Coerente è la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2-*bis*, secondo cui 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, sono, comunque, rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del Codice civile, dell'art. 644 del Codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 8. norme del codice civile e penale in materia di interessi usurari. E ciò a far data dalla entrata in vigore della legge di conversione del decreto anti-crisi.

Per il passato, le disposizioni transitorie che il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca di Italia, emana, in relazione all'articolo 2 della Legge n. 108/1996, chiariscono che la definizione del limite oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolata dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore delle nuove norme, sino a quando la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

Infine, è fatto obbligo alle banche di adeguare i contratti in corso (ed implicitamente le stesse procedure informatiche), entro centocinquanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova normativa e tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma primo, del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

GIORGIO MANTOVANO  
*Dottore commercialista*