

# La non convincente ricostruzione "atomistica e separata" del comma 6° e 7° dell'art. 125 bis

di AVV. ANTIMO VALLE

Decisioni Commentate: **ABF Roma N. 1215 del 29 ottobre 2010<sup>1</sup>**; **ABF Collegio di Coordinamento N. 1430 del 18 febbraio 2016<sup>2</sup>**

## PREMESSA

(...)...Contratto di mutuo Fondiario, stipulato in data 26-04-2007 importo 230.000,00, ed estinto anticipatamente in data 28-01-2013 con il pagamento residuo dell'importo di 190.601,63 da parte dei ricorrenti con riscontro di profili di usurarietà ed erronea indicazione del T.A.E.G. (I.S.C.).

Veniva citata in giudizio la BANCA POPOLARE DI SVILUPPO SOC. COOP. PER AZIONI da parte dei ricorrenti A. e M. difesi dall'avv.to Antimo Valle, il quale per effetto di una erronea indicazione del T.A.E.G. (I.S.C.) in contratto, veniva richiesta una restituzione per l'accertamento negativo del credito la somma di euro 36.597,89 quale risultanza dedotta della perizia di parte. A seguito di richiesta nomina e successiva ammissione della C.T.U. venivano disposti da parte del Giudice i seguenti quesiti:

**a) Se il contratto ha indicato il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi gli eventuali maggiori oneri in caso di mora; ed in caso affermativo rideterminare il saldo in applicazione dell'art. 117 TUB individuando le somme indebitamente pagate;**  
**b) Se esiste difformità tra il TAEG dichiarato in contratto e quello effettivamente praticato, in caso affermativo, rideterminare il TAEG ai sensi dell'art. 125 bis, VI e VII comma, del TUB rideterminando il saldo ed individuando le somme indebitamente percepite, e, nell'effettuare le rideterminazioni si tenga**

**conto, con prospetto separato dei pagamenti effettuati oltre il decennio dalla domanda.**

Il CTU nel ricalcolare il T.A.E.G. tenendo conto di tutte le spese collegate all'erogazione del credito riscontrava una difformità tra il T.A.E.G. dichiarato nel contratto e quello effettivamente praticato e nel rideterminare il T.A.E.G. ai sensi dell'art. 125 bis, VI e VII comma, del TUB venivano riscontrate somme indebitamente pagate e nella fattispecie interessi versati dalla parte attrice per euro 22.027,68.

## I RIFERIMENTI NORMATIVI

Il quadro normativo di riferimento per l'erronea indicazione del T.A.E.G. (I.S.C.) in contratto inizia dalle disposizioni normative, relative, alla trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari, la **Legge n. 154 del 17 febbraio 1992** segna un primo fondamentale passo con riferimento al contenuto tipico dei contratti bancari. In particolare, l'**art. 4, I comma**, della stessa prevede l'obbligo per i contratti "*di indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora*". Al II comma di tale articolo, inoltre, viene prevista la facoltà della banca di variare le condizioni a sfavore del cliente. Nello stesso viene precisato che "*l'eventuale possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione*" deve trovare espressione nel contratto, attraverso una apposita clausola

Note:

1) Si allega a pagina 10 la decisione ABF richiamata nell'articolo.

2) Si allega a pagina 15 la decisione ABF richiamata nell'articolo.

approvata specificatamente dal medesimo. Nell'art. 4, infine, sono prescritte due specifiche ipotesi di nullità: il III comma, in particolare, stabilisce che "le clausole contrattuali di rinvio agli usi" sono nulle e si considerano non apposte, mentre il IV comma prevede che le clausole che indicano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti, di quelli resi pubblici, sono nulle. Nel caso di clausole contrattuali che prescrivono tassi, prezzi e condizioni contrattuali più sfavorevoli per il cliente, di quelle pubblicizzate, come in assenza di specifica indicazione delle stesse, il successivo art. 5 prevede l'applicazione:

- "del tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del Tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive;
- degli altri prezzi e condizioni resi pubblici nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto."

Le disposizioni menzionate trovano accoglimento nei commi dal IV al VII dell'art. 117 Titolo VI ("Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti") - Capo I ("Operazioni e servizi bancari e finanziari") del **Decreto Legislativo n. 385 del 1 settembre 1993 (Testo Unico Bancario)**, in vigore il 1° gennaio 1994. In particolare viene stabilito che:

4. "I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

5. La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificatamente dal cliente.

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del

contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto."

In aggiunta, al comma VIII, l'art. 117 T.U.B., nella sua formulazione *ratione temporis* vigente, stabilisce: "La Banca d'Italia d'intesa con la Consob può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della Banca o dell'Intermediario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia adottate d'intesa con la Consob."

