

Lanciano, 31/10/17

Egr. Dott.ssa

OGGETTO: OSSERVAZIONI ALLA BOZZA DI CTU - RG
.....

In merito alla bozza di CTU si effettuano le seguenti osservazioni, chiedendo al CTU di farne parte integrante della relazione definitiva che andrà a depositare.

Prima di andare ad effettuare le osservazioni alla CTU in bozza si analizzeranno puntualmente i contratti depositati agli atti di causa:

- contratto di affidamento del 18/2/08 (senza data certa) per il cc n. 1217151, sottoscritto solo dal correntista. Il contratto prevede le seguenti condizioni economiche:
 - fido di 60.000 euro fino al 15/7/08, senza indicazioni di tassi e commissioni;
- modifica delle condizioni economiche del 7/11/11 (senza data certa), per il cc 100022, sottoscritto solo dal correntista, indicante un tasso dal 3/11/11 al 2/12/11 pari al tasso EURIBOR 3M/365 + 4,5%;
- modifica delle condizioni economiche del 30/11/11 (senza data certa), per il cc 100022, sottoscritto solo dal correntista, indicante un tasso dal 21/11/11 pari al tasso EURIBOR 3M/365 + 7,35%;
- modifica delle condizioni economiche del 20/11/13 (senza data certa), per il cc 13360, sottoscritto solo dal correntista, indicante un tasso extra fido, dal 8/11/13, del 15,5%;

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39.346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- contratto di affidamento del 16/5/12, con data certa del 9/7/12, che pattuisce espressamente la pari periodicità degli interessi debitori e creditori, sottoscritto dal correntista indicante le seguenti linee di credito:
 - fido di euro 200.000 fino a revoca sul cc 13360.35 al TAN del 13,5%, TAE del 14,19%, TAEG del 16,42% (tassi validi per entro e fuori fido). Viene pattuita la CDF pari allo 0,5% trimestrale;
 - fido di 800.000 fino a revoca per anticipo su effetti sul cc 100022.39 al TAN del 8,113%, TAE del 8,36%, TAEG 10,50% (tassi validi per entro e fuori fido). Viene pattuita la CDF pari allo 0,5% trimestrale;
 - fido di 25.000 euro fino a revoca per assegni di terzi su cc 13360,35 al TAN del 7,65%, TAE del 7,87%, TAEG del 10% (tassi validi per entro e fuori fido). Viene pattuita la CDF pari allo 0,5% trimestrale.
- contratto di affidamento del 3/9/13, con data certa, che pattuisce espressamente la pari periodicità degli interessi debitori e creditori, sottoscritto dal correntista indicante le seguenti linee di credito:
 - fido di euro 100.000 fino a revoca sul cc 13360.35 al TAN del 14,35%, TAE del 14,96%, TAEG del 17,17% (tassi validi per entro e fuori fido). Viene pattuita la CDF pari allo 0,5% trimestrale e la CIV;
 - fido di 400.000 fino a revoca per anticipo su effetti sul cc 100022.39 al TAN del 8,618%, TAE del 8,618%, TAEG 10,91% (tassi validi per entro e fuori fido). Viene pattuita la CDF pari allo 0,5% trimestrale e la CIV;
- lettera di comunicazione fidi del 12/11/97, sottoscritto dalla banca e dal correntista, il quale pattuisce le seguenti condizioni economiche:
 - 200.000.000 lire valido fino a revoca per apertura di credito in conto corrente al tasso PRIME RATE ABI + 0,125%;

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- 50.000.000 lire valido fino a revoca per anticipazione su assegni di terzi non di comodo;
- 400.000.000 lire valido fino a revoca da utilizzarsi per anticipazioni SBF con condizioni 8% franco commissioni massimo scoperto.
- condizioni di conto corrente del 13/11/97 (no data certa) per il cc 12.171,51, sottoscritto dal correntista, il quale pattuisce le seguenti condizioni economiche:
 - tasso creditore: 4%;
 - tasso debitore: 14% fuori fido, 9% entro fido;
 - cms: 0,125% entro fido oltre 0,125% su fuori fido;
 - spese;
 - valute;
- documento di sintesi del 11/11/03 (no data certa) per il cc 13360/W, non sottoscritto dal correntista, il quale pattuisce le seguenti condizioni economiche:
 - tasso debitore: non superiore al 13,15% (TAE 13,813%)
 - cms: 1,5% trimestrale
 - spese.
- documento di sintesi del 11/11/03 (no data certa) per il cc (non indicato), sottoscritto dal correntista, il quale pattuisce le seguenti condizioni economiche:
 - tasso debitore: non superiore al 13,15% (TAE 13,813%)
 - cms: 1,5% trimestrale
 - spese.

