

La commissione di massimo scoperto va considerata uno degli elementi che rientrano nello spread tra Tegn e tasso soglia previsto dalla norma, mentre deve essere computata nel Tegn

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI TORINO VI
SEZIONE CIVILE

in persona del giudice dott. Cecilia Marino ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 31088/13 R.G. Cont.
promossa da

T.M.J. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, del sig. J. M. e della sig.ra F. P.,
rappresentati e difesi dall' Avv. Elio Michele Gnocato e dall'Avv. Serafino Di Loreto

- attori -

contro

U. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Tosi

- convenuta -

OGGETTO: ripetizione di indebito

Assunta a sentenza all'udienza del 11.1.17 sulle infrascritte conclusioni delle parti.

CONCLUSIONI DI PARTE ATTRICE:

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, -
nel merito:

1. Accertarsi e dichiararsi l'invalidità (nullità e/o annullabilità) e/o l'illegittimità e/o la inefficacia totale o parziale dei contratti, anche per mancanza di forma scritta ex art. 118 T.U.B. e/o 117 TUB e delle clausole contenute nel contratto di apertura di credito e di conto corrente n. _____ e n. _____, nel quale sono confluiti i rapporti bancari di cui in narrativa, oggetto del rapporto tra la parte attrice e la Banca convenuta, particolarmente in relazione all'invalidità e/o inefficacia delle clausole contrattuali di pattuizione dei giorni valuta, delle CMS, dell'interesse anatocistico trimestrale e del tasso di interesse usurario, ultralegale e comunque per i motivi indicati in atti;

2. accertarsi e dichiararsi (accertamento di natura costitutiva) l'inadempimento da parte della Banca convenuta agli obblighi di buona fede e di legge di cui in narrativa e dagli obblighi di cui ai rapporti contrattuali oggetto di giudizio, in particolare l'applicazione di giorni valuta, CMS, spese, interessi ultralegali e/o usurari e/o anatocistici, in violazione degli accordi pattuiti tra le parti nel contratto in oggetto ed in violazione della normativa prevista in materia (Legge 108/96), ovvero lo sviluppo e l'evoluzione del c/c nonché l'esatta determinazione delle poste attive e/o passive e quindi l'indebito appostamento di somme a debito nei c/c in oggetto per l'importo complessivo di Euro 201.075,86 (per usura oggettiva, per usura soggettiva e anatocismo), di cui:

- al c/c n. _____ pari ad Euro 68.994,38 dovuti ad usura oggettiva (Euro 45.785,97) usura soggettiva (22.804,60) ed anatocismo (euro 403,81);

- al c/c n. _____ pari ad Euro 132.081,48 dovuti ad usura oggettiva (Euro 33.843,58). usura soggettiva

(euro 87.212,48) ed anatocismo (euro 11.025,42);

ovvero per la somma di Euro 218.151,47 (interessi debitori, commissioni di massimo scoperto e spese) di cui:

- al c/c n. _____ per una somma complessiva pari ad Euro 69.992,81 di cui Euro 43.710,97 per interessi debitori, Euro 24.364,85 per commissioni di massimo scoperto ed Euro 1.916,99 per spese;
- al c/c n. _____ per una somma complessiva pari ad Euro 148.158,66 di cui Euro 96.985,58 per interessi debitori, Euro 26.082,18 per commissioni di massimo scoperto ed Euro 25.090,90 per spese; o per la maggior somma ritenuta di giustizia e/o che emergerà dall'istruttoria;

3. Per l'effetto rideterminare il dare – avere tra le parti in costanza del rapporto dedotto in narrativa, ordinando il ricalcolo e/o la rettifica sull'intero rapporto secondo legge, senza anatocismo ex sentenza Cass. S.U. n. 24418/10 (in subordine su base annuale), con esclusione del conteggio trimestrale degli interessi e del tasso ultralegale ed usurario, della commissione di massimo scoperto, della valuta e delle condizioni e come in narrativa, così come sopra accertati;

4. condannarsi la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione delle somme indebitamente addebitate e/o riscosse così come sopra indicate e/o accertate o per la maggior somma ritenuta di giustizia e/o che emergerà dall'istruttoria, oltre agli interessi creditori dal fatto al saldo, in favore dell'attrice e al risarcimento dei danni dalla stessa patiti, patrimoniali nel duplice profilo di lucro cessante e/o danno emergente e non, meglio descritti e indicati in premessa e che comunque verranno ulteriormente specificati nel loro esatto ammontare in corso di causa, da liquidarsi anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.;

5. compensarsi le predette somme che nel corso del giudizio verranno accertate a credito dell'odierna attrice, con eventuali somme che nel corso del giudizio fossero accertate a debito sempre della odierna attrice e a credito della Banca convenuta ed accertarsi la legittimità della eccezione di inadempimento con il presente atto sollevata;

