



FATTI DI CAUSA

Guber s.p.a., quale mandataria di Oasis Securitisation s.r.l., che si legittima come cessionaria del credito contestato, e Intesa San Paolo s.p.a., dichiarato cedente di tale credito, ricorrono per cassazione - con ricorsi separati, ma di contenuti strettamente conformi - nei confronti del Fallimento Frutta e Verdura s.r.l. (già Di Nardo s.r.l.),

articolando tre identici motivi avverso il decreto emesso dal Tribunale di Napoli in data 31 marzo 2015, n. 767.

Con tale provvedimento, il Tribunale napoletano ha rigettato la domanda presentata da Intesa San Paolo, a mezzo del mandatario Italfondionario, in opposizione all'esclusione dello stato passivo stabilita dal giudice delegato, su conforme conclusione del curatore, in relazione a un credito per € 1.460.427,28 vantato come «saldo di conto corrente» al 31.3.2008, per linea capitale e per interessi di mora sino al tempo della dichiarazione di fallimento. A base di tale esclusione il decreto ha in particolare rilevato che dal calcolo «eseguito dal CTU, secondo le indicazioni fornite dal Tribunale» medesimo, è emersa «l'applicazione di un TEG superiore ai Tassi Soglia vigenti, ad eccezione del I e II trimestre 2007»; e ha inoltre riscontrato che la conseguente ricostruzione del rapporto di conto corrente è venuta a evidenziare un saldo a credito per il Fallimento, pari a quasi € 600.000,00.

Nei confronti dei ricorsi presentati non ha svolto attività difensiva il Fallimento Frutta e Verdura.

Intesa San Paolo e Guber, nella qualità, hanno depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- I motivi, identicamente formulati dai ricorrenti, denunziano i vizi qui di seguito richiamati.

Il primo motivo lamenta, in specie, «violazione e falsa applicazione degli artt. 93, 95, 98 e 99 legge fallimentare in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. Violazione degli artt. 24 e 111 Cost.». Secondo la prospettazione dei ricorrenti, il Tribunale ha motivato l'esclusione del credito in questione sulla base di «eccezioni e argomentazioni svolte

dalla curatela tardivamente nel giudizio di opposizione (ossia, dopo il deposito della propria memoria difensiva) e (peraltro) mai prospettate in sede di verifica»; tali «eccezioni e argomentazioni» costituiscono, secondo lo svolgimento dato al motivo dai ricorrenti, delle «domande nuove, non proposte nel grado precedente», che – aggiungono gli stessi – sono senz’altro da ritenere inammissibili in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo.

Il secondo motivo censura, a sua volta, l’«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Questo fatto deriva, nell’enunciazione dei ricorrenti, da ciò che la «difesa della banca, nel corso del procedimento di opposizione, ha costantemente evidenziato al Tribunale ... sia la inammissibilità delle ulteriori deduzioni avanzate dalla curatela ..., sia che l’indagine peritale ... risultava divergere dal *thema decidendum et probandum* della controversia»: lo stesso, dunque, risulta «integrato dall’impossibilità di ammettere e motivare ... su questioni e argomentazioni tardivamente introdotte dalla curatela».

Il terzo motivo denuncia, infine, «violazione e falsa applicazione dell’art. 2 della legge 108/96, dell’art. 1 comma primo del d.l. 29.12.2000 n. 394, dell’art. 2-bis co. 2, legge n. 2 del 2009 e dell’art. 644 cod. pen.». Rilevano dunque i ricorrenti che il Tribunale ha ritenuto che l’usurarietà dei tassi applicati dalla banca ... dovesse essere valutata includendo le commissioni di massimo scoperto nella formula per il calcolo del TEG anche per il periodo anteriore al gennaio 2010». E precisano, in proposito, che il relativo «capo motivazionale» è errato in quanto la «circolare della Banca d’Italia del 30.9.1996, aggiornata al dicembre 2002 e in vigore fino al secondo trimestre 2009 prevede ... che la commissione di massimo scoperto

non entrava nel calcolo del TEG, venendo rilevata separatamente, espressa in termini percentuali».

2.- Il primo motivo di ricorso, che rimprovera alla Corte territoriale di avere accolto «eccezioni e argomentazioni» svolte solo tardivamente dal curatore del Fallimento Frutta e Verdura, non può essere ritenuto fondato.

