

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE SESTA CIVILE**

in persona del dott. Enrico Astuni, in funzione di Giudice unico,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. _____ R.G. promossa da:

Z _____ **A** _____ (C.F. _____), e **B** _____ **G** _____ (C.F. _____),
entrambi elettivamente domiciliati presso l'avv. _____
- con studio in _____ TORINO - che li rappresenta e difende per
procura in atti unitamente all'avv. _____ del foro di _____
- attori

contro

U _____ **SPA** (C.F. _____), elettivamente domiciliato presso l'avv. _____
- con studio in _____ TORINO - che la rappresenta e difende
per procura generale 15.7.2010
- convenuta

Udienza di precisazione delle conclusioni: 21.5.2014

Conclusioni: Per gli attori, come da foglio allegato: “nel merito, previa declaratoria di nullità/revoca del decreto ingiuntivo opposto, assolvere gli opposenti da ogni avversaria pretesa, con conseguenziale statuizione in punto cancellazione dei gravami ipotecari iscritti in forza del decreto; ovvero, in subordine e salvo gravame, accertare, avuto riguardo alle eccezioni di cui in narrativa e alle risultanze dell’espletata C.T.U., il minor importo eventualmente dovuto per le causali di cui in decreto. Con vittoria o integrale compensazione delle spese di lite”.

Per la convenuta, come in comparsa di risposta e insiste affinché il C.T.U. voglia recepire le osservazioni del proprio C.T.P. dott. I. _____ R. _____ modificando le risultanze della perizia depositata. In comparsa: “in via principale, dichiarare inammissibili e/o respingere le domande degli attori e per l’effetto confermare il decreto ingiuntivo opposto; in via subordinata condannare gli attori a pagare ad U. _____ S.p.A. la somma di € 122.747,09 oltre interessi dalla domanda al saldo o l’altra veriore somma che sarà determinata in corso di causa. Con vittoria di spese”.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

U S.p.A. ha ottenuto decreto ingiuntivo n. 4614/11 in data 5.5.2011 nei confronti di:

- D di D M e R F s.n.c.,
- D M e R F in qualità di soci e fideiussori fino a concorrenza di € 226.500,00 come da lettera di fideiussione 18.12.2008;
- B G in qualità di socio;
- Z A , in qualità di fideiussore fino a concorrenza di € 226.500,00 come da cit. lettera.

Il decreto ingiuntivo è stato ottenuto per la somma capitale di € 122.747,09 di cui:

- € 10.940,71 per saldo passivo di c/c ordinario n. 100244250;
- € 101.041,33 per saldo passivo dei c/anticipi n. 1660691 e 100302354 (già n. 1660497);
- € 10.765,05 per saldo passivo sul finanziamento n. 3389781 e 3203133.

Avverso il decreto ingiuntivo hanno proposto tempestiva opposizione la società D e i quattro garanti. Essi hanno contestato la mancanza di prova scritta del credito, in particolare la mancata dimostrazione della formazione del saldo iniziale, ed eccepito: - la violazione del divieto di anatocismo; - l'applicazione indebita di c.m.s. e valute fittizie; - l'applicazione di interessi eccedenti il tasso soglia; - l'avvenuta escussione della garanzia prestata dal Consorzio C del C per un importo di € 4.356,99. Il solo B G , receduto dalla società in data 6.6.2011, non avendo prestato fideiussione, ha eccepito ex art. 2304 c.c. il beneficio della preventiva escussione.

In corso di giudizio, D e i due soci D M e R F sono stati dichiarati falliti dal Tribunale di Torino, con conseguente interruzione del giudizio. La posizione degli altri due opposenti, non coinvolti nel fallimento, è stata quindi separata e la causa è proseguita con la già disposta C.T.U. contabile.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Le seguenti eccezioni proposte dagli opposenti sono infondate o comunque non pertinenti.