6. in ogni caso ordinarsi alla Banca convenuta qualora non vi avesse già provveduto spontaneamente di effettuare la corretta segnalazione del presente procedimento in centrale dei rischi sotto la voce "stato del rapporto" contestato, ai sensi del 13° e 14° aggiornamento della circolare Banca d'Italia 11.02.91 n. 139 e successive modifiche e integrazioni;

7. infine, ove previsto, condannare la Banca convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio ex art. 35 sexies Legge n. 148/2011 oltre alla rifusione delle spese sostenute da parte attrice per attivare il tentativo obbligatorio ammontanti ad Euro 90,00;

8. accertare e pertanto dichiarare l'invalidità e/o la nullità del contratto di fideiussione/garanzia stipulato tra la Banca convenuta e la sig.ra F. P. e J. M., per i motivi esposti in narrativa, accogliendo in ogni caso l'exceptio doli et nullitatis esperite dai fideiussori, ovvero ex art. 1956 c.c. e per l'effetto accertare e dichiarare la liberazione del fideiussore/garante.

9. con vittoria di spese, diritti e onorari di causa, oltre IVA e CPA di cui i Procuratori costituiti si dichiarano antistatari..

In via istruttoria:

1. Fin d'ora si deducono a prova e per interpello tutti i capi della su estesa narrativa, con riserva di indicarne altri e riformulare gli stessi entro i termini di legge previsti, sui quali, all'esito senza inversione alcuna dell'onere probatorio si indicheranno i relativi testimoni;

2. Si chiede fin d'ora ammissione di CTU contabile volta a verificare l'applicazione sul rapporto bancario oggetto del giudizio, di CMS, giorni valuta, capitalizzazione non pattuiti di interessi di natura usuraria superiori al tasso di soglia di cui ai decreti ministeriali della Legge n. 108/96 e la quantificazione dei relativi addebiti, rideterminando il saldo dare – avere alla data odierna depurato di tutti gli illegittimi addebiti operati dalla Banca;

Si chiede che venga ordinata alla Banca convenuta, qualora non vi avesse già provveduto, anche all'esito della costituzione, ex art. 210 c.p.c. l'esibizione in giudizio dei contratti e degli estratti conto scalari relativi ai rapporti di cui è giudizio, qualora non evasa la richiesta ex art. 119 T.U.B”

CONCLUSIONI DI PARTE CONVENUTA:

Voglio questo il mio Tribunale

IN VIA PROCESSUALE

Disporsi il rinnovo/supplemento della CTU volta a determinare l'eventuale superamento dei tassi usurari, con predisposizione del calcolo senza inclusione della CMS, e comunque secondo i principi espressi nella recente sentenza 31 maggio 2016 n. 12965 della Suprema Corte di Cassazione.

IN VIA PRINCIPALE E NEL MERITO

Respingere tutte le domande attoree in quanto infondate in fatto ed in diritto e comunque sprovviste di ogni riscontro probatorio, per tutti i motivi esposti nei propri scritti difensivi.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio, oltre IVA e C.P.A. come per legge e successive occorrende.

IN VIA ISTRUTTORIA

Ammettersi, ove ritenuto opportuno, prova per interpello e testi sulle circostanze di fatto indicate in narrativa della comparsa di costituzione e risposta ai capitoli da 1) a 13) da intendersi qui per integralmente ritrascritti e preceduti dalla locuzione "vero che", nonché sulle seguenti circostanze di fatto:

14) "Vero che nei contratti di conto corrente n. _____ acceso in data 22.11.2004 e n. _____ acceso in data 19.02.2007, nonché nelle lettere di affidamento del 21.07.2011 e 23.02.2012 è contenuta l'indicazione delle seguenti voci: interessi attivi e passivi applicati; capitalizzazione trimestrale degli interessi con pari scadenza per la Banca e per il Cliente; giorni di valuta sui versamenti - sia contante, sia assegni, tanto bancari quanto circolari; previsione della Commissione sul Massimo Scoperto trimestrale e del suo ammontare per utilizzi oltre i limiti di fido" che la T.M.J. ha accettato e specificamente approvato mediante duplice apposizione di firma in calce" (cfr. docc. 3,4,9 e 10).

15) "Vero che la Banca, contestualmente alla stipula, ha provveduto a consegnare alla T.M.J. copia di tutti i contratti di conto corrente, delle lettere di affidamento e dei finanziamenti sottoscritti, unitamente alle condizioni ivi allegate".

16) "Vero che gli estratti conto analitici relativi conto corrente n. _____ acceso in data 22.11.2004 e n. _____ acceso in data 19.02.2007, contenenti la misura dei tassi e di tutte le condizioni applicate al rapporto e le comunicazioni di variazione delle condizioni contrattuali sono stati regolarmente inviati alla correntista TMJ nel corso del rapporto".