La lunga disamina delle condizioni contrattuali era necessaria per andare a formulare le osservazioni alla bozza di CTU.

I conti oggetto di indagine peritale sono i seguenti:

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- cc ordinario n. 12171.5 dal 14/11/97 (0) al 10/12/09 (euro 1.123,21 a debito del correntista)
- e cc anticipi collegato n. 1217244 dal 1/1/99 (lire 290.199.335 a debito del correntista) al 9/12/09 (0);

- cc ordinario n. 13360 dal 1/4/01 (lire 198.453.014 a debito del correntista) al 30/6/14 (euro 15.149,29 a credito del correntista);
- e cc anticipi collegato n. 100022391 dal 1/1/09 (euro 391.652,87 a debito del correntista) al 31/12/11 (euro 720.094,35 a debito del correntista);

- cc ordinario n. 13904.45 dal 1/1/01 (0) al 30/6/03 (euro 170,17 a debito del correntista).

1) In merito ai conti oggetto di causa ed ai relativi contratti agli atti si rileva quanto segue. Si andrà pertanto a verificare se il conteggio effettuato dal CTU risulta coerente con i contratti agli atti.

1.1) In merito al cc ordinario n. 12171.5 con estratti conto dal 14/11/97 (primo saldo pari a 0) al 10/12/09 (con saldo di euro 1.123,21 a debito del correntista) si precisa che il conto dovrebbe essere ricostruito al netto delle CMS, per quanto detto nel successivo punto 2 (di cui si pattuisce solo l'aliquota percentuale) ed ai tassi 117 TUB dal 18/2/08, in quanto il contratto di fido non pattuisce le condizioni economiche del rapporto. Il contratto del 18/2/08, infatti, non indica nessuna condizione economica e va a sostituire quello iniziale.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

Per il conto corrente oggetto di analisi nessun contratto pattuisce la pari periodicità degli interessi ed il conto dovrà essere ricostruito con capitalizzazione finale degli interessi.

Il CTU nella sua ricostruzione contabile ha invece ricalcolato la CMS nel computo finale e non ha ricalcolato gli interessi al tasso 117 TUB dal 18/2/08, ma ha calcolato gli interessi a tasso banca, opportunamente modificato, fino alla fine del rapporto.

Si chiede pertanto al CTU di adeguare la CTU definitiva rispetto a quanto indicato.

1.2) In merito al cc anticipi n. 1217244 collegato al cc ordinario di cui al punto 1.1) si rilevano estratti conto dal 1/1/99 (con saldo di lire 290.199.335 a debito del correntista) al 9/12/09 (data chiusura del conto). Per tale conto agli atti non risultano essere presente nessuna condizione economica e pertanto il rapporto va ricalcolato ai tassi 117 TUB e al netto della CMS e delle spese.

Il CTU in merito a tale conto elabora un conteggio a tasso banca indicando che per il contratto oggetto di esame è stato pattuito un tasso dell'8%. Probabilmente il CTU si riferisce al comunicazione fidi del 12/11/97 che pattuisce un tasso dell'8% sulle anticipazioni SBF. Ad avviso dello scrivente tale comunicazione non può riferirsi espressamente al conto n. 1217244. Tale carenza consente di poter affermare che il rapporto oggetto d'esame vada ricalcolato al tasso 117 TUB pro tempore vigente.

1.3) In merito al cc ordinario n. 13904.45 si rilevano estratti conto dal 1/1/01 (data apertura) al 30/6/03 (con saldo di euro 170,17 a debito del correntista). In

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

merito a tale conto si rileva che il conteggio effettuato del CTU risulta coerente con le pattuizioni economiche agli atti.