Ed ancora, la successiva **Delibera del C.I.C.R. del 04 marzo 2003**, come demandata dal VIII comma dell'art. 117 T.U.B., all'art. 9, II comma, stabilisce che: "La Banca d'Italia individua le operazioni e i servizi per i quali, in ragione delle caratteristiche tecniche, gli intermediari sono obbligati a rendere noto un "Indicatore Sintetico di Costo" (ISC) comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia medesima". Al II comma del successivo art. 14 della innanzi citata delibera, rubricato "Disposizioni transitorie", è stabilito che "La presente delibera e le disposizioni di attuazione, che la Banca d'Italia emanerà entro centoventi giorni dalla pubblicazione della delibera medesima, entreranno in vigore il 1° ottobre 2003".

In accoglimento a quanto disposto dalla citata delibera del C.I.C.R., la **Circolare n. 229 del 21 aprile 1999**, come modificata in data 25 luglio 2003, nel suo **IX Aggiornamento**, al Paragrafo 9 ("Indicatore sintetico di costo") della Sezione I ("Disposizioni di carattere generali") - Capitolo I ("Trasparenza delle operazioni e servizi bancari") - Titolo X, stabilisce: "Il contratto e il "documento di sintesi" di cui al par. 8 della presente sezione riportano un "indicatore sintetico di costo" (ISC), calcolato conformemente alla disciplina sul tasso annuo effettivo globale (TAEG), ai sensi dell'art. 122 del T.U. e delle relative disposizioni di attuazione, quando hanno a oggetto le seguenti categorie di operazioni indicate nell'allegato alla delibera del CICR del 4 marzo 2003: mutui; anticipazioni bancarie; altri finanziamenti".

L'art. 122 del T.U.B., ancora, stabilisce che: "Il tasso annuo effettivo globale (TAEG) è il costo totale

del credito a carico del consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso. Il TAEG comprende gli interessi ed oneri per utilizzare il credito.

Il C.I.C.R. stabilisce le modalità di calcolo del TAEG, individuando in particolare gli elementi da computare e la formula di calcolo. ... omissis ...".

In assenza, alla data in cui ha avuto origine il rapporto di mutuo oggetto di esame (26/04/2007), della delibera demandata al C.I.C.R., dal richiamato art. 122, comma II, del T.U.B., nella quale, quest'ultimo, avrebbe dovuto stabilire le modalità di calcolo del T.A.E.G., trova ancora applicazione l'articolo 161, comma II, del T.U.B., che stabilisce: "Sono abrogati ma continuano ad essere applicati fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie ai sensi del presente decreto legislativo:

... omissis ...

capo II, sezione I, della legge 19 febbraio 1992, n. 142; ... omissis ..." ed il successivo comma V, che stabilisce: "Le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano ad essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del presente decreto legislativo."

Visti i citati commi II e V dell'articolo 161 T.U.B., in fase di origine del rapporto in esame, che è antecedente al **Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009**, nel quale la stessa ha stabilito i criteri di determinazione e gli oneri da includere nella determinazione dell'I.S.C. (T.A.E.G.), trovano ancora applicazione, in materia, sia la **Legge n. 142 del 19 febbraio 1992**, sia il **Decreto del Ministro del Tesoro del 08 luglio 1992**. In particolare, quest'ultimo, all'art. 2, ha stabilito i criteri e la formula che gli istituti di credito devono applicare ai fini della determinazione del T.A.E.G. (I.S.C.), prevedendo espressamente gli oneri che non devono essere considerati ai fini del calcolo di tale indicatore. Il I comma del richiamato art. 2, infatti, stabilisce che "Il tasso annuo effettivo globale (TAEG) è il tasso che rende uguale, su base annua, la somma del valore attuale di tutti gli importi che compongono il finanziamento erogato dal creditore alla somma del valore attuale di tutte le rate di rimborso".

Il comma IV, infine, al quale fa esplicito riferimento il comma III, lettera f, precisa gli oneri da escludere, ovvero:

a. le somme che il consumatore deve pagare per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora;

- b. le spese, diverse dal prezzo di acquisto, a carico del consumatore indipendentemente dal fatto che si tratti di un acquisto in contanti o a credito;
- c. le spese di trasferimento fondi e di tenuta di un conto destinato a ricevere gli importi dovuti dal consumatore, purché questi disponga di una ragionevole libertà di scelta e le spese non siano anormalmente elevate;
- d. le quote di iscrizione ad enti collettivi, derivanti da accordi distinti dal contratto di credito, anche se incidenti sulle condizioni di esso;
- e. le spese per le assicurazioni o garanzie diverse da quelle di cui alla lettera d) del comma precedente.