17) "Vero che presso la Filiale U. di N., in posizione ben visibile al pubblico, sono sempre stati esposti, per tutta la durata del rapporto con la TMJ, i cartelloni informativi relativi alle condizioni aggiornate praticate ai singoli rapporti, ivi comprese quelle relative ai tassi di interesse, commissioni di massimo scoperto, nonché alle altre condizioni praticate per le operazioni di credito applicate ai rapporti di conto corrente".

Si indicano a testi i Funzionari responsabili delle Filiali di U. B. S.p.A. di N. (ora U. S.p.A.) nei periodi indicati in ciascun capitolo di prova.

Quanto alla richiesta di CTU formulata da controparte se ne ribadisce la natura meramente esplorativa e per questo motivo, inammissibile.

Solo in via subordinata, nella denegata ipotesi di ammissione, si richiama quanto già dedotto e argomentato nella comparsa di costituzione e si chiede che il quesito da sottoporre al CTU preveda la ricostruzione del rapporto tenendo conto, in particolare: 1) della validità delle pattuizioni di interessi, commissioni e valute contenute nei contratti prodotti; 2) che a far tempo dall'anno 2000 la capitalizzazione trimestrale degli interessi è legittima; 3) che i conteggi sull'usura dovranno essere effettuati sulla base dei criteri enunciati dalla Banca d'Italia (cfr. istruzioni Banca d'Italia - aggiornamento luglio 2001/ agosto 2009 prodotte sub docc. 19, 20, 21, 22 e 23).

Svolgimento del processo

Nella presente sentenza viene omessa la trattazione dello svolgimento del giudizio e circoscritta la motivazione alla concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione, così come previsto dall'art. 132 c.p.c., applicabile nella sua veste novellata ex l. 69/2009 anche alle cause in corso.

Con citazione a comparire avanti al Tribunale di Torino, ritualmente notificata alla convenuta parte attrice affermava :

- di aver intrattenuto con la banca U. S.p.a., i rapporti bancari in essere di conto corrente con facoltà di scoperto, liberamente utilizzabile per elasticità di cassa distinto al n. _____ e n. _____ accesi presso la banca U.

S.p.a. Agenzia N. (TO), Via Torino n. 109;

- che il sig. P. F. e M. J. avevano stipulato contratti di fideiussione al fine di garantire le linee di credito concesse; Lamentava:

- la nullità dei contratti per difetto di forma scritta;

- l'applicazione illegittima di tassi ultralegali

- l'applicazione illegittima di anatocismo;

- l'indeterminatezza dei tassi e delle variazioni peggiorative del rapporto;

- l'errata applicazione dei giorni di valuta.

Riferiva ancora che la società si era accorta che i tassi di interesse applicati dalla Banca, e mai concordati nel loro ammontare, risultavano elevati e di aver pertanto richiesto una perizia econometrica asseverata avente ad oggetto il c/c n. _____ e n. _____ dalla quale emergeva l'applicazione da parte della Banca convenuta di tassi superiori a quanto pattuito tra le parti, di tassi superiori alla soglia prevista per legge (TEGM) e commissioni di massimo scoperto non pattuite, per una somma complessiva: - sul c/c n. _____ pari ad Euro 68.994,38 dovuti ad usura oggettiva (Euro 45.785,97), usura soggettiva (22.804,60) ed anatocismo (euro 403,81);

- sul c/c n. _____ pari ad Euro 132.081,48 dovuti ad usura oggettiva (Euro 33.843,58), usura soggettiva (euro 87.212,48) ed anatocismo (euro 11.025,42);

- che la suddetta somma, a credito della parte attrice poiché indebitamente corrisposta alla convenuta aveva - di fatto – reso difficoltosa l'attività commerciale e aggravato il bilancio della parte attrice compromettendone gli equilibri di cassa e l'operatività della stessa.

Parte convenuta si costituiva contestando integralmente ogni assunto di controparte.

Si affronteranno nella sentenza solo le questioni riproposte nelle comparse conclusionali.

Motivazione

MANCANZA DI FORMA SCRITTA

L'eccezione di nullità del contratto di conto corrente per mancanza di firma da parte della banca proposta da parte attrice deve essere rigettata.