1.1. Divieto di anatocismo. Il c/c è stato acceso il 26.4.2007 (doc. 3 monitorio) dopo il 30.6.2000 e la clausola che prevede la capitalizzazione con pari periodicità degli interessi è stata specificamente approvata per iscritto. Non osta alla pari periodicità la diversa misura del tasso di interesse applicabile sui saldi debitore e creditore. Quindi sussistono le condizioni ex art. 2 delibera CICR 9.2.2000 per capitalizzare gli interessi.

1.2. Valute c.d. fittizie. Parte attrice si duole dell'applicazione dei giorni-valuta, ma la doglianza è infondata in diritto e in fatto. In punto di diritto, la materia dei giorni-valuta rientra nell'ambito dell'autonomia negoziale, come è indirettamente comprovato dalle norme imperative che di tempo in tempo hanno ristretto i margini tra versamento/prelievo e saldo per valuta (art. 120 T.U. bancario; art. 2 d.l. 1.7.2009 n. 78).

Per vero, parte della giur. di merito opina che antergazione e postergazione delle valute rispetto alla data in cui l'operazione è contabilmente registrata, incidendo sui saldi giornalieri per valuta e quindi anche sui numeri debitori (saldo giornaliero x giorni), abbiano per effetto di rendere indeterminato il tasso di interessi, con conseguente nullità ex art. 1284 c.c., ma la questione è malamente posta visto che "tasso" e "numeri debitori" sono due fattori del tutto indipendenti di calcolo degli interessi e che, ovviamente, l'art. 1284 c.c. esige la determinatezza (o determinabilità) a pena di nullità del solo tasso numericamente espresso.

In punto di fatto, infine, il contratto prevede (doc. cit.) l'indicazione dei giorni valuta e l'attrice non s'è specificamente doluta della violazione delle norme di legge o condizioni contrattuali, né ha impugnato tempestivamente e specificamente le registrazioni su conto.

1.3. Eccezione di pagamento. Gli attori hanno provato l'escussione del consorzio di garanzia da parte di U , producendo la lettera indirizzata dalla banca al consorzio (doc. 8 attori), ma non hanno in alcun modo provato l'avvenuto pagamento, né che tale pagamento abbia carattere di definitività, secondo le convenzioni normalmente vigenti tra banche e consorzi di garanzia. *Ergo*, la somma garantita non può andare a riduzione dell'esposizione debitoria della D e di riflesso dei fideiussori.

1.4. Beneficio della preventiva escussione. L'art. 2304 c.c. secondo stabile e condivisa giur. (da ultimo Cass. 17.12.2013 n. 28146 e Cass. 3.1.2014 n. 49) ha efficacia soltanto in fase esecutiva, "nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società, ma non impedisce allo stesso creditore di agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio".

2. Il ricalcolo dei saldi deve attenersi ai seguenti principi.

2.1. Tassi di interesse. Il C.T.U. ha rilevato (pag. 18), con riguardo al c/c ordinario – il principio s'estende peraltro alle due linee di credito accessorie appoggiate sul c/c (vedi le annotazioni del C.T.P. della banca a pag. 13 C.T.U.) –, che il contratto 26.4.2007 ha previsto esclusivamente un tasso di interesse "per eccezionale transitorio scoperto di conto" (14,75% nominale), mentre in nessun luogo del contratto è dato evincere il tasso applicabile sulle somme utilizzate nei limiti del fido.

Nondimeno, almeno a partire dal quarto trimestre 2008 la banca ha effettivamente concesso a D quattro affidamenti da € 5.000,00 (doc. 6/9 fasc. monitorio) ciascuno a valere sul c/c n. 100244250, come risulta con chiarezza dai riassunti scalari, ove vengono evidenziati distinti tassi per saldi nell'ambito del fido o extra-fido e compare l'indicazione "apertura di credito" e addebitata una commissione per "rinnovo fido".