In disparte ogni rilievo sull'effettiva novità delle «eccezioni e argomentazioni» svolte dal curatore e pure sull'ipotetica inammissibilità delle stesse per tardività (su cui v., comunque, Cass. 4 dicembre 2015, n. 24723), le medesime sono state formulate in relazione al carattere usurario del credito di cui veniva chiesta l'ammissione al passivo del fallimento. Queste «eccezioni e argomentazioni» del curatore assumono in modo esplicito e diretto, di conseguenza, la nullità del contratto che sta alla base del detto preteso credito.

Ora, è principio consolidato della giurisprudenza di questa Corte che la nullità può essere fatta valere in ogni stato e grado del processo; e anche d'ufficio (cfr. Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2910).

3.- Il secondo motivo di ricorso propone il tema della tardività delle «eccezioni e argomentazioni» del curatore dall'angolo visuale dell'omesso esame di fatto decisivo. Lo stesso si manifesta non ammissibile, prima ancora che infondato.

In effetti, l'«impossibilità» di decidere su questioni «tardive», ancorché l'«inammissibilità» delle stesse venga segnalata dalla parte, non rientra nella nozione di «fatto» preso in considerazione dalla norma dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. E' principio acquisito della giurisprudenza di questa Corte che il «fatto» rilevante,

nel sistema dei vizi attualmente forgiato dalla norma dell'art. 360 cod. proc. civ., è solo il «fatto» storico «vero e proprio», non già le valutazioni formulate dalla sentenza, né tanto meno quelle formulate dalle parti (cfr. Cass., 8 settembre 2016, n. 17761).

A parte ciò, il motivo risulta comunque soggetto ai medesimi rilievi che sono stati svolti nei confronti del precedente.

4.- Il terzo motivo di ricorso fa riferimento, come già sopra riscontrato, alla commissione di massimo scoperto. Pacifica l'applicazione di tale condizione economica a carico della Società *in bonis* lungo il corso del rapporto di conto corrente a suo tempo svoltosi *inter partes*, il motivo contesta peraltro la rilevanza della stessa ai fini del riscontro in concreto dell'usurarietà del credito di cui la Banca ha chiesto l'ammissione al passivo.

Nell'includere la commissione nel novero degli oneri economici da conteggiare (insieme agli altri oneri) per l'espletamento della detta verifica, il Tribunale ha errato – assumono in specie i ricorrenti – perché il rapporto di conto corrente, di cui si discute in concreto, si è svolto prima del 2010. Sino a tale momento, così argomentano gli stessi, la Banca d'Italia - nelle Istruzioni che ha rivolto agli intermediari - ha previsto «al punto C5, che la commissione di massimo scoperto non entrava nel calcolo» delle condizioni economiche richieste alle banche per essere utilizzati nella formazione dei c.d. tassi medi rilevati trimestralmente dai decreti del Ministro dell'economia. Solo con le istruzioni dell'agosto 2009 – concludono i ricorrenti – è venuto a mutare l'avviso della Banca d'Italia, che da allora ha incluso la commissione nel conto degli oneri rilevanti.

5.- Nello svolgimento concreto del suo percorso, il motivo in esame si è dichiaratamente posto in termini di contestazione e di

opposizione a un consistente orientamento seguito dalla giurisprudenza di questa Corte.

Secondo tale orientamento - che fa diretto e immediato richiamo al tenore della norma dell'art. 1 della legge 7 marzo 1996, n. 108 (altrimenti detto, alla vigente norma dell'art. 644 cod. pen.), come pure al sistema complessivamente portato dalla legge stessa -, è da ritenere del tutto sicuro che l'onere recato dalla commissione di massimo scoperto esprima un costo del credito; e che, in quanto tale, lo stesso vada inserito nel conto delle voci rilevanti per la verifica dell'eventuale usurarietà dei negozi conclusi dall'autonomia dei privati. Cfr. così, in particolare, le sentenze di Cass. pen., 26 marzo 2010, n. 12028; di Cass. pen., 22 luglio 2010, n. 28743; di Cass. pen., 23 novembre 2011, n. 46669; di Cass. pen., 3 luglio 2014, n. 28928; con questa impostazione risulta in linea pure la pronuncia di Cass., 4 aprile 2016, n. 10516.

Successivamente alla presentazione del ricorso, peraltro, sono comparse due pronunce che sono andate in contrario avviso rispetto all'orientamento appena sopra indicato. Si tratta di Cass., 22 giugno 2016, n. 12965 e di Cass., 3 novembre 2016, n. 22270.

