

Civile Sent. Sez. U Num. 16303 Anno 2018

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: DE CHIARA CARLO

Data pubblicazione: 20/06/2018

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GUBER S.P.A., nella qualità di mandataria di OASIS SECURITISATION 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



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

88
18

- **ricorrente** -

contro

FALLIMENTO N. 50/2010 FRUTTA E VERDURA S.R.L. (già Di Nardo s.r.l.)

- **intimato** -

e sul ricorso proposto da:

INTESA SANPAOLO 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. 50/2010 FRUTTA E VERDURA S.R.L. (già Di Nardo 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 Frutta e Verdura s.r.l. il credito insinuato da Italfondario s.p.a., quale mandataria di Intesa Sanpaolo 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

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 (CMS) 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. Guber s.p.a., quale mandataria di Oasis Securitisation s.r.l., cessionaria del credito oggetto di causa, e Intesa Sanpaolo 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 (TEGM) 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 TEGM nei decreti ministeriali; e comunque, se le commissioni fossero state prese in considerazione, nei decreti predetti, ai fini della determinazione del TEGM, 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 TEGM 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 CMS 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 ²⁰⁰⁸ 1998, 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 (TEGM), 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 TEGM, 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 TEGM – 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.),

inserito dall'art. 6 *bis* d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, che a pena di nullità consente la previsione nei contratti di apertura di credito, «quali unici oneri a carico del cliente», di «una commissione onnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate...», imponendo inoltre per detta commissione il limite massimo dello «0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente». Con il che la commissione di massimo scoperto come definita nelle Istruzioni della Banca d'Italia più volte menzionate, oggetto del presente giudizio, è stata definitivamente superata.

Tuttavia ciò non assorbe, evidentemente, la questione del carattere interpretativo e retroattivo dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185, cit.

6.3.2. La ragione per cui va escluso il carattere interpretativo di tale disposizione consiste nel rilievo (già formulato dai richiamati precedenti della Prima Sezione civile) che il suo testo non contiene alcuna espressione che evochi tale natura, ma contiene, anzi, chiarissimi indizi in senso contrario. Depongono, infatti, nel senso della natura innovativa della disposizione sia l'espressa previsione, al comma 2, di una disciplina transitoria da emanarsi in sede amministrativa, in attesa della quale il modo di determinazione del tasso soglia «resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni», sia la previsione, al comma 3 (poi abrogato dal d.l. n. 1 del 2012, cit.), che «i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data».

Né il carattere interpretativo della norma potrebbe plausibilmente essere riferito non già alla disciplina della determinazione in astratto del TEGM, bensì alla sola disciplina della rilevazione del superamento in concreto del tasso soglia, vale a dire non al comma terzo, primo periodo, bensì al comma quarto dell'art. 644 cod. pen., da interpretarsi dunque nel senso che le commissioni di massimo scoperto siano computate nel calcolo del TEG applicato in concreto, pur non essendone previsto il computo ai fini della determinazione del TEGM (e dunque del tasso soglia). Nessuna espressa indicazione in tal senso, infatti, si ripete, risulta dal testo legislativo. Inoltre una tale asimmetria contrasterebbe palesemente con il sistema dell'usura presunta come delineato dalla legge n. 108 del 1996, la quale definisce alla stessa maniera (usando le medesime parole: «commissioni», «remunerazioni a qualsiasi titolo», «spese, escluse quelle per imposte e tasse») sia – all'art. 644, comma quarto, cod. pen. – gli elementi da considerare per la determinazione del tasso in concreto applicato, sia – all'art. 2, comma 1, legge n. 108, cui rinvia l'art. 644, terzo comma, primo periodo, cod. pen. – gli elementi da prendere in considerazione nella rilevazione trimestrale, con appositi decreti ministeriali, del TEGM e, conseguentemente, per la determinazione del tasso soglia con cui va confrontato il tasso applicato in concreto; con ciò indicando con chiarezza che gli elementi rilevanti sia agli uni che agli altri effetti sono gli stessi.

6.4. L'esclusione del carattere interpretativo, e quindi retroattivo, dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008 non è decisiva, però, per la soluzione della questione, che qui interessa, della rilevanza o meno delle commissioni di massimo scoperto ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta secondo la disciplina vigente nel periodo anteriore alla data dell'entrata in vigore di tale disposizione, e dunque in particolare quanto ai rapporti esauriti in tale periodo, come il rapporto dedotto nel presente giudizio (del

resto, nella stessa giurisprudenza penale di legittimità, sopra illustrata, il richiamo dell'art. 2 *bis*, cit., e la sua ritenuta natura interpretativa costituivano un argomento di mero ricalzo, di conferma, cioè, di un risultato ermeneutico già raggiunto per altra via).