Eguale è a dirsi per l'affidamento 17.12.2008 (doc. 4 fasc. monitorio), concesso dalla banca per il

montante di € 120.000,00 utilizzabile per operazioni di anticipo su acquisti (classe di rischio 2) o cessione/anticipo crediti *pro solvendo* (classe di rischio 3), ove nulla è dato leggere circa il tasso di interesse applicabile.

Il C.T.U. ha pertanto in entrambi i casi stornato il tasso di interesse applicato dalla banca, perché non previsto per contratto, e applicato in sua vece, il tasso sostitutivo previsto dall'art. 117.

La banca in conclusionale (pag. 5) ha contestato la sostituzione deducendo che “con la concessione dell'affidamento, lo scoperto di conto non sia più fatto transitorio, ma un fatto consapevolmente costante” che renderebbe dunque applicabile come interesse nei limiti del fido quello originariamente previsto per il “transitorio scoperto”. La banca sostiene ancora che al fido per anticipi concesso il 17.12.2008 dovrebbe applicarsi il medesimo tasso previsto per l'extra-fido (14,75%) in base all'art. 1 delle condizioni normative del contratto 17.12.2008 che rinvia “per quanto non espressamente previsto o derogato dal presente contratto e/o dagli atti relativi alle singole richieste di utilizzo, le norme e condizioni che regolano il servizio di conto corrente e i servizi ad esso connessi già sottoscritte dal cliente”.

Non è fondata. Primo, il contratto è sufficientemente chiaro nel regolare la fattispecie applicativa. Pertanto non v'è alcun serio motivo per disattendere la previsione negoziale, tanto più che la banca era certamente in condizione di formulare diverse previsioni di tasso. Secondo, è ovvio che il tasso contrattuale è fisiologicamente funzione del rischio dell'operazione creditizia: è quindi semplicemente non credibile che i tassi per elasticità di cassa (APC da € 5.000), quello per operazioni autoliquidanti (fido 17.12.2008 per € 120.000) e quello extrafido (contratto 26.4.2007) corrispondano. A riprova, gli stessi riassunti scalari del c/c ordinario (ad es. al 31.12.2008) espongono due distinti tassi, uno extra-fido sostanzialmente allineato alla previsione contrattuale (14%), l'altro, per utilizzi di cassa nei limiti del fido, sensibilmente inferiore (10,494%). Nel medesimo arco di tempo, il riassunto scalare delle due linee di credito per anticipi espone un tasso debitore ancora diverso e inferiore (8,534%). È quindi evidente che l'unico tasso contrattuale non può reggere contemporaneamente tre tassi applicati e che il rinvio contenuto nell'art. 1 del contratto 17.12.2008 non può comportare meccanica applicazione del tasso extrafido al fido.

La banca ha ancora contestato (conclusionale pag. 6) che le quattro aperture di credito da € 5.000,00 ciascuna, concesse a febbraio 2009, sarebbero venute a scadenza al 31.5.2009 onde è che per il tratto successivo l'esposizione passiva di c/c avrebbe dovuto riqualificarsi come “transitorio scoperto”, con conseguente applicazione del tasso contrattuale.

Per vero, il C.T.U. ha osservato che la banca ha mantenuto l'affidamento concesso “come evidenziato negli scalari delle liquidazioni trimestrali che continuano ad evidenziare l'esistenza dell'affidamento di

€ 5.000,00 così come la presenza di tassi sui saldi nel limite del fido o extra fido” (pag. 19).

Al riguardo, è da osservare in diritto che l'esistenza del fido – nella specie, come limite all'applicazione della previsione contrattuale per “transitorio scoperto” – può essere provata dal correntista non soltanto per il tramite del documento costitutivo dell'affidamento, ma anche per il tramite di prove indirette (quali e/c, riassunti scalari, report di Centrale rischi ecc.) che implicano, in modo univoco, riconoscimento da parte della banca dell'avvenuta concessione del fido.