1.4) In merito al cc ordinario n. 13360 si rilevano estratti conto dal 1/4/01 (con saldo di lire 198.453.014 a debito del correntista) al 30/6/14 (con saldo di euro 15.149,29 a credito del correntista). In merito a tale conto è opportuno precisare quanto segue.

Il contratto del 11/11/03 non risulta firmato dal correntista ed in ogni caso la pattuizione di un tasso pari al 13,15% massimo non rispetta i requisiti di determinatezza e determinabilità richiesti dalla normativa. Il contratto indica un tasso massimo applicabile, ma quale è il tasso che è stato pattuito?

Inoltre il contratto del 11/11/03 pattuisce la CMS solo in merito alla aliquota del 1,5% e alla periodicità di applicazione (trimestrale). Non viene determinata la modalità di calcolo della CMS, requisito indispensabile, come si vedrà nel successivo punto 2, per qualificare correttamente la CMS.

L'altro contratto, sempre del 11/11/03, risulta firmato dal correntista ma non ha indicazione del numero di conto e pertanto non si può definire con certezza che tale contratto si riferisca al conto corrente oggetto di esame.

Visto quanto indicato il conto n. 13360 non può essere ricalcolato ai tassi banca dal 11/11/03 e alle CMS indicate in contratto, come effettuato dal CTU, ma dovrebbe essere ricalcolato ai tassi 117 TUB e al netto delle CMS fino alla nuova pattuizione contrattuale del 16/5/12.

Il conto corrente oggetto d'esame va ricalcolato fino al 16/5/12 con capitalizzazione semplice, in quanto il contratto del 11/11/03 non pattuisce la pari periodicità di capitalizzazione degli interessi debitori e creditori. L'indicazione, posta sulla prima pagina del contratto, che indica la liquidazione

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

trimestrale degli interessi non è sufficiente a determinare un conteggio con capitalizzazione trimestrale, in quanto la clausola che prevede la pari periodicità di capitalizzazione degli interessi, deve essere espressamente accettata dal correntista. Il contratto in esame non prevede tale accettazione esplicita.

Infine, si rileva che il contratto di affidamento del 16/5/12 indica un TAEG del 16,42% che risulta essere ben al di sopra della soglia di usura del 15,8125% per la specifica categoria di operazione e classe di importo. Il TAEG oltre soglia è stato calcolato dalla Banca e non dal sottoscritto e tiene conto come espresso anche nel corpo del contratto stesso, della CDF che le circolari stesse della Banca d'Italia indicano confluire nel calcolo del TEG. Non esistono pertanto dubbi sul fatto che tale contratto sia in usura contrattuale.

Visto quanto indicato, dalla data del 16/5/12, in applicazione dell'articolo 1818 cc, il rapporto va ricalcolato applicando zero interessi.

- 1.5) In relazione al cc anticipi n. 100022391, collegato al conto di cui sub 1.4) si hanno gli estratti conto dal 1/1/09 (con saldo di euro 391.652,87 a debito del correntista) al 31/12/11 (con saldo di euro 720.094,35 a debito del correntista). Per tale conto si rileva corretta l'applicazione del tasso banca dal 7/11/11 e della capitalizzazione finale degli interessi, per come operata dal CTU.
- In merito al tale conto si rileva che il contratto di fido del 3/9/13 il quale pattuisce un TAEG del 10,91% risulta essere in usura pattizia, in quanto il tasso soglia per la specifica operazione era del 10,85%. Si chiede pertanto al CTU di voler azzerare tutti gli interessi in applicazione dell'art. 1815 cc, dal 3/9/13.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- 2) In merito alla richiesta di escludere dal rapporto la CMS per i conti oggetto di causa si rileva quanto segue.

La tecnica bancaria esprime molteplici modi di calcolo della CMS: esiste la CMS applicata solo sul limite di fido; esiste la CMS applicata sul massimo saldo per valuta trimestrale, quella applicata sul massimo saldo per valuta per un numero di giorni di scopertura maggiore di 10, etc...