La firma della banca non è da reputare infatti necessaria qualora risulti la predisposizione del contratto da parte della stessa, la firma del correntista e la consegna del contratto al cliente, fatti che rendono non necessaria l'ulteriore approvazione del proponente, dal momento che la volontà negoziale è già espressa nel documento da lui predisposto. Infatti, la forma scritta può essere integrata dalla semplice sottoscrizione di un contraente per accettazioni delle dichiarazioni provenienti dall'altro (Cass. n. 23966/2004 rv Itagiureweb n. Rv. 579137), e comunque la dichiarazione di volontà di avvalersi della scrittura privata da parte del contraente che non l'abbia sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione anche quando non avvenga in sede giudiziale (Cass. n. 23966/2004 e Cass. n. 8983/2003). Secondo la Cassazione "anche quindi a

voler ritenere che non risulti una copia firmata del contratto da parte della banca, l'intento di questa di avvalersi del contratto risulterebbe comunque, oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguenze perfezionamento dello stesso" (Cass. Sez. I n. 4564/2012 Rv. Italggiureweb n. 622119)."
Va rilevato che la Cass., Sez. I. n. 5919/2016 si è orientata invece per l'invalidità del contratto dichiarando di non poter dare continuità all'orientamento precedente, ma la tesi a cui si aderisce è stato confermato da Cass. Sez. I, n. 17290/2016 e Cass. Sez. I., n. 17943/2016.

CAPITALIZZAZIONE

Parte attrice chiede venga dichiarata la nullità della capitalizzazione degli interessi e, essendo stato escluso il calcolo dell'anatocismo dal quesito peritale, che la causa venga rimessa in istruttoria per l'effettuazione del relativo conteggio.

Parte convenuta ha affermato la legittimità dell'anatocismo applicato e l'assunto deve essere condiviso.

Tanto nei contratti di c/c (il n. _____ acceso in data 22.11.2004 ed il n. _____ acceso in data 19.02.2007), quanto nelle lettere di affidamento, la Banca ha infatti indicato le condizioni normative e economiche regolatrici dei rapporti, condizioni che la T.M.J. ha accettato e specificamente approvato mediante duplice apposizione di firma in calce (cfr. docc. 3 e 4 di parte convenuta).

Tra di esse vi è la capitalizzazione trimestrale degli interessi, con pari scadenza per la Banca e per il cliente (cfr. art. 7, pag. 6 delle "norme che regolano i conti correnti di corrispondenza ed i servizi connessi", quanto al c/c n. _____ e art. 8, pag. 6 delle "norme che regolano i conti correnti di corrispondenza ed i servizi connessi", quanto al c/c n. _____), secondo quanto previsto dalla delibera CICR del 9 febbraio 2000.

SPESE

Le spese risultano pattuite contrattualmente e parte attrice non indica quali sarebbe le voci di spesa illegittimamente appostate; l'applicazione delle stesse risulta quindi legittima.

CMS

Ferma restando la validità in via generale della Cms, occorre dichiarare la nullità di tale voce per indeterminatezza delle relative clausole.

La cms è così regolata contrattualmente:

Doc. 3 convenuta Contratto c.c. _____ del 22.11.2004: "Commissione sul Massimo Scoperto trimestrale per utilizzi allo scoperto oltre la disponibilità esistente 1,50%";

Doc. 4 Contratto c.c. _____ del 19.2.2007: "Commissione sul Massimo Scoperto trimestrale per utilizzi allo scoperto oltre la disponibilità esistente 1,1%";

Doc. 9 affidamento del 21.7.2011 "La Commissione di Massimo Scoperto, qualora contrattualmente convenuta,Tale corrispettivo è dovuto in presenza di un affidamento e si applica al saldo massimo di utilizzo rilevato nell'ambito dell'affidamento stesso a condizione che il saldo di conto corrente risulti a debito per un periodo continuativo non inferiore a 30 giorni di calendario (clausola n. 16)"; la percentuale non viene indicata nel contratto.

Doc. 10 Affidamento del 23.2.2012: clausola identica a quella sopra indicata.

La cms è così regolata nei contratti:

Ritiene il giudicante che la cms sia nulla per indeterminatezza in quanto non viene indicata la base di calcolo (ossia se venga calcolata sul picco di scopertura, sulla media del trimestre, sul massimo utilizzo del fido nel trimestre ecc.).

Gli importi che parte attrice deve restituire a tale titolo sono pari ad Euro 23.067,48 per il conto corrente n. _____ ed Euro 26.081,91 per il conto corrente n. _____.

USURA

Deve essere dichiarata la nullità delle clausole dispositive degli interessi superiori al tasso-soglia applicati a parte attrice ai sensi con gli effetti di cui all'art. 1815 c. 2 c.c..