Non osta a tale conclusione la considerazione che: a) ai sensi dell'art. 117 co. 3 T.U. bancario, i contratti bancari devono farsi per iscritto a pena di nullità; b) ex art. 2725 cpv. c.c., i contratti che devono farsi per iscritto a pena di nullità non possono essere provati per il tramite di documenti di natura ricognitiva o confessoria successivi alla conclusione del contratto.

Giur. pacifica. Vedi Cass. 7.10.1982 n. 5148: “la prova di un negozio per cui sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* non può essere fornita dalla produzione di una scrittura di natura confessoria, neanche nell'ipotesi in cui il contratto di cui si confessa l'esistenza sia stato stipulato per iscritto, a meno che non vi sia stata perdita incolpevole del documento stesso” (cfr. ancora tra molte Cass. 9.5.2011 n. 10163; Cass. 19.2.2008 n. 4071).

Per vero, non sussiste alcuna preclusione, né sul piano della validità, né conseguentemente su quello della prova. Sul piano della validità, la nullità del contratto bancario amorfo – come in generale le nullità previste dalla norme di trasparenza del T.U. – è nullità c.d. unilaterale, ossia soltanto il cliente può farla valere: così, chiaramente, l'art. 127 co. 2 T.U. bancario, nel testo vigente dal 2.1.1994 fino al 18.9.2010 (in questo periodo ricade la conclusione dei contratti oggetto di lite).

A ciò segue che, se il cliente preferisce chiedere l'esecuzione del contratto bancario ancorché amorfo o in ogni caso non ne eccepisce la nullità ex art. 117, il giudice non può rilevarla d'ufficio in deroga alla generale rilevabilità ex art. 1421 c.c. della nullità contrattuale. Il testo attualmente vigente dell'art. 127 è, incidentalmente, ancora più chiaro, consentendo bensì la rilevabilità da parte del giudice di una nullità prevista dalle norme di trasparenza, ma soltanto alla condizione che essa operi “a vantaggio del cliente”, secondo il modello delle c.d. nullità di protezione.

Il piano probatorio è strettamente consequenziale. Se il cliente può chiedere l'esecuzione del contratto bancario amorfo, senza farne valere la nullità, non è evidentemente possibile negargli la possibilità di prova, applicando il limite previsto dall'art. 2725 c.c. per il contratto formale. La questione può essere esaminata anche dall'angolazione del giudice, ma le conclusioni non mutano: se il giudice, in mancanza di eccezione, non può rilevare la mancanza di forma scritta per dichiarare la nullità del contratto, non può neppure rilevarla per applicare in danno del cliente un limite probatorio previsto per il solo caso dei contratti formali.

Nel senso della libera rilevabilità del fido non contrattualizzato, sia pur da premesse in parte diverse, vedi anche App. Torino 12.2.2012 n. 322 e App. Torino 3.5.2013 n. 902.

2.2. c.m.s.: Per quanto concerne la c.m.s., di cui gli opposenti protestano la nullità per mancanza di causa, ritiene lo scrivente che non sussistano motivi per discostarsi dall'ormai prevalente indirizzo di questo Tribunale.

Se è vero che la c.m.s. viene sovente qualificata come una duplicazione degli interessi, pertanto nulla perché sfornita di causa (vedi ad es. Trib. Salerno 12.6.2009 n. 1412), è nondimeno da osservare che la c.m.s. non è il corrispettivo della somma concessa a credito per il tempo dell'utilizzo, come l'interesse, ma il costo dell'elasticità di utilizzo del fido indipendentemente dal tempo, ossia – per esprimersi con le Istruzioni della Banca d'Italia – la remunerazione *"dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto"* (così le Istruzioni, C5).

