

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 4/2019

INDICE:

1. Cassazione Civile, Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846.....3
2. Cassazione Civile, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044.....9
(Sulla nullità dei contratti “a valle” di un’intesa restrittiva della concorrenza)
3. Cassazione Civile, Sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946.....18
(Usura e interessi di mora: alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto interpretativo)
4. Tribunale di Milano, Sez. VI, 9 settembre 2019, n. 8030.....31
5. Tribunale di Roma, Sez. II, 29 agosto 2019, n. 16772.....38
(Sulla coesistenza della promessa di pagamento e della confessione in un unico documento)
6. Cassazione Civile, Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 28002.....43
7. Tribunale di Bergamo, Sez. IV, 14 settembre 2019, n. 1948.....46
(Cessione di credito futuro e di crediti contestati: sono davvero equiparabili?)
8. Tribunale di Vicenza, 5 settembre 2019.....54
(Interessi di mora e fallimento)

Direttore responsabile: *Alessandro Munari*
Caporedattore: *Massimo Di Muro*

La presente pubblicazione è stata predisposta a solo scopo di studio e ricerca, nel pieno rispetto delle previsioni del Codice Deontologico Forense. Le informazioni contenute e le opinioni espresse nella presente pubblicazione non possono essere considerate come pareri legali, né essere utilizzate come fondamento di casi concreti che richiedano un'analisi specifica della fattispecie. Munari Cavani Studio Legale e Assifact non potranno essere considerati responsabili per azioni od omissioni poste in essere per aver fatto uso delle informazioni contenute nella presente pubblicazione senza che sia stato chiesto loro uno specifico parere in merito.

*La pubblicazione è realizzata da Munari Cavani Studio Legale ed edita da Munari Cavani Publishing S.r.l.
Gli articoli pubblicati non possono costituire oggetto di riproduzione, neppure parziale.*

Munari Cavani

Studio Legale
Corso Monforte 16
20122 Milano
Tel. +39.02.36642500
Fax +39.02.36579090
email: studio@munaricavani.it



1. Cassazione Civile, Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846

Concorrenza (disciplina della) - Patto di non concorrenza - Intese vietate dall'art. 2 Legge n. 287 del 1990 - Contratti di fideiussione bancaria - Provvedimento della Banca d'Italia - Prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale - Sussistenza - Valutazione del giudice di merito - Ambito.

(Legge 2 agosto 2008 n. 130; Legge 28 dicembre 2005, n. 262, art. 19 comma 11; Legge 10 ottobre 1990, n. 287)

In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 della L. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, della L. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Cassazione Civile, Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE CHIARA Carlo

- Presidente -

Dott. SCOTTI Umberto L.C.G.

- Consigliere -

Dott. MELONI Marina

- Consigliere -

Dott. TERRUSI Francesco

- Consigliere -

Dott. FALABELLA Massimo

- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 26263/2014 proposto da:

[Tizio], elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*) che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

CONTRO

Banca (*omissis*), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (*omissis*), giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 554/2014 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 24/04/2014; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/02/2019 da Falabella Massimo; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Capasso Lucio, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso; udito l'avvocato (*omissis*), con delega, per il ricorrente, che ha chiesto l'accoglimento; udito l'avvocato (*omissis*) per il contro ricorrente, che ha chiesto di riportarsi agli atti.

FATTI DI CAUSA

1. - [Tizio] evocava in giudizio la Banca (*omissis*) deducendo di aver sottoscritto in data 16 dicembre 2005 un contratto di fideiussione *omnibus* a garanzia dei debiti di (*omissis*), sino alla concorrenza di Euro 191.750,00; rilevava che la banca, dopo alcune comunicazioni di messa in mora del debitore principale, aveva receduto da tutti i rapporti, ottenendo poi un decreto ingiuntivo anche nei confronti di esso attore. Deduceva quest'ultimo che il contratto di fideiussione concluso era nullo per violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a), con cui sono vietate le intese tra imprese che abbiano l'oggetto o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, anche fissando direttamente o indirettamente prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali: di qui la nullità dell'intesa restrittiva, che, rilevava l'istante, avrebbe potuto essere invocata anche dai consumatori. Ricordava l'attore che la Banca d'Italia aveva avviato nei confronti dell'ABI, relativamente alle condizioni generali della fideiussione contratta a garanzia delle operazioni bancarie, una istruttoria alla quale era seguita, in data 2 maggio 2005, l'adozione di un provvedimento in cui era risultato accertato che gli artt. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto dall'ABI contenessero disposizioni in contrasto con il cit. L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a). Assumeva, poi, che nel contratto di fideiussione in questione erano contenuti i menzionati articoli presenti nello schema elaborato dall'ABI. Domandava, quindi: la declaratoria di nullità della fideiussione, che si accertasse nulla essere dovuto alla banca per debiti contratti dall'obbligata principale; che la convenuta fosse condannata al risarcimento del danno.