E' stato effettuato in causa stu contabile (con diversi criteri) svolto dal dott. Ermanno Carola sul seguente quesito

in materia di usura riportata per quanto interessa ai fini della decisione: ““Ai sensi dell’art. 644, comma 4 c.p. per la determinazione del tasso di interesse usurario occorre tener conto “delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito”. La legge, pertanto, impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri sopportati dall’utente in conseguenza del suo uso del credito. Nelle istruzioni in vigore sino al 2009 la Banca d’Italia ha previsto che le Banche dovevano effettuare la rilevazione dei tassi medi senza comprendere le commissioni massimo scoperto e le altre spese indicate invece dalle norme antiusura. La Suprema Corte ha ritenuto erroneo il contenuto di tale circolare affermando in più occasioni che la commissione di massimo scoperto rientra indubbiamente tra gli addendi necessari al calcolo del TEG “trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all’erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l’onere, a cui l’intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente” (Cass penale 12028/2010, Cass 46664/2011). La formula adottata dalla banca d’Italia è dunque contra legem e non può essere utilizzata senza correzioni al fine di stabilire il tasso usurario. A tal fine vi sono due soluzioni, ossia un calcolo in via equitativa ovvero il ricalcolo del TEGm; la seconda consente evidentemente un calcolo preciso. Occorre quindi provvedere a ricalcolare il tasso effettivo medio globale (TEGM), sulla base dei dati esistenti relativi alla commissione massima scoperto sul sito internet della banca d’Italia, secondo i criteri previsti dalla legge n. 108/96 e così integrando il TEGm. Questo tasso dovrà poi essere confrontato con il Teg applicato dalla banca, nel quale dovranno essere computati “commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito”. P.Q.M. dispone che il ctu accerti se vi è stato o meno superamento del tasso usurario. Con riferimento al periodo antecedente la circolare della Banca d’Italia del 2009 in materia, ricalcoli il tasso effettivo medio globale (TEGM) aggiungendo la commissione massimo scoperto, sulla base dei dati esistenti sul sito internet della Banca d’Italia, secondo i criteri previsti dalla legge n. 108/96 e sulla base di ciò ricalcoli il tasso soglia; confronti il risultato con il Teg applicato dalla banca, nel quale dovranno essere computati “commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegata all’erogazione del credito....

.....- nel caso in cui si accerti la sussistenza di interesse usurario, provveda il ctu a formulare due ipotesi. 1) eliminare dal conteggio la parte di interessi eccedente il tasso legalmente consentito; 2) eliminare dal conteggio tutti gli interessi ed oneri”.

Il ctu così concludeva la propria perizia (pg. 29 Risultati definitivi):

per il conto n. ____ con la formula Banca d’Italia tempo per tempo risulta usura in 16 trimestri (APC) , mentre con la formula Banca d’Italia Ag. 2009 risulta usura in 20 trimestri (APC) e in 9 trimestri (SBF); per il conto n. ____ con la formula Banca d’Italia tempo per tempo risulta usura in 8 trimestri, mentre con la formula Banca d’Italia Ag. 2009 risulta usura in 19 trimestri.

Parte convenuta ha in primis eccepito che parte attrice non ha prodotto, com’era suo onere, i D.M. attuativi della legge 7 marzo 1996 n. 108 per cui la presunta usurarietà dei tassi di interesse non sarebbe, nel caso di specie, verificabile.

L’eccezione non può essere condivisa.

I tegm quali contenuti nei decreti attuativi della legge n. 108/1996, riportati sul sito della Banca d’Italia, debbono infatti considerarsi “fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile” (Cass. 26.5.2006 n.1701); l’esistenza di detti tegm e la loro valenza sono infatti fatti conosciuti da coloro che si occupano di diritto bancario e agevolmente conoscibili da chiunque ad esso si avvicini attraverso la consultazione del sito indicato.

In ogni caso nella terza memoria ex art. 183 n. 3 c.p.c. U. non ha dedotta la mancata produzione dei decreti ministeriali che stabiliscono il tasso soglia e quindi la relativa eccezione è tardiva.

La banca richiede poi un rinnovo della consulenza tecnica al fine di determinare l’eventuale superamento dei tassi usurari attraverso la predisposizione di un nuovo calcolo, seguendo le Istruzioni della Banca d’Italia, senza il computo della cms nel calcolo delle rilevazioni delle soglie usurarie per il periodo fino al 31.12.2009, secondo gli orientamenti recenti della Cassazione espressi nelle sentenze n. 12965 e 22270/2016.

Effettivamente la Prima sezione della Cassazione civile ha recentemente affermato che “ la commissione di massimo scoperto, applicata fino all’entrata in vigore dell’art. 2 bis d.l. n. 185 del 2008, deve ritenersi in thesi

legittima almeno fino al termine del periodo transitorio fissati al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dato atto che ciò è avvenuto solo dal primo gennaio 2010, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM; ne consegue che l'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, non è norma di interpretazione autentica dell'art. 644 co. 3 c.p., bensì disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare – per il futuro – la complessa disciplina anche regolamentare (richiamata dall'art. 644 co. 4 c.p.) tesa a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari, derivandone – ai fini qui di interesse – che per i rapporti bancari esauritosi prima del 1 gennaio 2010, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante, non debba tenersi conto delle CMS applicate dalla banca ed invece essendo tenuto il giudice a procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, al fine di pervenire alla ricostruzione del tasso soglia usurario come sopra specificato” (Cass. Civ. 22.6.2016 n.12965, seguita da Cassazione n. 22270/16).