Su questa premessa, la c.m.s. non può ritenersi sfornita di giustificazione causale. Come è stato già ritenuto in altre pronunce di questo Tribunale (così ad es. Trib. Torino 20.4.2012) “è evidente che la singola clausola di un rapporto articolato, avulsa dal contesto complessivo, può non trovare *ex se* idoneo sostegno causale; la causa, tuttavia, vuoi quale funzione economico-sociale del contratto, vuoi – secondo un più moderno approccio – quale funzione economico-individuale dell'operazione, non può non essere declinata che in relazione al negozio nel suo complesso, quando non, addirittura, al collegamento funzionale di più contratti. In tale prospettiva anche la c.m.s. acquisisce una valenza causale, quale componente complessiva del costo del finanziamento, *sub specie* dell'intensità di utilizzo della provvista disponibile”.

In definitiva, la c.m.s. può essere applicata a carico del correntista, a condizione che: a) sia pattuita nel contratto sottoscritto dal cliente; b) siano determinate o determinabili la misura, modalità e periodicità di calcolo, senza che residuino a vantaggio della banca elementi di potestatività.

In tal senso vedi, in giur. Trib. Modena 5.4.2012 (“la commissione di massimo scoperto, intesa come obbligazione pecuniaria restitutiva aggiuntiva, dovuta dal cliente bancario, allorché lo stesso abbia utilizzato credito sforando il limite di fido concessogli dall'istituto di credito, è compatibile con l'esercizio dell'autonomia contrattuale, a condizione che le parti abbiano previsto espressamente modalità obiettive e criteri per assicurarne la conoscibilità e determinabilità, e che la clausola non integri un eccessivo squilibrio delle prestazioni in danno del correntista”), Trib. Novara 16.7.2010 (“la clausola che prevede la commissione di massimo scoperto è compatibile con l'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti, a condizione che le stesse abbiano previsto espressamente modalità obiettive e criteri per assicurarne la conoscibilità e determinabilità”) nonché Trib. Teramo 18.1.2010 (“anche per la commissione di massimo scoperto vale la questione della determinatezza o determinabilità

dell'oggetto, per cui in assenza di univoci criteri di determinazione del suo importo, la relativa pattuizione va ritenuta nulla, con diritto del correntista alla ripetizione di quanto indebitamente versato").

Nella specie, la C.T.U. ha però rilevato che nell'applicazione della c.m.s. la banca s'è talora discostata dalle previsioni contrattuali e ha conseguentemente ridotto la commissione applicata. Sul punto non risultano proposte osservazioni dalle parti.

2.3. altre commissioni e spese: la C.T.U. ha escluso (pag. 26) le commissioni di concessione/rinnovo fido applicate nel quarto trimestre 2008 e le commissioni di disponibilità immediata e utilizzo oltre disponibilità fondi, applicate a partire dal terzo trimestre 2009, in quanto "non emergenti da patto scritto che ne determini in via preordinata l'ammontare".

La banca in conclusionale deduce che "tali commissioni rappresentano il corrispettivo di servizi extra resi dalla banca al cliente a seguito di sua specifica richiesta" e chiesto l'applicazione dell'art. 117 co. 7 lett. "b" del T.U. bancario, ove è previsto che, per gli altri prezzi e condizioni (diversi dal tasso di interesse), in mancanza di patto scritto si applichino le condizioni pubblicizzate.

La doglianza della banca non è fondata.

In primo luogo – ciò vale in particolare per la commissione di concessione/rinnovo fido e quella di disponibilità immediata – oltre a non aver provato il patto scritto, la banca non prova neppure di aver pubblicizzato le commissioni, col relativo importo, "al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso". Vale pertanto la previsione per cui "in mancanza di pubblicità nulla è dovuto".

Secondo, per quanto specificamente concerne la commissione di utilizzo oltre fido, vale la previsione (vigente *ratione temporis*) dell'art. 2-bis del d.l. 29.11.2008 n. 185, convertito in legge 28.1.2009 n. 2 che commina la nullità delle clausole contrattuali aventi a oggetto commissioni "a fronte di utilizzi in assenza di fido".