Ricostruito il quadro normativo di riferimento occorre precisare che, tanto l'erronea, quanto l'omessa indicazione del T.A.E.G., rappresentano una diretta violazione delle disposizioni dettate da Banca d'Italia in attuazione del disposto dell'art. 125 bis I comma del T.U.B. Sebbene di carattere secondario-amministrativo, si tratta di disposizioni dettate in attuazione di una norma di rango primario; la violazione delle stesse si configura quale violazione della norma di rango primario, che rimanda alle stesse, ovvero dell'art. 125 bis I comma. Configurandosi quale violazione di norma, l'erronea indicazione del T.A.E.G. è riconducibile all'ipotesi di clausola nulla. L'omessa indicazione del TAEG, diversamente, è riconducibile all'ipotesi dell'assenza di una clausola contrattuale obbligatoria. Entrambe le fattispecie considerate rientrano a pieno titolo tra quelle individuate all'art. 125 bis VII comma del T.U.B., per le quali viene stabilito il criterio secondo il quale opera il meccanismo dell'integrazione contrattuale e di sostituzione delle stesse. Alla lettera a) la disposizione innanzi richiamata, infatti, stabilisce che nei casi di "assenza di clausola" (omessa indicazione del T.A.E.G.) o "clausola nulla" (erronea indicazione): "il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese". In tal senso si esprimono le diverse decisioni dell'A.B.F. (Arbitrato bancario finanziario) che prevedono, sia per le ipotesi di omessa, che di erronea indicazione del T.A.E.G., l'operare dei meccanismi di integrazione e sostituzione previsti

dall'art. 125 bis VII comma.

In merito all'omessa indicazione del T.A.E.G., a titolo di esempio, ricordiamo la *Decisione del Collegio di Roma N. 1215 del 29/10/2010*. E' utile operare il richiamo a tale Decisione in quanto in tale occasione il Collegio si esprime sulla *ratio* che giustifica e sorregge l'obbligatorietà dell'indicazione del T.A.E.G.. Secondo quest'ultima "...omissis... *la ratio ispiratrice delle norme contenute nell'art. 124 TUB, è senza dubbio quella di far sì che il consumatore, nel momento in cui appone una firma (e, data la prescrizione della forma scritta, il momento rilevante non può essere altro che quello della sottoscrizione del modulo), abbia piena cognizione dell'oggetto contrattuale, e in particolare del TAEG, che costituisce l'elemento più rilevante dal punto di vista della valutazione economica*". Visto la finalità della disposizione "Non si può dunque non rilevare che qualsiasi modalità perfezionativa difforme da quella che consenta l'acquisizione di questa consapevolezza, nel momento considerato rilevante, viene a scontrarsi con lo scopo fatto proprio dalla norma di legge, determinando l'invalidità dell'operazione e le conseguenze previste dalla legge". Riconosciuta l'importanza per il consumatore di conoscere il T.A.E.G., ne consegue che il contratto che non espone il suo valore è "...omissis... nullo per violazione della prescrizione di legge ex art. 124, comma 2, lett. c, TUB. Si tratterà di nullità parziale, relativa alla clausola del TAEG, che, in forza della previsione di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., sarà sostituita di diritto dalla previsione di legge, ai sensi del comma 5, lett. a, del citato art. 124". L'omessa indicazione del T.A.E.G., dunque, si configura quale violazione dell'art. 125 bis I comma, in quanto violazione diretta delle disposizioni attuative di Banca d'Italia a cui la disposizione stessa rimanda. Si tratterà di una ipotesi di nullità parziale, che renderà necessario l'operare del meccanismo di integrazione previsto dall'art. 125 bis VII comma secondo il criterio stabilito alla lettera a).

In merito all'erronea indicazione del T.A.E.G., oltre all'art. 125 VII comma, trova anche applicazione il VI comma della medesima disposizione. Viene previsto, in particolare, che "Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo

