

## 1. Parte Introduttiva. Appunti sul contenzioso.

Trattare, oggi, di contenzioso bancario significa entrare nei meriti di un settore incerto e per certi aspetti lacunoso. Poiché si lega a **molteplici procedure** e fattispecie concrete variegata, ogni caso merita un trattamento specifico e “sartoriale”, affatto standardizzato, da parte di tutti gli attori interessati, identificati nei consulenti, avvocati e dottori commercialisti, magistrati. Leggendo la **corposa giurisprudenza** che correntemente e costantemente invasa le banche dati di settore, affiorano tematiche così molteplici, variegata e spesso contraddittorie, che il parere tecnico e giuridico delle parti coinvolte gioca un ruolo spesso decisivo per la buona amministrazione di ciascuna controversia. Si parla, infatti, di **oneri probatori, forma scritta, accertamento dell’effettiva onerosità del rapporto e del rispetto degli obblighi di trasparenza, usura, anatocismo, legittimazione attiva e passiva delle controparti**. Compito del consulente tecnico di parte è senz’altro quello di valutare tutti gli elementi probatori in maniera dinamica nonché il loro impatto in termini prettamente economici, prima che giuridici, adattando **le valutazioni, da un lato, ad ogni singola fattispecie, dall’altro, ai correnti (e variegati) orientamenti del foro che amministrerà il contenzioso**. Tutti gli attori sono sempre chiamati a ben interpretare il contesto o la procedura entro cui i rapporti bancari si svolgono (o si sono svolti) e la tipologia dell’utente bancario assistito:

- Cliente moroso, a rischio segnalazione o già messo al rientro;
- Procedure concorsuali (tra cui, fallimenti già dichiarati);
- Aziende versanti in stato di crisi in procinto di affrontare una procedura di prevenzione;
- Esecuzione immobiliare;
- Cliente in “bonis”;
- Garante.

Le situazioni elencate, seppur diverse l’una dall’altra, godono di un fattore comune: **la preventiva valutazione di illegittimità e vizi contrattuali e gestionali dei rapporti banca-utente**. Sul punto, è sempre doveroso e consigliabile:

1. inquadrare preliminarmente ogni rapporto nello scenario in cui è posto;
2. valutare la presenza di eventuali irregolarità, quantificarle, farle emergere, dimostrarle in consulenze tecniche di parte.
3. **valutare – assieme al legale – le variegata (spesso contraddittorie) interpretazioni di carattere giurisprudenziale più ricorrenti, nonché di quelle seguite nel foro competente. Leggendo, infatti, i quesiti proposti dai Giudici di merito, si notano diversità evidenti, non solo da un punto di vista dell’interpretazione in punto di diritto, ma anche e soprattutto di “approccio tecnico”.**

Non bisogna nascondere di come l’approccio “tecnico” richiamato sia decisamente influenzato dal diritto.

Allo stato attuale, infatti, **solo una parte di tutte** le molteplici contestazioni possibili può dirsi ragionevolmente consolidata (es. **anatocismo, nullità degli “usi su piazza”**), frutto anche delle numerose pronunce che si sono espresse nell’ultimo ventennio (che poi, il dott. Sirgiovanni andrà ad elencare).

**Molte altre possibili contestazioni**, sono soggette ed assoggettabili a numerose interpretazioni distinte, in ogni stato e grado di giudizio, spesso alternativi e contrastanti, e sottoposte a repentine evoluzioni in lassi temporali tutto sommato brevi. Si pensi a tutti i profili legati al tema dell’usura (soprattutto in tema di CMS e **interessi moratori**). Dopo vent’anni di pronunce di Cassazione in tema di usurarietà della mora (non lontana, si rimmenta la Ord. 27442/2018 del 30.10.2018), è stata sufficiente una pronuncia di segno opposto per rendere concreta la **rimessa di ogni decisione alle Sezioni Unite (Cass. 26946/2019)** sulle modalità in cui la mora debba essere valutata ai fini dell’usura ed agli effetti nel caso in cui questa si trovi convenuta ab origine in misura superiore al Tasso Soglia corrispondente. Su questo punto, **l’art. 2 c. 2 L. 108/96 è molto chiaro nel distinguere il TEG per distinte “categorie di credito”, che siano “omogenee, tenuto conto della natura, dell’oggetto, dell’importo, della durata, dei rischi e delle garanzie”, ma non di costo.** Non sta scritto in nessun articolo di legge che la mora, quale costo del credito in caso di inadempimento, debba avere una propria “soglia” di paragone. **L’Ordinanza n. 27442 del 30.10.2018** della Corte Di Cassazione espressamente ha ribadito tale principio. Non a caso, il MEF, ogni anno, nel pubblicare le “categorie di credito” summenzionate – e non di costo – e per le quali debbano essere rilevati i TEG “fisiologici”, non prevede l’espressa indicazione del Tasso Moratorio. Per quanto mi riguarda, ma questo è un modesto giudizio personale, è più corretto accostare il TM nominale al Tasso Soglia della categoria di riferimento (es. “mutui”; “altri finanziamenti”, ecc.).