2.4. usura: Il C.T.U. ha verificato il rispetto dei tassi soglia vigenti *ratione temporis* e riscontrato il superamento della soglia:

- con riguardo al c/c ordinario nei trimestri 3° 2008, 3° 2009, 1° e 4° 2010, 1° e 4° 2011;
- con riguardo al conto n. 1660691 nei trimestri 3° 2009 e 1° e 2° 2011;
- con riguardo al conto n. 100302354 in nessun trimestre.

Ai fini della verifica, come da quesito: 1) il C.T.U. ha conteggiato ai fini del tasso soglia la c.m.s. in quanto costo collegato all'erogazione del credito, e quindi rilevante ex art. 644 co. 4 c.p.; 2) ha quindi utilizzato la formula c.d. Interessi + Oneri prevista dalle Istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM, e trattato la c.m.s. come "onere".

In diritto, a chiarimento di tali scelte, si osserva quanto segue.

Con riguardo al punto 1). La c.m.s. deve essere compresa nel calcolo del TEG. Ciò non soltanto dall'1.1.2010 (prima rilevazione fatta in base alle Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009), ma anche per il tratto anteriore, come commissione manifestamente collegata all'erogazione del credito e quindi rilevante per la determinazione del tasso usurario, secondo la definizione datane dall'art. 644 c.p., ancor prima della superflua, non innovativa previsione dell'art. 2-bis comma 2 del d.l. 29.11.2009 n. 185 (conv. in legge 28.1.2009 n. 2)¹.

In tal senso Cass. pen. 19.2.2010 n. 12028 (conforme Cass. pen. 14.5.2010 n. 28743) secondo cui la c.m.s. rappresenta un "costo collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente [*recte* il fido], 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".

Senonché le Istruzioni della Banca d'Italia, tra il 1997 e il 2009, ai fini della rilevazione del TEGM prevedevano che la c.m.s. fosse rilevata e trattata separatamente ("*C5. Metodologia di calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto. La commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali*") e, in coerenza con tale indirizzo, anche i D.M. trimestrali ribadivano che "*i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata. La percentuale media della commissione di massimo scoperto rilevata nel trimestre di riferimento è riportata separatamente in nota alla tabella*".

E una diffusa tesi (Trib. Milano 3.6.2014; Trib. Ferrara 2.7.2014 entrambe sul sito *Ex parte creditoris*) attribuisce alle Istruzioni della Banca d'Italia il valore di norme tecniche autorizzate, previste al fine di dare uniforme applicazione alla norma primaria, e quindi vincolanti per l'interprete. Da questa premessa Trib. Milano 3.6.2014 ricava la conclusione, peraltro condivisibile e qui non rilevante, che la definizione della formula matematica "interessi + oneri" per il calcolo del TEGM risponde a canoni di ragionevolezza e non può essere disattesa dall'interprete, mentre Trib. Ferrara 2.7.2014 ne ha tratto la conclusione, qui contestata, che la c.m.s. non può rientrare nel calcolo del TEG fino alle rilevazioni compiute sulla base delle Istruzioni dell'agosto 2009.

¹ Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.

L'argomento tuttavia non coglie nel segno. Il punto non è se le Istruzioni e i decreti ministeriali siano fonti autorizzate, né se abbiano valore vincolante, ma quale sia l'ambito di discrezionalità tecnica autorizzato e rimesso alle fonti secondarie.

Non è discusso che, ai sensi dell'art. 2 legge n. 108, la funzione del D.M. consista (cfr. tra molte Cass. pen. 18.3.2003 n. 20148) 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" (comma 2) al fine di determinare e rendere noto alla generalità di banche e intermediari "il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari".

Per contro, deve fondatamente dubitarsi che le norme di rango primario (art. 644 c.p.; art. 2 legge n. 10) attribuiscono alla fonte secondaria il potere di fissare normativamente, e in modo vincolante per l'interprete, i criteri di determinazione del tasso di interesse usurario della singola operazione creditizia (TEG) atteso che l'art. 644 co. 4 c.p. individua il tasso usurario ("si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito") senza fare rinvio a un aggregato di costi predeterminato da una fonte secondaria. Anzi, il *nomen juris* è espressamente tenuto per irrilevante, visto che la remunerazione entra nel calcolo del tasso usurario "a qualsiasi titolo" (art. 644) e "comunque denominata" (art. 2-bis comma 2 del d.l. 185/2008), purché sia onere funzionalmente collegato all'erogazione del credito.