Ritiene il giudicante che la predetta sentenza non possa costituire un punto di svolta su cui ancorare la decisione in merito alla predetta questione.

Analizzando il citato provvedimento, va messo in rilievo che punto centrale dello stesso, da cui parte il ragionamento ivi espresso, è quello secondo cui l'originario testo dell'art. 644 c.p. comma 4 non aveva un contenuto improntato a chiarezza laddove faceva riferimento al termine “commissione” (“poteva lasciar intendere” secondo una non chiara espressione usata nel provvedimento).

Secondo la Corte (che esprime peraltro il concetto in forma rovesciata e comunque ambigua) il congegno ricognitivo-determinativo primario, fino all'entrata in vigore della riforma, espressamente escludeva quest'ultima dal calcolo del TEGM, motivo per cui la legge 2/09 integra un vero e proprio mutamento innovativo nella disciplina complessivamente intesa (inclusi ovviamente gli atti di valore regolamentare, fino a quel momento lasciati dal legislatore a regolare la materia) e dunque in tema di CMS.

Se d'altronde la norma avesse inteso proporsi secondo una valenza di interpretazione autentica, non sarebbe agevole, sempre secondo il Supremo Collegio, dotare di apparente ragione la contemporanea fissazione di un dies a quo per attribuire rilevanza alle CMS nel calcolo del TEGM e, soprattutto, la devoluzione all'autorità amministrativa del compito di fissare un periodo transitorio per consentire alle banche di adeguarsi alla normativa preesistente.

A ciò si aggiunge, secondo la Corte, la considerazione per cui, risultando ragionevole attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella dello specifico TEG, se le rilevazioni della Banca d'Italia fossero inficiate da illegittimità, non potrebbero essere applicate le sanzioni civili e penali, risultando radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura: per l'utilizzo di criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, il giudice sarebbe tenuto a procedere ad una nuova ricostruzione del TEGM, in rispetto del principio di omogeneità di confronto.

Ritiene il giudicante che la prima considerazione che occorre fare a fronte dell'enunciato della Cass.12965/2016 è che si deve registrare un grave contrasto nella giurisprudenza della Cassazione.

Le tesi sopra espresse contrastano infatti con il consolidato orientamento della Cassazione penale.

Afferma la sentenza della Cass. Penale n. 12038 del 2010: “ Questo Collegio ritiene che il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p., comma 4 (secondo il quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito.

Tra essi rientra indubbiamente la Commissione di massimo scoperto.....

....Tale interpretazione risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari. Al riguardo occorre richiamare il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 bis convertito con la L. 28 gennaio 2009, n. 2.....

La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4 in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme.”

A sua volta la Cassazione penale n. 46660 del 2011 afferma “con riferimento alla determinazione del tasso di

interesse usurario, ai sensi dell'art. 644 c.p., comma 4) si tiene, quindi, conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.... Quindi, come peraltro rilevato sia dal Tribunale e dalla Corte territoriale, anche la CMS deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della Banca d'Italia (circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 e successive) in cui si prevedeva che la CMS non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggravamento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti ed obblighi e nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti bancari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione, trattandosi di questione nota nell'ambiente del commercio che non presenta in se particolari difficoltà, stante anche la qualificazione soggettiva degli organi bancari e la disponibilità di strumenti di verifica da parte degli istituti di credito.....

La materia penale è dominata esclusivamente dalla legge e la legittimità si verifica solo mediante il confronto con la norma di legge (art. 644 c.p., comma 4) che disciplina la determinazione del tasso soglia che deve ricomprendere "le remunerazioni a qualsiasi titolo", ricomprendendo tutti gli oneri che l'utente sopporti in connessione con il credito ottenuto e, in particolare, anche la CMS che va considerata quale elemento potenzialmente produttivo di usura nel rapporto tra istituto bancario e prenditore del credito.

Appare pertanto illegittimo lo scorporo dal TEGM della CMS ai fini della determinazione del tasso usurario, indipendentemente dalle circolari e istruzioni impartite dalla Banca d'Italia al riguardo."

Le sentenze penali esprimono alcuni importanti principi assolutamente condivisibili.

La legge n. 108 del 1996 ha sancito in termini chiarissimi che la commissione massimo scoperta era una delle voci che dovevano essere conteggiate ai fini del calcolo del superamento del tasso soglia; né è messo in dubbio che tale elemento sia collegato all'erogazione del credito.

Tutti i soggetti che dovevano intervenire al fine di determinare quali erano le soglie dei tassi di interesse oltre ai quali scattava l'usura dovevano dare piena applicazione all'inconfutabile dettato legislativo.