6.4.1. Infatti la commissione di massimo scoperto, quale «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 ... calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento», secondo la definizione richiamata all'inizio, non può non rientrare tra le «commissioni» o «remunerazioni» del credito menzionate sia dall'art. 644, comma quarto, cod. pen. (determinazione del tasso praticato in concreto) che dall'art. 2, comma 1, legge n. 108 del 1996 (determinazione del TEGM), attesa la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca.

Nei precedenti della Prima Sezione civile sopra richiamati e in parte della dottrina, tuttavia, si sottolinea la circostanza che i decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, appena richiamato, non includono le commissioni di massimo scoperto nel computo del TEGM, e quindi del tasso soglia, sicché sarebbe illegittimo prenderle in considerazione ai fini della determinazione del tasso praticato in concreto, e ciò in considerazione di quella esigenza di simmetria di cui si è detto più sopra, per la quale tra l'uno e l'altro tasso, da porre a confronto, deve esservi omogeneità.

Tale obiezione non è persuasiva.

L'indicata esigenza di omogeneità, o simmetria, è indubbiamente avvertita dalla legge, la quale, come si è già osservato, disciplina la determinazione del tasso in concreto e del TEGM prendendo in considerazione i medesimi elementi, tra i quali va

inclusa, per quanto pure sopra osservato, anche la commissione di massimo scoperto, quale corrispettivo della prestazione creditizia. La circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione del TEGM non includano nel calcolo di esso anche tale commissione, rileva invece ai fini della verifica di conformità dei decreti stessi, quali provvedimenti amministrativi, alla legge di cui costituiscono applicazione, in quanto la rilevazione sarebbe stata effettuata senza tener conto di tutti i fattori che la legge impone di considerare. La mancata inclusione delle commissioni di massimo scoperto nei decreti ministeriali, in altri termini, non sarebbe idonea ad escludere che la legge imponga di tenere conto delle stesse nel calcolo così del tasso praticato in concreto come del TEGM e, quindi, del tasso soglia con il quale confrontare il primo; essa imporrebbe, semmai, al giudice ordinario di prendere atto della illegittimità dei decreti e di disapplicarli (con conseguenti problemi quanto alla stessa configurabilità dell'usura presunta, basata sulla determinazione del tasso soglia sulla scorta delle rilevazioni dei tassi medi mediante un atto amministrativo di carattere generale).

6.4.2. L'ipotesi di illegittimità dei decreti sotto tale profilo, tuttavia, non avrebbe fondamento, perché non è esatto che le commissioni di massimo scoperto non siano incluse nei decreti ministeriali emanati nel periodo, che qui interessa, anteriore all'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, cit. Dell'ammontare medio delle CMS, espresso in termini percentuali, quei decreti danno in realtà atto, sia pure a parte (in calce alla tabella dei TEGM), seguendo le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia nelle più volte richiamate Istruzioni come formulate sin dalla prima volta il 30 settembre 1996 e come successivamente aggiornate sino al febbraio 2006, le quali chiariscono che «la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali» e che «il calcolo

(10)

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

della percentuale della commissione di massimo scoperto va effettuato, per ogni singola posizione, rapportando l'importo della commissione effettivamente percepita all'ammontare del massimo scoperto sul quale è stata applicata» (l'aggiornamento successivo, effettuato nell'agosto 2009, uniformandosi al disposto dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185 ddl 2008, cit., nel frattempo entrato in vigore, inserisce invece la CMS nel calcolo del TEGM).

La presenza di tale dato nei decreti ministeriali è sufficiente per escludere la difformità degli stessi rispetto alle previsioni di legge, perché consente la piena comparazione – tenendo conto di tutti gli elementi che la legge prevede, comprese le commissioni di massimo scoperto – tra i corrispettivi della prestazione creditizia praticati nelle fattispecie concrete e il tasso soglia: nel che si sostanzia, appunto, la funzione propria dei decreti in questione, la quale è dunque adempiuta.

L'art. 2, comma 1, legge n. 108 del 1996 stabilisce, infatti, che «il Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari [...] nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione [...] sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale». La funzione dei decreti in questione è dunque essenzialmente di *rilevazione* dei dati necessari ai fini della determinazione del tasso soglia, in vista della comparazione, con questo, delle condizioni praticate in concreto dagli operatori.