In termini ancora più chiari, 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. Discorso analogo deve farsi per quanto concerne i costi concorrenti alla determinazione del TEGM, visto che le Istruzioni della Banca d'Italia ad es. tuttora escludono la mora dalla rilevazione, benché sia materia di seria controversia la sua dipendenza dall'erogazione del credito.

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, compiuta che sia da una banca di prossimità soggetta all'autorità di vigilanza o dallo strozzino di quartiere.

In conclusione. Le Istruzioni della Banca d'Italia non entrano in conflitto con la norma primaria, perché le loro funzioni sono diverse, rispettivamente di rilevazione del TEGM nel primo caso e del TEG nel secondo. Ma se anche conflitto vi fosse, la sua risoluzione non potrebbe che consistere nella disapplicazione della fonte secondaria, atteso che la legge non autorizza la Banca d'Italia o il Ministro a determinare con effetti vincolanti l'aggregato di costi rilevante ai fini del TEG.

La diversa funzione di TEGM e TEG dà anche soddisfacente risposta all'altro diffuso e inconcludente argomento (da ultimo vedi il cit. Tribunale di Ferrara) della pretesa incomparabilità di grandezze eterogenee: non è possibile, in tesi, considerare ai fini del TEG voci di costo che sono rimaste fuori dalle rilevazioni trimestrali del TEGM.

Viceversa, deve affermarsi che TEGM e TEG, pur nella diversità di funzione, sono grandezze omogenee, non perché composte da un medesimo aggregato di costi, ma perché definite dalla legge con il medesimo criterio ("commissioni remunerazioni spese collegate all'erogazione del credito, escluse imposte e tasse"). Pertanto, le voci di costo escluse dal campo di rilevazione del TEGM – pur se tale esclusione sia in qualche modo frutto di un grave errore dell'autorità di vigilanza, come è il caso della c.m.s. – non possono che trovare soddisfazione e collocazione nel cuscinetto (fino al 2011 pari al 50% del TEGM, ora pari al 25% del TEGM + 4 p.p.) esistente tra TEGM e tasso soglia, senza che possa per converso predicarsene l'esclusione dal TEG.

Con riguardo al punto 2). Sul piano della formula di calcolo del TEG, non sussistono validi motivi per discostarsi dal metodo previsto nelle Istruzioni della Banca d'Italia che – anche anteriormente alle Istruzioni dell'agosto 2009, che hanno finalmente ricompreso la c.m.s. nel calcolo del TEGM – nelle operazioni con utilizzo rotativo e flessibile di un plafond di credito (apertura in c/c, linee di anticipo fatture/documenti, factoring, credito revolving: vedi Istruzioni C3) tengono distinti gli "interessi", proporzionali al saldo debitore per giorni, ossia all'utilizzato, e gli oneri, commisurati all'accordato.

Ora, la c.m.s., per come declinata nella pratica bancaria fino alla legge n. 2/2009 che ne ha sancito la nullità "se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido", è evidentemente una remunerazione collegata all'intensità di utilizzo del credito, indipendentemente dalla sua estensione nel tempo (diversamente dagli interessi) ed è pertanto coerente con tale sua funzione la distinta rilevazione nella categoria degli "oneri".

Trattandosi poi di usura c.d. sopravvenuta rispetto alla conclusione del contratto, il C.T.U. ha provveduto (pag. 39) a ricondurre il 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 è applicabile al caso di specie.