Si è invece verificato un fenomeno connotato da grandissima anomalia dal punto di vista istituzionale, ossia un'applicazione concreta contra legem della norma, attraverso un meccanismo per cui la commissione massimo scoperto veniva sì rilevata ma non conteggiata nel TEGM.

Il primo punto di critica alla Cassazione n. 12965/2016 è che il precetto normativo è quello indicato dall'art. 644 c.p. comma IV e non dalla prassi che l'ha attuato.

Una interpretazione quale quella della citata sentenza va a stravolgere un principio base del nostro ordinamento, ossia la prevalenza della legge sulla fonte secondaria; secondo la Corte invece la legge sarebbe assoggettata alle mutevoli decisioni di organi amministrativi nonché a formule matematiche applicative oggetto di pesanti critiche.

Si ritiene invece corretto che la legge venga interpretata secondo i normali canoni ermeneutici quale si presentava prima dell'intervento correttivo; ora nessun interprete può seriamente sostenere che la commissione massimo scoperto non fosse chiaramente indicata nell'art. 644 c.p., il quale contiene anche quale inciso di chiusura il termine "remunerazioni a qualsiasi titolo". Non c'era che da applicare il brocardo "in claris non fit interpretatio".

Non si può stravolgere la realtà negando che la legge 2/09 non è intervenuta per sanare laceranti contrasti interpretativi, bensì semplicemente per imporre il rispetto della regola al sistema bancario. Come correttamente affermato dalla Cassazione penale, nessun istituto di credito nei suoi vertici può legittimamente affermare di non avere compreso il chiaro disposto della norma e la difformità applicativa; applicare tassi e commissioni tali da sfiorare o superare i tassi soglia è dunque stata "un'attività pericolosa" liberamente scelta.

Quanto alla normativa transitoria prevista dalla legge 2/09, essa risulta riferita alla nuova CMS, non alla precedente, la quale risultava dipendente esclusivamente dall'utilizzazione dei fondi. Neppure si ritiene che l'inserimento della Cms nel calcolo del Teg renda inapplicabile la norma.

Ai sensi dell'art. 2 legge n. 108 infatti la funzione del D.M. consiste nel fotografare l'andamento dei tassi medi di

mercato, praticati da banche e intermediari finanziari sottoposti a vigilanza (comma 1), distinti per classi omogenee di operazioni "tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie" per i fini indicati dalla legge.

Il TEGM rappresenta un indicatore fisiologico medio del mercato, tanto è vero che ad es. la Banca d'Italia ha escluso dalla rilevazione tipologie di crediti e elementi di costo che, discostandosi dalla norma per motivi particolari o di patologia, altererebbero il normale prezzo del credito applicato alla clientela. Ad es. sono esclusi dalle rilevazioni (vedi Istruzioni, par. B2) le posizioni classificate a sofferenza, i crediti ristrutturati, le operazioni a tasso agevolato, i finanziamenti revocati: eppure nessuno dubita che anche tali crediti siano sottoposti al vaglio d'usura ancorché non rilevati. Avendo dunque la Banca d'Italia approntato una metodologia di rilevazione del costo fisiologico del denaro, l'aggregato dei costi ricompresi nella formula del TEG, impiegata per la determinazione del TEGM, può non esaurire tutti i possibili costi che rispondono al principio dettato dell'art. 644 c.p. e che devono essere viceversa ricompresi nella verifica di usura della singola erogazione di credito, fisiologica o patologica che sia.

Da ciò consegue che la commissione di massimo scoperto va considerata uno degli elementi che rientrano nello spread tra Tegm e tasso soglia previsto dalla norma, mentre deve essere computata nel Teg.

Peraltro, anche ove si ritenesse necessario mantenere il cd principio di omogeneità tra Tegm e Teg, è possibile operare una correzione del Tegm (così come effettuato nelle perizie svolte in corso di causa su precisa indicazione del quesito) inserendo la Cms (la cui presa in considerazione non è stata esclusa in assoluto neppure dalla sentenza n. 12965/16) quando rilevata dalla Banca d'Italia nel computo del Tegm, anche in un'ottica di tipo garantistico, considerando che l'usura costituisce altresì reato, oltre che illecito civilistico. La legge sarebbe infatti inapplicabile nel solo caso di omissione di rilevamento, mancando i dati base su cui operare il calcolo dell'usura.

Ove questo sia stato effettuato, il giudice può legittimamente disapplicare gli atti che abbiamo dato scorretta esecuzione alla legge.

Le Istruzioni della Banca d'Italia sono rivolte alle banche e agli operatori finanziari per rilevare il TEGM, ma non sono dirette a stabilire i criteri di individuazione del teg e non possono vincolare il giudice nell'ambito del suo accertamento di tale dato applicato alla singola operazione secondo i criteri di legge.

In ultimo la Cassazione civile con sentenza n. 17082 del 2017 ha affermato che: "La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia."