Nella resistenza della Banca (*omissis*), la Corte di Appello di Brescia respingeva la domanda osservando come l'analisi testuale del provvedimento emesso dalla Banca d'Italia evidenziasse che la procedura avviata non si era conclusa con una diffida o una sanzione: rilevava il giudice distrettuale che solo in presenza di un'applicazione uniforme delle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale si sarebbe configurata la contestata violazione; rilevava, in particolare: "*(A)lla luce delle conclusioni cui è pervenuto l'organo di vigilanza, non può assolutamente ritenersi che in quella sede è accertata l'esistenza di una intesa concorrenziale ovvero di illecite pratiche concordate*". Aggiungeva che parte attrice, pur avendone l'onere, non aveva dimostrato, né chiesto di provare, che, in spregio alle indicazioni fornite dalla Banca d'Italia, l'ABI avesse egualmente diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione comprensivo delle clausole censurate.

2. - La sentenza, pubblicata il 7 novembre 2014, è stata impugnata per cassazione da [Tizio] con un ricorso fondato su due motivi; resiste con controricorso la Banca (*omissis*), ora (*omissis*). Sono state depositate memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo è stata dedotta la violazione o falsa applicazione della L. n. 287 del 1990, artt. 2, 14, 20 e 33, nonché dell'art. 41 Cost., dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, degli artt. 2697 e 2729 c.c., nonché agli artt. 115 e 116, c.p.c.. Rileva l'istante che la Corte bresciana non aveva preso in considerazione due circostanze incontroverse: quella per cui era stato dimostrato che il contratto di fideiussione corrispondeva esattamente allo schema negoziale oggetto dell'istruttoria della Banca d'Italia conclusasi con il provvedimento del 2 maggio 2005; quella per cui la stessa banca convenuta si era limitata a negare l'intesa "a monte" senza mai contestare, tantomeno specificamente, che le richiamate clausole del contratto di fideiussione (artt. 2, 6 e 8) fossero diverse da quelle già in uso nella prassi del sistema bancario e riprodotte nello schema ABI. Deduce il ricorrente che l'istruttoria e il provvedimento della Banca d'Italia del 2005 - la quale nella circostanza aveva operato nell'esercizio dei poteri attribuiti alla stessa quale autorità garante per l'accertamento delle violazioni della legge antitrust nel settore creditizio - costituivano una inoppugnabile prova privilegiata dell'illecito posto in atto dalla controparte.

Col secondo mezzo è dedotto l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, costituito dal fatto che, secondo la sentenza impugnata, l'attore non avrebbe fornito prova dell'illecita intesa a monte; è altresì lamentata la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 e 2729, c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c.. La Corte di Appello, secondo l'istante, non avrebbe considerato, o comunque compreso, la natura di prova privilegiata degli atti del procedimento intrapreso dalla Banca d'Italia, né avrebbe valutato le presunzioni, gravi, precise e concordanti, da esso derivanti. Ad avviso del ricorrente, dalla

lettura integrale dell'istruttoria, del parere espresso dall'AGCM e dal provvedimento della Banca d'Italia emergeva chiaramente l'accertamento circa il fatto che le banche avevano già in uso uno schema contrattuale in cui erano riprodotte le clausole nulle e che queste ultime avevano continuato a trovare ingresso nei contratti di fideiussione anche dopo l'emanazione del provvedimento di cui si è detto.

2. - La banca controricorrente ha formulato talune eccezioni pregiudiziali.

2.1. - Ha eccepito preliminarmente l'improcedibilità del ricorso assumendo che sarebbe stata depositata copia di sentenza diversa da quella che l'istante avrebbe inteso impugnare.

L'eccezione è destituita di fondamento. Il provvedimento depositato è la sentenza della Corte di Appello di Brescia del 24 aprile 2014, di cui in epigrafe.

2.2. - La stessa banca ha poi rilevato che il ricorso di controparte risulterebbe inammissibile a norma dell'art. 360 *bis* c.p.c.: essa ha ancorato detto assunto al rilievo per cui le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 delle condizioni generali di contratto sarebbero ritenute costantemente valide dalla giurisprudenza di legittimità.