Il D.L. 29.12.2000 n.394 conv. in legge 28.2.2001 n.24 ha infatti definitivamente risolto mediante interpretazione autentica il conflitto interpretativo preesistente (relativo all'art.1815 e all'art.644 c.p.), stabilendo che la verifica del rispetto del c.d. "tasso soglia" previsto dalla legge 7.3.1996 n.108 deve farsi al momento in cui l'interesse viene *convenuto* e non nel momento in cui esso è *corrisposto* o *richiesto* (v. Cass.24.9.2002 n.13868).

La norma di interpretazione autentica non prende esplicitamente in esame il momento, diverso dal *pagamento* o comunque dall'*esazione* dell'interesse, della *maturazione* dell'interesse e, in altri termini, non esclude che un interesse (fisso o variabile) in origine lecito, in ragione del mutato andamento del mercato dei capitali, risulti in epoca successiva superiore al tasso soglia valido per il periodo e perciò usurario.

La giurisprudenza di legittimità, anche successiva all'interpretazione autentica suddetta, risolve correttamente il problema facendo applicazione dell'art.1339 c.c. e sostituendo di diritto al tasso divenuto usurario il minore tasso soglia risultante dal D.M. applicabile *ratione temporis*.

Cfr. da ultimo, con riguardo a un rapporto di c/c, acceso prima della entrata in vigore della legge n. 108, Cass. 11.1.2013 n. 602: "la disciplina di cui alla l. 7 marzo 1996, n. 108 si applica ai contratti (nella specie, conto corrente con tasso d'interesse superiore a quello legale) contenenti tassi usurari, anche se stipulati prima della sua entrata in vigore, ove i rapporti non siano esauriti. Ne consegue che, in applicazione dell'art. 1 l. n. 108 del 1996 e degli art. 1319 e 1419, comma 2, c.c., opera la sostituzione automatica dei tassi convenzionali con i tassi soglia applicabili in relazione ai diversi periodi" (in precedenza vedi tra molte Cass. 13.6.2002 n.8442 e Cass. 24.2.2000 n.5286).

3. In conclusione, il ricalcolo dei saldi fatto dal C.T.U. deve tenersi fermo. Segue dunque che gli opposenti, quali fideiussore (Z) o socio receduto (B) sono debitori di U delle seguenti somme:

c/c 100244250	€	7.150,15
c/ant 1660691	€	82.297,17
c/ant 100302354	€	3.255,11
finanziamento	€	10.765,05
	€	103.467,48

Il decreto ingiuntivo opposto deve quindi essere revocato e deve pronunciarsi condanna per la minor somma oltre interessi legali dalla domanda al saldo. Le spese di opposizione seguono la soccombenza e sono poste a carico degli opposenti in solido: benché la domanda della banca sia stata accolta per una minor somma rispetto alla pretesa, è pacifico (da ultimo Cass. 23.1.2012 n. 901) che la riduzione non equivale a soccombenza, ai fini del regolamento delle spese, pur potendo legittimare un'eventuale

compensazione parziale. Per contro, resta il dato di fatto, difficilmente eludibile, nella valutazione della soccombenza, che gli opposenti non hanno soddisfatto la pretesa della banca neppure per la frazione di pretesa riconosciuta come dovuta. La liquidazione segue i valori medi dello scaglione applicabile. Le spese di C.T.U. devono porsi per un terzo a carico della banca e per due terzi a carico degli opposenti in solido.

PQM

Il Giudice, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria domanda istanza eccezione: dichiara tenuti e condanna Z A e B G in solido tra loro a corrispondere a U S.p.A. la somma di € 103.467,48 oltre interessi legali dalla domanda al saldo; revoca per l'effetto il decreto ingiuntivo opposto; condanna gli attori in solido a rimborsare alla convenuta le spese di opposizione, che liquida in € 13.430,00 per competenze, oltre rimborso spese generali, CPA come per legge e IVA se indetraibile; pone le spese di C.T.U. definitivamente a carico degli attori per quota di 2/3 in solido e della convenuta per 1/3.

Torino, 31 ottobre 2014

Il Giudice
(dott. Enrico Astuni)