Dovranno quindi essere utilizzati i conteggi effettuati applicando la formula 2009 Banca d'Italia anche al periodo anteriore.

U. eccipisce ancora che, in ogni caso, trattandosi di usura c.d. sopravvenuta rispetto alla conclusione del contratto, il ricalcolo andrebbe comunque effettuato con la riconduzione del tasso applicato nei limiti della soglia di legge, atteso che l'art. 1815 cpv. c.c. (secondo cui: "se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi") non risulterebbe applicabile al caso di specie.

La tesi non può essere condivisa ritenendosi viceversa che trattasi di usura originaria.

La stessa U. infatti afferma di avere modificato nel tempo i tassi di interessi sulla base di una clausola di ius variandi specificamente prevista in ogni singolo contratto (con clausola espressamente sottoscritta da T.M.J.) e che le variazioni sono state tempestivamente comunicate al correntista.

Quindi ad ogni modifica del tasso di interesse, le parti hanno, con il meccanismo sopra indicato, pattuito nuovamente l'ammontare dello stesso; nel momento in cui viene pattuito un nuovo interesse che supera il tasso soglia, si deve ritenere che sia stato "convenuto" l'interesse usurario ai sensi dell'art. 1815 comma secondo c.c. e quindi si deve applicare la conseguenza prevista dalla norma della nullità di tutti gli interessi.

Secondo quindi il conteggio eseguito con la formula Banca d'Italia agosto 2009 per tutto il periodo con i criteri

indicati il CTU per il conto corrente n. 40201988 interessi per Euro 60.768,70, mentre per il conto corrente n. 40833182 interessi per euro 128.454,37, interessi che dovranno essere restituiti. Per le ragioni sopra esposte non vi sono ragioni per rinnovare la ctu, come richiesto dalle parti, e anche le prove per testi dedotte da U. non risultano necessarie ai fini della decisione.

POSIZIONE DEI FIDEIUSSORI

I fideiussori hanno chiesto la declaratoria di nullità parziale in ragione delle clausole che hanno previsto usura ecc. in quanto detta invalidità comporterebbe la conseguente invalidità dell'obbligazione fideiussoria in ragione del suo carattere accessorio.

Sostiene la Banca che i fideiussori non sono legittimati a proporre questa domanda in quanto affermano che il contratto firmato dai signori M. e P. deve essere qualificato come contratto autonomo di garanzia precludendo così ai garanti l'opponibilità di qualsivoglia eccezione relativa ai rapporti principali.

Ritiene il giudicante che l'assunto non possa essere condiviso.

Afferma infatti la Cassazione che, **in tema di contratto autonomo di garanzia, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'"exceptio doli", e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta; il divieto di usura rientra nella seconda ipotesi. (Cass n. 26262/07, e n. 5044 /1999 e n. 18930/2012 Fonte Itagiureweb).**

Deve quindi dichiararsi la non debenza anche da parte dei fideiussori M. J. e P. F. dell'importo di euro 189223,07, corrispondente alle somme relative agli interessi sui due conti, secondo il calcolo sopra effettuato dal ctu.

Parte convenuta deve essere dichiarata tenuta e condannata a pagare alla T. T. s.r.l. l'importo complessivo (cms + usura) di euro 238.494,69 oltre interessi come indicato nel dispositivo.

Le spese legali seguono la soccombenza.

La liquidazione del compenso per spese legali avverrà secondo i parametri di cui ad DM 20.7.12 pubblicato in GU n. 195 del 22.8.12, in vigore dal 23.8.12, applicabile ai processi pendenti ai sensi della sentenza 17406/12 della Cassazione e dell'art. 41 del predetto D.M.

Si ritiene di applicare la tariffa massima, tenuto conto della difficoltà tecnica della causa.

Spetta agli attori anche il rimborso delle spese di mediazione.

Vi sono le condizioni di legge per la distrazione delle spese a favore della difesa di parte attrice.

PQM

Il G.I.

definitivamente provvedendo, contrariis rejectis,

DICHIARA

tenuta e condanna U. s.p.a. a pagare agli attori l'importo di euro 238.494,69 oltre interessi legali dalla messa in mora al saldo;

DICHIARA

la non debenza anche da parte dei fideiussori M. J.e P. F. dell'importo di euro 189223,07 nei confronti della banca.

dichiara tenuta e condanna parte convenuta a rimborsare agli attori l'importo di euro 90 euro a titolo di di rimborso spese di mediazione;

condanna inoltre U. s.p.a a rimborsare agli attori il compenso per spese legali che liquida in complessivi euro 25.254,00 oltre rimb. for. 15%, accessori di legge, costo del presente atto e successive spese inerenti, con

distrazione delle spese stesse a favore del difensore dichiaratosi antistatario.

Torino, 20 aprile 2017

Il giudice

dott. Cecilia Marino