



16303-18

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:		Oggetto
GIOVANNI MAMMONE	- Primo Presidente -	BANCA
PIETRO CURZIO	- Presidente Sezione -	
FRANCESCO TIRELLI	- Presidente Sezione -	Ud. 27/02/2018 - PU
GIUSEPPE BRONZINI	- Consigliere -	R.G.N. 11181/2015
ETTORE CIRILLO	- Consigliere -	Rep.
UMBERTO BERRINO	- Consigliere -	e u.
PASQUALE D'ASCOLA	- Consigliere -	
CARLO DE CHIARA	- Rel. Consigliere -	
FRANCO DE STEFANO	- Consigliere -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

G S.P.A., nella qualità di mandataria di OS
 S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
 elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI VILLA GRAZIOLI 15,
 presso lo studio dell'Avv. BENEDETTO GARGANI, che la rappresenta e
 difende

88
 18

- ricorrente -

contro
 FALLIMENTO N. X FV S.R.L. (già D
 s.r.l.)

- intimato -

e sul ricorso proposto da:

IS S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI VILLA GRAZIOLI 15, presso lo studio dell'Avv. BENEDETTO GARGANI, che la rappresenta e difende

- ricorrente incidentale -

contro
 FALLIMENTO N. X FV S.R.L. (già D
 s.r.l.)

- intimato -

avverso il decreto n. 767/2015 (r.g. 5045/2015) del TRIBUNALE di NAPOLI, depositato il 31/03/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27/02/2018 dal Consigliere CARLO DE CHIARA;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale MARCELLO MATERA, che ha concluso per l'accoglimento, p.q.r., del terzo motivo del ricorso, con rinvio al giudice di merito;

udito l'Avv. Benedetto Gargani.

FATTI DI CAUSA

1. Il Giudice delegato del Tribunale di Napoli non ammise allo stato passivo del fallimento FV s.r.l. il credito insinuato da I s.p.a., quale mandataria di IS s.p.a., per saldo negativo di un conto corrente, al 31 marzo 2008, di € 1.155.685,76, oltre interessi calcolati in € 304.741,52 dal 1° aprile

2008 al 24 febbraio 2010. Ritenne il credito non adeguatamente provato, attesa la inopponibilità al fallimento dei documenti prodotti dalla banca, privi di data certa, e il difetto di indicazioni circa la natura e disciplina di un derivato che in essi figurava.

2. La banca propose opposizione allo stato passivo, cui resistette la curatela fallimentare.

Il Tribunale ha respinto l'opposizione ritenendo opponibile al fallimento la documentazione prodotta dalla banca, ma comunque insussistente il credito, risultando dalla consulenza tecnica di ufficio espletata che il saldo del conto corrente era largamente attivo per la società correntista. Ciò a causa sia della esclusione dal calcolo, per difetto di documentazione, delle operazioni di addebito e accredito derivanti dal conto anticipi su fatture connesso al conto corrente (eccezion fatta per gli accrediti recanti la causale "quota non anticipata"), sia del riscontrato sistematico superamento (salvo che per il primo e secondo trimestre del 2007) del tasso soglia dell'usura c.d. presunta, grazie anche al conteggio delle commissioni di massimo scoperto (C) sulla scorta della giurisprudenza penale di legittimità e del disposto dell'art. 2 *bis* d.l. 29 novembre 2008, n. 185, introdotto dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, inteso quale norma di interpretazione autentica dell'art. 644, quarto comma, cod. pen.

3. G s.p.a., quale mandataria di OS s.r.l.,
cessionaria del credito oggetto di causa, e IS s.p.a.
hanno proposto distinti ricorsi per cassazione.

La curatela fallimentare non ha svolto difese.

I ricorsi sono stati assegnati a queste Sezioni Unite su richiesta della Prima Sezione civile - davanti alla quale la causa era stata inizialmente chiamata - che con ordinanza interlocutoria 20 giugno 2017, n. 15188 ha rilevato l'esistenza di un contrasto tra la sua giurisprudenza e quella della Seconda Sezione penale di questa Corte

sulla questione – integrante anche questione di massima di particolare importanza – della rilevanza delle commissioni di massimo scoperto agli effetti del superamento del tasso soglia dell'usura, di cui all'art. 644, comma terzo, primo periodo, cod. pen.

Le ricorrenti hanno presentato anche memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il contenuto dei due ricorsi, articolato in tre motivi di censura, è sostanzialmente identico, per cui se ne svolgerà un'unica trattazione.