Su tale ultimo punto, merita aprire una piccola parentesi in relazione a **c.d. Mutui Edilizi o a “Stato di Avanzamento dei Lavori”**. Pur avendo le medesime caratteristiche dei mutui ipotecari ordinari, ad eccezione del periodo in cui il credito concesso viene erogato ratealmente, le “Istruzioni” ricomprendevano tale tipologia di finanziamento agli “altri finanziamenti” anziché ai “mutui assistiti da garanzia”. Segnalo la recente sentenza della **Corte di Cassazione (sentenza n. 22380/2019 del 06.09.2019)** che ha stabilito il principio per cui: *“In tema di interessi usurari, in caso di dubbio circa la riconducibilità dell’operazione all’una o all’altra delle categorie, identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, si devono individuare i profili di omogeneità che l’operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie prese in considerazione dai detti decreti, attribuendo rilievo ai parametri normativi individuati dall’art. 2, comma 2, l. n. 108/1996 e apprezzando, in particolare, quelli, tra essi, che, sul piano logico, meglio connotino il finanziamento preso in esame ai fini della sua inclusione nell’una o nell’altra classe di operazioni; in conseguenza, tenuto conto dei rischi e della garanzia prestata, DEVE RITENERSI CHE IL TASSO SOGLIA*

**FISSATO PER IL FINANZIAMENTO A STATO DI AVANZAMENTO ASSISTITO DA IPOTECA SIA QUELLO PREVISTO RATIONE TEMPORIS PER I MUTUI CON GARANZIA REALE".**

Vi sono, ancora, numerose criticità di carattere prettamente tecnico che iniziano ad essere esaminate, pur con non poche difficoltà, dai Tribunali di merito grazie anche alla sempre più nutrita e consolidata letteratura scientifica (vd. Annibali, Olivieri, ma anche Levi, ecc.) ma, spesso, non ben accolti né recepiti dai Giudici di merito né dai CTU dagli stessi chiamati a valutare le criticità contrattuali. In questo caso, il riferimento è relativo al dibattutissimo tema – già trattato in numerosi convegni altamente specializzati – dell'indeterminatezza e alla scarsa trasparenza insita nei piani di ammortamento alla francese dei finanziamenti a rimborso rateale (mutui ipotecari, prestiti al consumo, leasing finanziari), che quotidianamente aziende, liberi professionisti e consumatori sottoscrivono, spesso senza conoscerne i meccanismi che gli regolano.

Si legge spesso di cause impostate sull'eccezione di anatocismo nei piani di ammortamento a "rata costante" quando, a modesto parere del sottoscritto, è preferibile parlare di "vizi di trasparenza", meccanismi di calcolo non resi noti atti a generare interessi secondari "occulti" o non espressamente esplicitati, omessa indicazione e sottoscrizione di clausole che prevedono meccanismi di calcolo più onerosi rispetto a quello naturale della "capitalizzazione semplice" espressa dall'art. 820 e 821 CC. E' lo stesso Codice Civile, infatti, che impone il principio di BUONA FEDE ed interpretazione dei contratti "lacunosi" o "oscuri" sempre nel senso più favorevole di chi sottoscrive un c.d. "contratto di adesione". Quando si tratta di contratti bancari in genere (ma anche finanziari, di cui volutamente non parliamo per – ahimè – scarsità di tempo), non dimentichiamo che è l'azienda bancaria che sottopone "moduli" e contratti già predisposti a cui l'utente aderisce, spesso senza conoscerne tutti gli aspetti. Ecco perché, dopo approfonditi studi e approfondimenti, il tema della presenza o meno di determinatezza nei piani di ammortamento presuppone un'indagine preventiva e tecnica complessa ma, allo stesso tempo, affascinante. Da questo punto di vista colpisce molto la lettura di tutti quei provvedimenti da cui si evince che il Magistrato, senza alcun ausilio tecnico, ritenga determinato un "piano di ammortamento" alla francese solo perché il contratto indica la periodicità dei pagamenti, il numero delle rate e l'importo erogato, il Tasso Annuo Nominale, l'importo della rata costante iniziale (salvo sue indicizzazioni); ed allega, all'atto notarile, un piano di ammortamento con l'evidenza delle quote di capitale. Può in quel caso il Magistrato conoscere tutte le tipologie di formule avrebbero potuto regolare, ex ante, il rimborso del finanziamento?