6.- Il contrasto, che in tale modo si è venuto a delineare tra le diverse pronunce di questa Corte, viene essenzialmente a convergere e a riflettersi - secondo quanto emerge dall'esame delle contrapposte motivazioni, che in concreto sono state adottate - su due distinti profili, come poi destinati a combinarsi tra loro.

Il primo attiene all'insieme formato, da un lato, dalla norma definitoria della fattispecie oggettiva di usura, secondo il disposto del già richiamato art. 1 legge n. 108/1996 nonché dell'art. 644 cod. pen., e, dall'altro, dalla norma dell'art. 2-bis, comma 2, legge 24 gennaio 2009 n. 2, di conversione (con modificazioni) del d.l. 29

novembre 2008, n. 185, secondo cui «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'art. 1815 cod. civ., dell'art. 644 cod. pen. e degli art. 2 e 3 legge 7 marzo 1996, n. 108» (cfr. i prossimi numeri 7 e 8).

Il secondo profilo è introdotto dal tema del rapporto che corre, nel sistema vigente, tra i parametri di costruzione del tasso effettivo medio (TEGM), di cui alle rilevazioni trimestrali del ministero dell'economia, e i parametri di riscontro e verifica dell'eventuale usurarietà dei negozi posti in essere dall'autonomia dei privati (cfr. i numeri da 9 a 11).

7.- La ricostruzione del sistema normativo in materia, che viene svolta dall'orientamento più recente e minoritario, viene avviata coll'esame della norma del comma 2 dell'art. 2 della legge n. 2/2009 (cfr., in modo particolare, il n. 11 della sentenza n. 12965/2016 e il n. 2.3. della sentenza n. 22270/2016).

Tale esame produce, prima di ogni altra cosa, un doppio esito, che le due pronunce realizzano con passaggio immediato, quasi inavvertito. Il primo si sostanzia nell'astrarre dalla complessiva, ampia portata del testo normativo (che appunto riguarda «gli interessi, le commissioni e le provvigioni») l'elemento delle «commissioni»; il secondo nell'identificare il genere di queste commissioni nella specie di quella di «massimo scoperto».

Ristretto in tal misura il tema complessivamente considerato dalla norma dell'art. 2-bis, l'orientamento in discorso osserva, poi, che «nessun dato testuale esprime alcuna precisa volontà del legislatore

di fornire un'interpretazione autentica" dell'art. 644 cod. pen. e dell'art. 1815 cod. civ.»; e che, d'altra parte, se la «norma avesse inteso proporsi secondo una valenza di interpretazione autentica, non sarebbe agevole dotare di apparente ragione la contemporanea fissazione di un *dies a quo* per attribuire rilevanza alle CMS nel calcolo del TEGM e, soprattutto, la devoluzione all'autorità amministrativa del compito di fissare un periodo transitorio per consentire alle banche di adeguarsi alla normativa preesistente».

Fissate queste proposizioni, dal corpo delle medesime l'orientamento ritrae il convincimento che la norma dell'art. 2-bis «integri un vero e proprio mutamento innovativo della disciplina» della materia. Mutamento che viene individuato non già nei confronti dell'insieme normativo formato dall'art. 644 cod. pen. (ovvero art. 1 legge n. 108/1996), né nei confronti del disposto dell'art. 1815 cod. civ., nonostante il testo dell'art. 2-bis a questi vada a riferirsi, ma nei soli confronti del comma 3 dell'art. 644, per cui «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari».

8.- L'orientamento più consistente muove da un'impostazione opposta, «rovesciata» rispetto a quella adottata dalle sentenze appena riscontrate. Muove, cioè, dall'esame della norma definitoria di cui all'art. 1 della citata legge (644 cod. pen.).

Questa norma – si constata – non riguarda solo gli interessi; per la determinazione del tasso usurario pure si deve tenere conto, in ragione appunto della formale indicazione data dalla legge, «delle commissioni, remunerazioni a qualunque titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse». Perciò, «anche la CMS deve essere tenuta in considerazione» - così si passa a rilevare -, atteso che devono ritenersi «rilevanti, ai fini della determinazione del tasso

usurario, tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito».