2. Con il primo motivo di censura, denunciando violazione degli artt. 93, 95, 98 e 99 legge fallim. e degli artt. 24 e 111 Cost., si lamenta che il Tribunale abbia preso in esame eccezioni e deduzioni formulate dalla curatela tardivamente nel corso del giudizio di opposizione, non essendo state dedotte né in sede di verifica del passivo, né con la memoria di costituzione davanti al Tribunale. Soltanto a seguito dell'iniziativa di quest'ultimo di disporre consulenza tecnica estesa all'operatività del conto anticipi su fatture, infatti, la curatela – che con la memoria si era doluta del solo addebito delle competenze relative a detto conto – aveva contestato anche l'addebito delle poste relative al capitale, ossia all'erogazione delle anticipazioni stesse.

3. Con il secondo motivo, denunciando omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, si lamenta che il Tribunale non abbia dato alcuna risposta all'eccezione d'inammissibilità di tali nuove deduzioni di controparte.

4. I due motivi, da esaminare congiuntamente data la loro connessione, non possono trovare accoglimento.

In base al contenuto della memoria di costituzione davanti al Tribunale, come riprodotto negli stessi ricorsi per cassazione, la curatela aveva concluso in via principale per il rigetto totale dell'opposizione per «inopponibilità, nullità e mancanza di prova», e

soltanto in via gradata aveva chiesto escludersi, in particolare, l'addebito per competenze maturate sul conto anticipi. Era dunque dovere del Tribunale verificare anzitutto la fondatezza della pretesa creditoria nella sua totalità. Né può sostenersi che esso si sia pronunciato su eccezioni formulate tardivamente dalla curatela e non rilevabili d'ufficio, dato che la semplice contestazione degli elementi costitutivi della pretesa attorea (nella specie, la sussistenza delle anticipazioni) non costituisce eccezione in senso proprio (non introducendo in giudizio nuovi elementi di fatto), bensì mera difesa, che il convenuto può articolare in qualsiasi fase del giudizio di primo grado. Inoltre il curatore, che ben può dedurre contro l'opponente eccezioni non formulate già in sede di verifica, non trovando applicazione, nel giudizio di opposizione a stato passivo, la preclusione di cui all'art. 345 cod. proc. civ. in tema di *ius novorum* (Cass. 31/07/2017, n. 19003; 04/06/2012, n. 8929; 18/05/2012, n. 7918), a maggior ragione può dedurre in tale giudizio nuove difese.

Né, infine, l'aver il giudice trascurato o disatteso l'eccezione d'inammissibilità di deduzioni difensive avversarie, come lamentato con il secondo motivo di ricorso, costituisce vizio di omesso esame ai sensi dell'art. 360, n. 5), cod. proc. civ., oggetto del quale dev'essere invece un "fatto", non già un'eccezione o argomentazione difensiva.

5. Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 2 legge 7 marzo 1996, n. 108, dell'art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, conv. in legge 28 febbraio 2001, n. 24, dell'art. 2 *bis*, comma 2, d.l. n. 185 del 2008, cit., e dell'art. 644 cod. pen., viene posta la questione della computabilità delle commissioni di massimo scoperto agli effetti del superamento del tasso soglia dell'usura, di cui all'art. 644, comma terzo, primo periodo, cod. pen.

Ad avviso delle ricorrenti il computo delle commissioni di massimo scoperto a tali effetti è stato introdotto soltanto con l'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, mentre per il periodo anteriore all'entrata in

vigore di tale disposizione – periodo nel quale rientra interamente il rapporto dedotto in giudizio, chiusosi nel marzo del 2008 – esso non era previsto, come aveva chiarito anche la Banca d'Italia con le "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura" emanate il 30 settembre 1996 e confermate fino al secondo trimestre 2009. Tali Istruzioni espressamente escludevano le commissioni di massimo scoperto dalla rilevazione del tasso effettivo globale medio (T_{eff}) da indicare nei decreti ministeriali previsti dall'art. 2, comma 1, legge n. 108 del 1996, cit., disponendo che la loro entità fosse rilevata separatamente. Sarebbe pertanto contraddittorio sanzionare l'applicazione in concreto di commissioni di massimo scoperto, non essendo queste prese in considerazione ai fini della determinazione del T_{eff} nei decreti ministeriali; e comunque, se le commissioni fossero state prese in considerazione, nei decreti predetti, ai fini della determinazione del T_{eff} , e quindi del tasso soglia dell'usura (determinato, com'è noto, aumentando il primo nella misura indicata dall'art. 2, comma 4, legge n. 108 del 1996), quest'ultimo, risultando conseguentemente più elevato, in concreto non sarebbe stato superato nel caso in esame.