I contratti agli atti non pattuiscono la modalità di calcolo della CMS rendendo tale onere di difficile interpretazione iniziale. In sostanza la CMS risulta indeterminata ed indeterminabile. Soltanto dalla lettura congiunta del contratto e degli estratti conto, successivi alla stipula, è possibile definire il criterio adottato dalla Banca per determinare la CMS.

Posto che i requisiti di determinabilità della CMS sono la pattuizione di una aliquota, la pattuizione della periodicità di addebito e della modalità di calcolo, e difettando i contratti agli atti dell'ultimo requisito, si chiede al CTU di voler ricalcolare il rapporto al netto della CMS addebitata, per come dettagliato nel punto 1 delle presenti osservazioni.

- 3) In merito al calcolo del TEG che esclude la CMS fino al 31/12/09, si riporta quanto segue.

L'interpretazione seguita dal CTU anche se richiesta dal quesito posto, sembra essere abbastanza semplicistica e sicuramente non esaustiva visto dell'accesso dibattito sui metodi di calcolo del TAEG.

Visto quanto indicato è opportuno fare chiarezza.

Due omologhe Cassazioni Civili nel 2016, la n. 12965 e la n. 22270, sembrerebbe abbiano modificato gli orientamenti della giurisprudenza sul calcolo del TEG in merito alla usura sopravvenuta su conto corrente.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

Per comprendere le due Cassazioni Civili del 2016 definiamo secondo dottrina e tecnica bancaria della Commissione di Massimo Scoperto.

In contrapposizione alle formule indicate nel calcolo dell'usura, utilizzate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei Tassi Effettivi Medi globali, si ha la formula del TEG denominato TEG finanziario, calcolato con la seguente formula:

$$\text{TEG} = (\text{INTERESSI} + \text{SPESE} + \text{CMS}) * 36500 / \text{NUMERI DEBITORI}$$

La formula indicata è quella con la quale in matematica finanziaria si calcola un tasso e stabilisce l'esatto costo del capitale preso a prestito. In tale formula tutti i costi legati alla erogazione del credito (Interessi, Commissioni di Massimo Scoperto e Spese) sono raffrontate al capitale, espresso nei numeri debitori.

Sono tre le Cassazioni Penali che stabiliscono che le Commissioni di Massimo Scoperto vanno incluse nel calcolo del TEG ai fini dell'usura: la n. 262 del 19/2/10, la n. 12028/10 e la n. 46669/11.

La Cassazione Penale n. 262 del 19/2/10 stabilisce che le Commissioni di Massimo Scoperto sono un onere che l'utente bancario sopporta in connessione con l'uso del credito e rappresenta un costo collegato indiscutibilmente all'erogazione del credito stesso, 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. Ciò comporta che nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito, deve tenersi conto anche delle CMS, ove praticata.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

La Cassazione Penale n. 12028 del 2010 indica che il chiaro tenore letterale del quarto comma dell'articolo 644 del codice penale, secondo il quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito, impone di considerare rilevante ai fini dell'usura tutti gli oneri collegati alla erogazione del credito. Tra essi la CMS che e' un onere sicuramente legato alla erogazione del credito, dato che ricorre tutte le volte che il cliente utilizza lo scoperto di conto.

Tale interpretazione risulta avvalorata dalla Legge 2/09 che può considerarsi norma di interpretazione autentica del 4 comma art 644 codice penale.

A confermare l'inclusione nel calcolo del TEG della CMS la Cassazione Penale n. 46669 del 2011 la quale stabilisce che le circolari Banca D'Italia non hanno valore ai fini della interpretazione della legge sull'usura.

A modificare gli orientamenti delle Cassazioni Penali le due omologhe Cassazioni Civili del 2016, la n. 12965 e la n. 22270/16 le quali stabiliscono che la CMS applicata dalle banche ante Legge 2/09 non deve essere presa in esame quale base di calcolo del tasso usurario fino al 31/12/09. A sostegno di tale tesi il fatto che i Decreti Ministeriali che hanno rilevato il TEGM (dal 97 a tutto il 2009), sulla base delle istruzioni della Banca D'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario. Ne consegue che l'articolo 2 del Decreto Legislativo n. 185 del 2008, introdotto con la Legge di conversione n. 2 del 2009, non e' norma di interpretazione autentica dell'articolo 644, comma 3, codice penale, bensì disposizione con portata innovativa dell'ordinamento. Da ciò deriva che per i rapporti bancari esauriti prima del 1 gennaio 2010, per il calcolo del TEG, non si deve tener

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

conto delle CMS applicate dalla banca essendo il giudice a valutare il rapporto con dati omogenei.