Assunta una simile prospettiva, la successiva introduzione della norma del comma 2 dell'art. 2-bis risulta quasi in automatico assumere i tratti della regola di interpretazione autentica dell'art. 644 («in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme»; su questo punto si veda, in particolare, la sentenza n. 12028/2010, donde la frase appena trascritta). Anche perché tale qualificazione, oltre a mantenere valore alla norma definitoria, dà conveniente lettura del complessivo disposto del comma 2 dell'art. 2-bis, come per l'appunto inteso a ribadire che, ai fini dell'usura, contano tutti gli oneri economici che risultano caricati sul cliente (laddove la regolamentazione transitoria di cui alla parte finale del comma si lega, *sub specie* dell'usura, al diverso tema regolato dalla norma del comma 1 dell'art. 2-bis, per l'appunto inteso a disciplinare *ex novo* la materia della nullità della commissione di massimo scoperto).

Del resto, è opinione consolidata di questa Corte che la commissione di massimo scoperto integri, quale costo addossato al debitore, una specifica forma di «remunerazione» del credito (per tutte si veda, da ultimo, Cass., 7 marzo 2017, n. 5609). Sì che una sua esclusione dal novero degli oneri di rilevanza usuraria, e per un periodo più che decennale, dovrebbe comunque trovare – in ragione dell'appartenenza della stessa alla specie centrale dei «corrispettivi» - un'oggettiva e forte giustificazione. Né in ogni caso potrebbe assegnarsi peso determinante al fatto che la disposizione dell'art. 2-bis non dichiara in modo espresso di essere norma di interpretazione autentica. Che una norma di legge riproduca i contenuti e termini di una regola già vigente nel sistema è evenienza di riscontro obiettivo:

predicare alla norma di successiva introduzione la natura di regola innovativa significa, allora, assegnarle un'inaccettabile forza retroattiva nei confronti della norma di data anteriore (*ex post* così portando la disposizione nuova a incidere sul significato normativo della vecchia).

9.- L'altro nodo essenziale, su cui si confrontano gli opposti orientamenti in questione (cfr. sopra, n. 6), riguarda la così detta omogeneità dei dati comparati in punto di usura: da un lato, gli oneri economici presi in considerazione ai fini delle rilevazioni dei TEGM, di cui ai decreti di rilevazione trimestrale del ministero dell'economia; dall'altro, gli oneri economici su cui si deve esercitare la verifica dell'eventuale usurarietà dei negozi posti in essere dall'autonomia dei privati.

Questo profilo, non poco complesso – posto pure che propone un tema per sé generale della vigente normativa antiusura, non esclusivo della commissione di massimo scoperto -, si compone di più e distinti sottoproblemi. Il primo dei quali attiene alla stessa effettiva sussistenza, nel sistema antiusura che risulta attualmente vigente, di una regola di omogeneità in proposito, nonché del peso che alla stessa andrebbe nel caso riconosciuta.

Non si può trascurare al riguardo che, secondo quanto più volte segnalato dalla giurisprudenza di merito, la normativa della legge n. 108/1996 contempla espressamente l'eventualità della non omogeneità dei dati da porre a confronto. La norma dell'art. 2, comma 1, di tale legge – dopo avere ribadito che le rilevazioni trimestrali del «tasso effettivo globale medio» debbono essere «comprehensive di commissioni, di remunerazioni e di spese, escluse quelle per imposte e tasse» - aggiunge, in particolare, che i «valori medi derivanti da tale rilevazione» vengono «corretti in ragione delle

eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento».

In ogni caso è da riscontrare che il contesto della vigente legge antiusura non esplicita una regola di omogeneità dei dati in comparazione; e neppure la suppone in via necessaria. Le stesse istruzioni della Banca d'Italia – che, per la verità, non risultano prese in considerazione nell'ambito della normativa di cui alla legge n. 108/1996 (l'art. 2 di questa affidando le rilevazioni trimestrali al Ministro dell'economia, «sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi») – sono in via espressa rivolte esclusivamente agli intermediari (cfr., ad esempio, la «sezione I – istruzioni per la segnalazione», «A. – generalità della rilevazione», «A.2 – soggetti tenuti alla rilevazione» delle istruzioni emanate nell'agosto del 2009). Le dette istruzioni, in altri termini, non hanno, né propongono, alcun contatto o interferenza con i negozi dell'autonomia dei privati.

10.- Un secondo dubbio, che pure risulta di carattere generale per la materia usuraria, si ferma sull'eventualità che i dati stabiliti per le rilevazioni trimestrali non si manifestino corretta espressione del dettato legislativo.