Ebbene, anche la rilevazione dell'entità delle CMS è contenuta nei decreti emanati nel periodo precedente all'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008. La circostanza che tale entità sia riportata a parte, e non sia inclusa nel TEGM strettamente inteso, è

un dato formale non incidente sulla sostanza e sulla completezza della rilevazione prevista dalla legge, atteso che (come si è già anticipato e come ci si accinge a spiegare più puntualmente nel paragrafo che segue) viene comunque resa possibile la comparazione di precise quantità ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta, secondo la *ratio* ispiratrice dell'istituto. Tale dato formale – è appena il caso di aggiungere – è destinato a cedere rispetto a consolidati principi di conservazione degli atti giuridici.

6.4.3. La comparazione di cui trattasi si rivela soltanto più complessa (peraltro non eccessivamente), perché le commissioni di massimo scoperto, essendo rilevate separatamente secondo grandezze non omogenee rispetto al tasso degli interessi (a differenza degli interessi, si calcolano sull'ammontare della sola somma corrispondente al massimo scoperto raggiunto nel periodo di riferimento e senza proporzione con la durata del suo utilizzo), devono conseguentemente essere oggetto di comparazione separata – ancorché coordinata – rispetto a quella riguardante i restanti elementi rilevanti ai fini del tasso effettivo globale di interesse, espressi nella misura del TEGM.

La stessa Banca d'Italia, del resto, preso atto degli orientamenti che andavano profilandosi nella giurisprudenza di merito sulla rilevanza delle commissioni di massimo scoperto agli effetti dell'usura presunta, nel Bollettino di Vigilanza n. 12 del dicembre 2005 ha indicato modalità di comparazione che tengono conto appunto dell'esigenza di non trascurare, nel confronto, l'incidenza delle commissioni di massimo scoperto.

Secondo tali indicazioni, la verifica del rispetto delle soglie di legge richiede, accanto al calcolo del tasso in concreto praticato e al raffronto di esso con il tasso soglia, «il confronto tra l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS

applicabile (cd. CMS soglia), desunta aumentando del 50 % l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle» (il comma 4 dell'art. 2 legge n. 108 del 1996, prima della modifica introdotta con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv., con modif. nella legge 12 luglio 2011, n. 106, prevedeva appunto che il tasso soglia era costituito dal TEGM aumentato della metà). «Peraltro – prosegue la Banca d'Italia – l'applicazione di commissioni che superano l'entità della "CMS soglia" non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti ("margine"). Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "CMS soglia" sia inferiore a tale "margine" è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge».

Tali modalità (cui fa sostanzialmente cenno la stessa Cass. Sez. Prima civile n. 12965 del 2016, cit.) appaiono rispettose del dettato normativo, rispondendo all'esigenza di realizzare una comparazione piena, sotto tutti gli aspetti rilevanti secondo la legge, delle condizioni praticate in concreto con quelle previste quale soglia dell'usura, e di rilevare il superamento di tale soglia tutte le volte in cui la banca abbia effettivamente preteso dal cliente corrispettivi eccedenti la stessa.

Può pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto:

«Con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, va effettuata la separata comparazione del tasso

effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata – intesa quale commissione calcolata in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento – rispettivamente con il tasso soglia e con la "CMS soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta legge n. 108, compensandosi, poi, l'importo della eventuale eccedenza della CMS in concreto praticata, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con il "margine" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati».

Il terzo motivo di ricorso va dunque accolto nella parte in cui si lamenta che il Tribunale non abbia tenuto conto dell'entità delle CMS, come rilevate nei decreti ministeriali di cui si è detto, ai fini della determinazione della soglia di legge oltre la quale si verifica l'usura presunta.

7. In conclusione, respinti i primi due motivi dei ricorsi e accolto il terzo, il decreto impugnato va cassato, in relazione alla censura accolta, con rinvio al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al principio di diritto sopra enunciato e provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta i primi due motivi dei ricorsi, accoglie il terzo, cassa il decreto impugnato nei sensi di cui in motivazione e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, al Tribunale di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 febbraio 2018.

Il Consigliere estensore

Carlo De Chiara



Il Presidente

Giovanni Mammone



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi 20 GIU. 2018



Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Sabrina PACETTI
Sabrina Pacetti

Il Funzionario Giudiziario
dot.ssa Sabrina PACETTI
Sabrina Pacetti