Come si può notare la Cassazione Civile del 2016 reintroduce il concetto di omogeneità dei tassi: se nella rilevazione del TEGM non si tiene conto della CMS fino a tutto il 2009, per omogeneità di raffronto non si potrà includere la CMS nel calcolo del TEG per fino al 2009.

Ma la CMS va inclusa nel calcolo del TEG oppure va esclusa?

Per risolvere questa annosa questione si deve andare a ricercare la definizione della Commissione di Massimo Scoperto, che è anche quello che ha fatto la Cassazione Civile del 2016.

La dottrina, riporta la Cassazione n. 12965 del 2016, si è posta la ricerca di una causa giustificatrice della CMS ritenendo che tale commissione, alternativamente, andasse a remunerare il maggior rischio della banca di recupero del credito derivante dall'incremento dell'esposizione debitoria del cliente nel periodo o il costo sostenuto dalla banca per far fronte a richieste di denaro improvvise e ulteriori rispetto alla media di utilizzazione del finanziamento.

Tale definizione è però più vicina alla Commissione di Messa a Disposizione Fondi (CDF) introdotta dopo il 2009, che a quella della Commissione di Massimo Scoperto, ed è molto simile a quella data dalla Banca D'Italia già' nelle istruzioni del 2001.

La circolare in oggetto indica che la CMS nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pre compensare la rapida espansione dell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso, che viene applicato quando il saldo risulti a debito per un determinato numero di giorni, viene calcolato sullo scoperto massimo del periodo di riferimento.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

Tale definizione è però in sicuro contrasto con la prassi bancaria che ha sempre applicato la CMS sul massimo scoperto anche giornaliero venendo in sostanza a duplicare l'interesse applicato.

La prassi bancaria si è allontanata dalla definizione della CMS che voleva che la CMS venisse calcolata sulla differenza tra affidato e utilizzato e non sul massimo scoperto per valuta come da prassi bancaria. La Banca d'Italia con le sue istruzioni non ha fatto altro che ratificare i comportamenti delle banche difformi dalla tecnica bancaria.

Altre Cassazioni Civili, antecedenti di quelle del 2016, avevano correttamente definito la Commissione di Massimo Scoperto.

La Cassazione Civile n. 11172/02 indica che la CMS o è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione una somma per un periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo.

Già si intravedeva l'inclusione della CMS nel TEG qualora applicata come da prassi.

Si puntualizza che la CMS non deve essere computata ai fini del calcolo del TEG ed allora dovrebbe essere conteggiata alla fine definitiva del conto.

Nella Cassazione Civile n. 870 del 18/1/06 la CMS viene definita come remunerazione accordata dalla banca per la messa a disposizione dei fondi indipendentemente dall'effettivo utilizzo.

La Cassazione Civile n. 4518 del 2014 indica che La natura e la funzione della CMS non si discosta da quella degli interessi anatocistici essendo entrambi destinati a remunerare la banca dei finanziamenti erogati.

Se le CMS vengono definite come indicato dalle Cassazioni sopra esposte è evidente che la Commissione di Massimo Scoperto non può essere calcolata come da prassi bancaria.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

E allora se la banca calcola la CMS sul massimo scoperto, come avviene nella totalità dei casi per il periodo ante 2009 non è corretto escluderla dal calcolo del TEG.

Ci viene incontro una illuminante sentenza del Tribunale di Pistoia del 20/10/16 la quale stabilisce che solo la funzione di corrispettivo della tenuta a disposizione del fido concesso può avallare l'indicazione della Banca D'Italia di non annettere la CMS agli interessi ma di considerare una sua autonoma funzione. Solo questa funzione autonoma può escludere la CMS dal vaglio dell'usura.