6. Con riferimento alla questione sollevata con tale motivo, la Prima Sezione ha ritenuto di investire le Sezioni Unite, come si è anticipato sopra in narrativa, a composizione di un contrasto di giurisprudenza o comunque in considerazione della particolare importanza della questione di massima.

6.1. Va premesso, per la precisione e la migliore comprensione di quanto si osserverà, che la nozione di commissione di massimo scoperto che viene qui in considerazione è quella indicata dalla Banca d'Italia nelle già citate Istruzioni per la rilevazione del T_{eff} ai fini della legge sull'usura, essendo queste richiamate sia nei ricorsi che nel decreto impugnato. In esse si legge che tale commissione «nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente

per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento». Questa definizione, per l'esattezza, compare testualmente per la prima volta nell'aggiornamento delle Istruzioni del luglio 2001, ma alla medesima nozione si rifanno anche le Istruzioni precedenti, che espressamente prendono in considerazione la C calcolata sull'ammontare del massimo scoperto.

6.2. Il contrasto rilevato dall'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite è insorto, come accennato, tra la Seconda Sezione penale e la Prima Sezione civile.

6.2.1. Con la sentenza 19/02/2010, n. 12028 la Seconda Sezione penale ha affermato che «il chiaro tenore letterale del quarto comma dell'articolo 644 cod. pen. (secondo il quale 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 all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, 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 della commissione di massimo scoperto, ove praticata».

A conferma di tale interpretazione, la sentenza richiama poi l'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, cit., il quale al primo comma disciplina la commissione di massimo scoperto, ridimensionandone l'operatività, e aggiunge, al secondo comma, che «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». Tale norma, infatti, ad avviso di quel Collegio, «può essere considerata norma di interpretazione autentica del quarto comma dell'art. 644 cod. pen. in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme».

La seconda Sezione penale ha poi confermato tale orientamento con le sentenze 14/05/2010, n. 28743; 23/11/2011, n. 46669; 03/07/2014, n. 28928.

6.2.2. Due successive decisioni della Prima sezione civile – le sentenze 22/06/2016, n. 12965 e 03/11/2016, n. 22270 – hanno invece smentito, in consapevole contrasto con la Seconda Sezione penale, l'assunto del carattere interpretativo, e dunque retroattivo, dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del ²⁰⁰⁸1998, cit. Per tale ragione esse hanno quindi escluso che, per il periodo precedente l'entrata in vigore di tale norma, possa tenersi conto delle commissioni di massimo scoperto ai fini della verifica del superamento in concreto del tasso soglia dell'usura presunta, anche in considerazione di un'esigenza di simmetria e omogeneità tra i criteri di determinazione, da un lato, del tasso effettivo globale (TEG) applicato in concreto nel rapporto

controverso, ai sensi del quarto comma dell'art. 644 cod. pen., e, dall'altro, del tasso effettivo globale medio (TEG), rilevante, come si è visto, ai fini della definizione in astratto del tasso soglia, cui confrontare il tasso applicato in concreto; e ciò in quanto tutti i decreti ministeriali di rilevazione del TEG, ai sensi dell'art. 2, comma 1, legge n. 108 del 1996, emanati nel medesimo periodo, recependo le istruzioni della Banca d'Italia, di cui si è detto, determinano tale tasso senza comprendere nel calcolo l'ammontare delle commissioni di massimo scoperto.

6.3. Ritengono queste Sezioni Unite che l'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, cit., non possa essere qualificato norma di interpretazione autentica dell'art. 644, quarto comma, cod. pen.

6.3.1. Non è inutile premettere che Cass. pen. 12028/2010, cit., ha verosimilmente richiamato tale norma perché essa conteneva, al comma 1, un espresso riferimento alle commissioni di massimo scoperto (delle quali implicitamente ammetteva la validità, sia pure nel più ristretto ambito di operatività cui è cenno nella sentenza in esame, disponendo che «sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto 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...»), onde il secondo comma, avente ad oggetto la disciplina della rilevanza, tra l'altro, delle "commissioni" ai fini della determinazione sia del TEG in concreto, sia del TEG - e dunque del tasso soglia - in astratto, non poteva non essere letto come comprensivo anche di tale tipo di commissioni.

Il primo comma dell'art. 2 *bis*, peraltro, è stato poi abrogato dall'art. 27, comma 4, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., nella legge 24 marzo 2012, n. 27, mentre la disciplina delle commissioni di massimo scoperto, ivi contenuta, era stata poco prima sostituita dall'art. 117 *bis* d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.),