L'indirizzo più recente ritiene che, «quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia ...), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco ... l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della c.d. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione».

Di segno opposto è la lettura che del fenomeno dà l'altro orientamento, per cui si deve fare riferimento ai comuni principi dell'ordinamento vigente. «Le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti e obblighi» - così si rileva - «e, nella ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione fornita dalla Banca d'Italia in una circolare, non può essere esclusa la sussistenza del reato sotto il profilo dell'elemento oggettivo». «Le circolari o direttive, ove illegittime e in violazione di legge, non hanno efficacia vincolante per gli istituti sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, neppure quale mezzo di interpretazione».

11.- L'ulteriore dubbio, che viene a proporre il tema della omogeneità dei dati dell'usura, attiene direttamente alla commissione di massimo scoperto.

Le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia da sempre (sin da quelle del 1996, cioè) indicano che «la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG». Peraltro, le stesse istruzioni da sempre aggiungono subito appresso che «essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali». In effetti, le rilevazioni trimestrali hanno sempre avuto cura di indicare, in via separata, la percentuale media del peso che tale commissione viene a possedere: percentuale che, a scorrere le rilevazioni susseguitesesi nel tempo, risulta variabile, secondo un spettro che grosso modo trascorre dallo 0,40% all'1% (a indice che la misura della percentuale si trova comunque ritratta dalla dinamica di dati, che sono stati rilevati dalla operatività).

Ciò sembra indicare che, nel complesso delle indicazioni date dalla Banca d'Italia, la commissione di massimo scoperto - più che essere dichiarata come irrilevante ai fini della regolamentazione dell'usura - sia ritenuta rilevante, bensì in modo autonomo. Tenuto anche conto

del principio per cui l'intera normativa di regolamentazione della materia usuraria - comprese le istruzioni dettate dalla Banca d'Italia - va letta in termini di unitarietà sistematica, come focalizzate sulle regole manifestate dalla norma dell'art. 644 cod. pen. (principio che la giurisprudenza di questa Corte ha già richiamato; cfr. Cass., 5 aprile 2017, n. 8806), sembra non azzardato ipotizzare che questa «rilevanza separata» dipenda dal fatto che la commissione di massimo scoperto è forma di remunerazione del credito che viene applicata non già in via indiscriminata (come gli interessi compensativi o moratori), ma solo in relazione a certe forme tecniche di utilizzo del credito (precisamente alla forma del c.d. «scoperto di conto»).

In ogni caso è ragionevole presumere che questa continuativa indicazione della commissione di massimo scoperto nei decreti di rilevazione trimestrale risponda a un qualche apprezzabile significato. Se non altro, di allerta della pratica: in funzione di ausilio, cioè, degli organi di vertice delle imprese bancarie che, come riscontra la sentenza di Cass. pen. n. 46669/2011, «hanno il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente, essendo loro attribuiti, dai relativi statuti, poteri in materia di erogazione del credito, rientranti nell'ambito dei più generali poteri di indirizzo dell'impresa».

12.- Segnalato il contrasto esistente nella giurisprudenza di questa Corte, va ancora rilevato che il tema della rilevanza usuraria della commissione di massimo scoperto, sopra rappresentato, si pone pure come «questione di massima di particolare importanza» ex art. 374 cod. proc. civ.

La stessa, infatti, viene attualmente portata con intensa frequenza all'esame dei giudici, per assumere sovente accenti di forte importanza. A indice del rilievo che la questione riveste oggi a livello

di diritto vivente, si richiama qui la recente pronuncia di Cass., 15 febbraio 2016, n. 2910, che ha ritenuto che non può essere considerata «inammissibilmente nuova», «rispetto a una domanda originaria di nullità totale di un contratto di conto corrente bancario», la domanda di nullità parziale concernente la «commissione di massimo scoperto in relazione al superamento del tasso soglia», che sia stata «introdotta per la prima volta in appello» (a prescindere, cioè, dalla rilevabilità di ufficio di tale vizio).

In conclusione, il Collegio ritiene di rimettere la causa al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite di questa Corte.

P.Q.M.

dispone la trasmissione del procedimento al Primo presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite civili.

Così deciso nella camera di consiglio della Prima Sezione civile.

Addì 9 maggio 2017.

Il Presidente