Non c'è ragione per escludere la CMS al vaglio dell'usura quando questa viene applicata sul massima esposizione del conto, sia entro che fuori fido. Solo considerando la CMS come remunerazione della messa a disposizione del fido rimasto inutilizzato, e limitatamente al periodo di detto mancato utilizzo, consente di escludere la CMS da vaglio dell'usura.

Quindi se la CMS è stata applicata, per il periodo ante 2009, come da dottrina, vale a dire sulla differenza tra utilizzato ed accordato non andrebbe inclusa nel calcolo del TEG in quanto la CMS non sarebbe annessa agli interessi ma avrebbe una sua autonoma funzione.

Qualora invece sia stata applicata come da prassi bancaria, vale a dire sul massimo scoperto per valuta va inclusa nel calcolo del TEG in quanto annessa agli interessi.

Anche altri Tribunali di merito hanno smentito quanto indicato dalla Cassazione Civile n. 12965/16: il Tribunale di Padova con sentenza n. 3018 del 2016 ed il Tribunale di Taranto con sentenza n. 360 del 31/1/17, il Tribunale di Torino con sentenza del 3/1/17 ed il Tribunale di Udine con sentenza n. 23 del 4/1/17.

Il Tribunale di Taranto indica che la normativa secondaria (cfr. articolo 3, comma 2, dei vari Decreti Ministeriali succedutisi nel tempo) prevedeva che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'articolo 2,

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura", emanate dalla Banca d'Italia. In essi è detto, sin dal 30.09.1996 che la CMS non entra nel calcolo del TEGM, dovendo essere rilevata separatamente. Anche i Decreti Ministeriali, cui la legge demanda la rilevazione trimestrale dei TEGM, 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". Normativa secondaria che però va dichiarata in contrasto con la fonte primaria in materia e cioè l'articolo 644 codice penale, che al IV comma così statuisce: " 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 alla erogazione del credito" e quindi l'atto amministrativo normativo illegittimo va disapplicato.

Fortemente critiche alle Cassazioni Civili del 2016 due sentenze del Tribunale di Torino e Udine.

Il Tribunale di Torino, con sentenza del 3/1/17 enuncia che la Cassazione Civile 12965/2016 va in grave contrasto con la giurisprudenza della Cassazione precedente, infatti, anche la CMS deve essere compresa nel calcolo del TEG indipendentemente dalle istruzioni della Banca d'Italia. E' illegittimo lo scorporo del TEGM della CMS ai fini del calcolo usuraio.

Le critiche della sentenza alla Cassazione del 2016 sono così sintetizzabili:

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- Secondo la Cassazione del 2016 la fonte secondaria avrebbe prevalenza sulla legge, vale a dire che la prassi che ha attuato l'articolo 644 del codice penale sarebbe prevalente sull'articolo 644 stesso;
- Come indicato 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.

Per il Tribunale di Udine, nella sentenza n. 23 del 4/1/17 n. 23 il fatto che le banche abbiano seguito nella rilevazione dei tassi medi TEGM le istruzioni della Banca d'Italia che non comprendevano, fino al 2009, la CMS, non rileva ai fini del calcolo del TEG.

Non convince la tesi della omogeneità dei tassi da raffrontare (Tasso Soglia Usura) e TEG sviluppata dalle Cassazioni Civili n. 12965 e 22270 del 2016.

L'usura viene determinata quando il TEG supera il tasso soglia usura per come rilevato dai Decreti Ministeriali. Se la Banca d'Italia ha dato istruzioni non coerenti con la previsione di cui all'articolo 644 codice penale non rileva, posto che tale scorrettezza non può andare a svantaggio dei correntisti.

Le istruzioni della Banca d'Italia non possono né abrogare né delegare l'articolo 644 del codice penale.

Alla luce di quanto detto, sui rapporti oggetto di causa, la CMS è stata applicata sul massimo scoperto per valuta e pertanto dovrebbe essere inserita nel calcolo del TEG.