124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto." Attraverso tale comma viene stabilita la nullità della clausola del costo non considerato o non considerato opportunamente. Si tratta di una nullità parziale che quindi, come viene precisato, non comporta la nullità del contratto. La previsione di quest'ulteriore rimedio ha indotto una parte minoritaria della giurisprudenza ad escludere l'applicabilità del meccanismo di sostituzione del contratto previsto al VII comma. Vale la pena ricordare, a tal proposito, quanto sostenuto nella *Decisione del Collegio di Coordinamento N. 1430 del 18/02/2016*. A parere dello scrivente, come per il Collegio, non appare convincente la ricostruzione "atomistica e separata" del comma 6° e 7° dell'art. 125 bis che alcuni Collegi hanno proposto. Secondo questo orientamento minoritario, "il 6° e il 7° comma dell'art. 125 bis sono strutturati come due disposizioni reciprocamente autonome e autosufficienti" per cui, mentre il regime della nullità postulato dal comma 6, darebbe luogo alle conseguenze civilistiche generali (*quod nullum est nullum producit effectum*) e all'azione di ripetizione di indebito per i premi già corrisposti (art. 2033 c.c.), la integrazione del contratto con il tasso legale sostitutivo sarebbe applicabile nella diversa ipotesi regolata dal comma 7". Come ricordato nella Decisione innanzi richiamata, **è evidente che** "I commi 6 e 7 sono rappresentativi della medesima regola per la quale alcuni costi (nella specie i premi di polizze assicurative obbligatorie), se fanno giuridicamente parte integrante del costo complessivo del credito, devono essere necessariamente inseriti nel TAEG in modo che il cliente consumatore possa comparare con avvedutezza le varie offerte del mercato e orientarsi consapevolmente nella scelta del soggetto mutuante...omissis... Si tratta in realtà di due facce della stessa medaglia". Rispondendo alla medesima finalità, "...omissis... è (non può non essere) nulla la clausola relativa al costo in sé considerata, onde nulla è dovuto per tale titolo, ma è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo: ipotesi per la quale il comma 7 prevede una forma di integrazione legale del contratto con applicazione del tasso nominale sostitutivo... omissis...Diversamente opinando, dovrebbe pervenirsi a una vera e propria aporia: considerare in pari tempo nulla la clausola che prevede un costo che per legge doveva essere incluso nel TAEG e valida la clausola del TAEG che illegittimamente non lo ha previsto". Sulla base di quanto osservato, il Collegio di Coordinamento rimane fermo nel



sostenere che *“la nullità della controversa clausola relativa al TAEG deve comportare, così come richiesto dal ricorrente, l'applicazione del tasso legale sostitutivo.”*

#### **ERRONEA INDICAZIONE DEL T.A.E.G. IN CONTRATTO: IL CASO**

Come già anticipato in precedenza, nel contratto di mutuo all'esame, all'art. 5, si conviene che *“Il tasso di interesse...omissis...è fissato nella misura del 5,60% (cinque virgola sessanta per cento) nominale annuo corrispondente ad un I.S.C. del 5,853% in luogo del 5,83% indicato nel contratto.”*

Al fine di controllare la correttezza di tale ultimo valore, si è proceduto alla sua determinazione nel rispetto della disciplina pro-tempore vigente.

La formula utilizzata e gli oneri considerati, in particolare, sono stati individuati sulla base della disciplina contenuta nell'art. 2 del Decreto del Ministro del Tesoro dell'08 luglio 1992, come in precedenza richiamata. Nello specifico sono stati inclusi quali voci di flusso: il credito erogato, il rimborso del capitale, il pagamento degli interessi di preammortamento, il pagamento degli interessi corrispettivi, le spese di istruttoria, le spese assicurative, le spese di perizia, le spese mensili di incasso rata e gli oneri fiscali. Dalla verifica condotta è emerso che l'I.S.C. effettivamente applicato al rapporto è pari al 5,853% e, quindi, il valore di tale indicatore risulta superiore a quanto riportato dall'Istituto di credito che, nell'art. 5 del contratto, come in precedenza riportato, indica un T.A.E.G. del 5,83%. Dalle verifiche condotte in merito, è emerso, dunque, che l'I.S.C. (T.A.E.G.) riportato in contratto sia stato erroneamente indicato, in quanto non determinato secondo le modalità ed i criteri previsti dalla normativa pro-tempore vigente, ovvero, nella fattispecie, il disposto dell'art. 2 del Decreto del Ministro del Tesoro dell'08 luglio 1992. In particolare, sulla base delle condizioni contrattuali e della normativa richiamata, si è riscontrato, la violazione dell'art. 125 bis I comma del T.U.B e della disciplina di attuazione pro-tempore vigente. Secondo la ricostruzione proposta la stessa è coincisa con le risultanze del CTU. Tale disposizione, attraverso il rimando ai Provvedimenti di Banca d'Italia, emessi in conformità alle deliberazioni del CICR, stabilisce che gli istituti di credito devono indicare in contratto, tra gli altri elementi, anche il T.A.E.G., calcolato secondo le modalità ed i criteri stabiliti nella disciplina pro-tempore vigente, come in precedenza richiamata. La violazione da

parte dell'Istituto erogatore dell'obbligo innanzi richiamato, come illustrato in precedenza, determina la nullità parziale del contratto, ovvero della clausola contrattuale relativa al T.A.E.G. In tal caso, ai sensi dell'art. 125 bis VII comma, trova applicazione il meccanismo di sostituzione ed integrazione del contratto secondo il criterio stabilito alla lettera a). La richiamata disposizione prevede che: *“il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del Tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese”*.

Sulla base del raffronto dei versamenti effettuati alla data di estinzione del mutuo (28/11/2013), sia a titolo di interessi, che a titolo di oneri, la CTU ha disposto tenendo conto dell'estinzione anticipata del mutuo in data 28.11.2013 con il pagamento di euro 190.601,63 risultano maggiori interessi versati da parte dell'attrice per euro 22.027,68. (rielaborando in piano di ammortamento).