L'aspetto non è di poco conto, soprattutto in un campo, come quello del contenzioso bancario, in cui il quadro normativo di riferimento è molto attento alla TRASPARENZA di tutte le condizioni contenute nei contratti. In tal senso, ci affidiamo al TUB, alle collegate Delibere CICR, ma anche ad alcune circolari della Banca D'Italia finalizzate a rendere i rapporti il più possibile trasparenti. Al di sopra di questi, pongono in evidenza

anche le Direttive Europee disciplinanti le formule del TAEG. Le domande a cui i CTP (ma anche i CTU) sono chiamati a rispondere, in fase di opposizione a decreto ingiuntivo o di ammissione allo stato passivo di procedure fallimentari, riguardano non tanto il fatto se un credito è stato effettivamente erogato, ma si focalizzano su tutti gli aspetti accessori (frutti del denaro, modalità di rimborso, ecc.) e il loro rispetto alla normativa tempo per tempo vigente.

Riacciandosi al tema dell'usura, con riferimento all'annosa questione della **c.d. omogeneità (da ultimo, Cass. Civ. SU 16303/2018)** dei valori, la giurisprudenza consolidata può esser d'accordo nel ritenere necessario l'utilizzo delle formule indicate nelle c.d. **"Istruzioni di Banca D'Italia"**. Detto questo, non bisogna mai scordarsi che le rammentate **Istruzioni siano principalmente indirizzate agli intermediari al fine di rilevare un valore che sia il più possibile omogeneo e fisiologico, non inquinato da elementi patologici e che potrebbero distorcere al rialzo**. Perché a questo, come sappiamo, occorre applicare le maggiorazioni di legge per fissare il c.d. Tasso Soglia. Ed è proprio per questo motivo che gli intermediari sono tenuti ad escludere tutti quei rapporti che non sono in bonis o che sono regolati a condizioni non di mercato (tra cui: crediti classificati a sofferenza; crediti erogati a tassi agevolati, ecc.), così come, per lo stesso ragionamento, sono esclusi tutti quegli elementi che caratterizzano i rapporti patologici, come, appunto, la mora. Al di là della tipologia di oneri da includere in fase di accertamento del TEG ai fini della L. 108/96, la giurisprudenza sembra ormai dell'avviso che, quanto meno le formule, debbano esser quelle utilizzate per determinare i Tassi Effettivi Globali Medi.

Per quanto riguarda la formula di mutui/leasing e altri finanziamenti la formula è quella recepita dal DM del 08.07.1992 a fronte della Direttiva Europea 87/102/CEE. Ciò che cambia, è soltanto la tipologia di oneri da includere/escludere ai fini di ciascun calcolo. Si precisa che tale formula è costruita in regime di capitalizzazione composta (esprime, dunque, un tasso composto), ma ciò non significa, come meglio precisati nella seconda parte dell'intervento, che i piani di ammortamento debbano essere costruiti in tale regime. La finalità del TEG (L. 108/96) e del TAEG (DM 08.07.1992) è solo quella di rendere confrontabili dei valori il più possibile omogenei dal punto di vista del criterio di calcolo. Del resto, lo stesso DM 08.07.1992, per consentire al consumatore la confrontabilità di prodotti offerti da più intermediari, **evidenzia che il TAEG è un indicatore sintetico e convenzionale del costo totale del credito, da determinare mediante la formula prescritta qualunque sia la metodologia impiegata per il calcolo degli interessi a carico del consumatore**. Quindi, sia che il contratto pattuisca un regime "semplice" ovvero "composto" il TAEG s'intende l'indicatore ricavato con la formula sopra richiamata.