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

- 4) Per tutti i conteggi proposti il CTU effettua due conteggi: il primo partendo dai primi estratti conto prodotti dal correntista ed il secondo partendo dalla prima serie continua di estratti conto prodotta dal correntista. Nella prima ipotesi di conteggio il CTU effettua correttamente una quadratura dei saldi per i periodi mancanti. Si rileva che nella ricostruzione contabile effettuata mancano pochissimi trimestri di seguito riportati:
- in merito al cc ordinario n. 12171.5 dal 14/11/97 al 10/12/09 manca il quarto trimestre 2001 ed il primo trimestre 2009.
 - in merito al cc anticipi n. 1217244 dal 1/1/99 al 9/12/09 manca il quarto trimestre 2001, il primo trimestre 2009 ed il terzo trimestre 2009.
 - in merito al cc ordinario n. 13360 dal 1/4/01 al 30/6/14 manca il quarto trimestre 2009, il secondo trimestre 2010 ed il secondo trimestre 12;
 - in merito al cc anticipi collegato n. 100022391 dal 1/1/09 al 31/12/11: manca il secondo, terzo e quarto trimestre 2010;
 - in merito al cc ordinario n. 13904.45 dal 1/1/01 al 30/6/03: manca il quarto trimestre 2001.

In primo luogo si precisa che vista la durata dei rapporti (alcuni rapporti risalgono al 1997), la mancanza di qualche estratto conto non può determinare variazioni sensibili ai risultati al quale è giunto il CTU, la CTU subirà variazioni impercettibili. La quadratura contabile effettuata dal consulente del Giudice è un procedimento condiviso dalla tecnica e in uso su questo tipo di procedimenti. In pratica si immette una partita fittizia nel periodo mancante che va a quadrare il saldo finale ed il saldo finale del “buco documentale”. Tale operazione sicuramente non determina una relazione errata e sicuramente non avvantaggia il correntista. Qualsiasi addebito o accredito sia avvenuto nel periodo mancante non può assolutamente peggiorare la ripetizione degli interessi del correntista ma, invece, può sicuramente produrre meno

Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

ristorni a favore dello stesso. In sostanza, la mancanza di qualche estratto conto non può che avvantaggiare la banca in quanto per i trimestri mancanti non si possono rettificare le poste contabili addebitate. Visto quanto indicato, la mancanza di qualche trimestre su conti correnti di quasi venti anni di durata non può determinare una CTU inattendibile.

Visto quanto indicato il conteggio seguendo l'ipotesi che prevede di effettuare il calcolo dalla prima serie continua di estratti conto è fuorviante.

In conclusione si chiede al CTU di voler effettuare un calcolo secondo i seguenti parametri:

- **in merito al cc 12171.5 applicare la capitalizzazione finale degli interessi, senza includere nel conteggio il ricalcolo della CMS e applicare il tasso 117 TUB per quanto indicato al punto 1.1;**
- **in merito al cc 1217244 applicare il tasso 117 TUB al netto di CMS e spese, per quanto indicato al punto 1.2;**
- **in merito al cc 13360 applicare il tasso 117 TUB e capitalizzazione semplice fino al 16/5/12 e da tale data azzerare tutti gli interessi addebitati, per quanto indicato al punto 1.4;**
- **in merito al cc 100022391 azzerare gli interessi dal 3/9/13, per quanto indicato al punto 1.5;**
- **effettuare quantomeno un conteggio alternativo che includa la CMS nel calcolo del TEG per il periodo antecedente al 31/12/09.**

Cordialmente.

Dott. Roberto Giansalvo

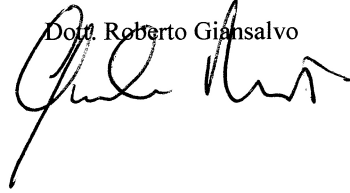
Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39.346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it

Dott. Roberto Giansalvo



Dott. Roberto Giansalvo

Sede legale Via Malcanton 4, TRIESTE (TS) - - Sede Operativa: Via Monte Maiella, 19 - LANCIANO (CH)

Tel e Fax 0872.724312 - Cell +39 346.2445300 - Fax mobile 178.6004608

Pec: roberto.giansalvo@pec.it - Mail: boss@studiogiansalvo.it - giansalvo.roberto@gmail.com

www.studiogiansalvo.it