Si osserva, però, che il profilo attinente alla legittimità delle menzionate disposizioni contrattuali risulta essere estraneo al *decisum* della Corte di Appello, la quale si è limitata a dare atto della mancata dimostrazione di un accordo illecito e di pratiche illegittime concordate, rilevando, in sintesi, come il provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 non fornisca idoneo riscontro della denunciata intesa restrittiva in assenza di una diffusione dello schema di fideiussione che non fosse stato emendato nei termini indicati dallo stesso istituto. Non ricorre, dunque, la prospettata ipotesi del provvedimento che abbia deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

2.3. - La controricorrente ha pure opposto che il ricorrente risulterebbe essere carente dell'interesse ad impugnare la sentenza della Corte di Appello. Ha osservato, in proposito, che ove pure fosse dichiarata la nullità di tutte o di alcune delle clausole di cui qui si dibatte, la fideiussione manterrebbe la propria validità in forza del principio generale di conservazione del negozio giuridico: infatti - aggiunge -, l'istituto di credito avrebbe richiesto a [Tizio] il rilascio della garanzia in questione anche in assenza delle clausole contestate, avendo precipuo interesse a garantire il soddisfacimento del debito contratto dall'obbligato principale.

E' facile tuttavia obiettare che l'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c., in quanto condizione preliminare di ammissibilità della domanda giudiziaria, deve essere valutato alla stregua della prospettazione operata dalla parte (Cass. 9 maggio 2008, n. 11554), e non lo si può negare sul presupposto che le conseguenze da trarsi dai fatti allegati siano diverse da quelle sostenute dall'attore, attenendo ciò alla fondatezza nel merito della domanda (Cass. Sez. U. 15 maggio 2015, n. 9934).

3. - I due motivi, sopra riassunti, possono esaminarsi congiuntamente: ciò in considerazione della loro evidente connessione. Ed è da escludere che essi tendano, come lamentato dalla controricorrente, a una mera revisione critica del giudizio di fatto demandato al giudice del merito.

3.1. - La domanda proposta dall'odierno ricorrente avanti alla Corte di Appello di Brescia risulta basarsi, come accennato, sull'esistenza di una intesa restrittiva della libertà di concorrenza L. n. 287 del 1990, *ex* art. 2. La prospettiva dell'azione intrapresa è quella additata dalle Sezioni Unite di questa Corte, secondo cui il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della suddetta intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Infatti, tale contratto, oltre ad estrinsecare l'intesa, la attua: come è stato spiegato, la ratio della nullità ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, è quella "*di togliere alla volontà anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle*" (Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207, in motivazione).

L'attore - ricorda la sentenza impugnata - ha invocato a fondamento della pretesa azionata il provvedimento del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia, cui, prima della modifica apportata dalla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, spettava l'accertamento delle infrazioni di cui al nominato art. 2 che si assumessero essere poste in atto dalle aziende di credito. Per quanto qui specificamente interessa, nel richiamato provvedimento della Banca di Italia era disposto: "Gli artt. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)".

3.2. - Questa Corte ha precisato che nel giudizio instaurato, ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640). Si tratta di affermazione che trova sostanziale corrispondenza nella proclamazione del principio - reso con riferimento al giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici - secondo cui il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il pregiudizio subito dal singolo assicurato (Cass. 28 maggio 2014, n. 11904; cfr. pure, in tema, ad es.: Cass. 23 aprile 2014, n. 9116; Cass. 22 maggio 2013, n. 12551; Cass. 9 maggio 2012, n. 7039; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486).

3.3. - Sulla base di tali premesse, è possibile cogliere, nella sentenza impugnata, due errori giuridici.

Il primo è dato dalla impropria valorizzazione della mancata presenza, all'interno del richiamato provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, di diffide o sanzioni.

Infatti - anche a voler prescindere dal rilievo per cui il provvedimento in questione presentava un contenuto prescrittivo, essendosi in esso stabilito che l'ABI emendasse le proprie circolari con riguardo alle disposizioni di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale da diffondere presso il sistema bancario, trasmettendo preventivamente gli atti così corretti alla Banca d'Italia -, ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'autorità competente, "deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte"; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico "*impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede*" (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486 cit.). Una conclusione in tal senso poggia, del resto, sull'assioma per cui "*il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante*": per modo che "*teorizzare la profonda cesura tra contratto a monte e contratto a valle, per derivarne che, in via generale, la prova dell'uno non può mai costituire anche prova dell'altro, significa negare l'intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale (4 è posta a tutela non solo dell'imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato*" (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305). E tale rilievo si coniuga con una duplice considerazione: per un verso, nel sistema della L. n. 287 del 1990, come del resto nella disciplina comunitaria, *private e public enforcement*, e cioè tutela civilistica e tutela pubblicistica, sono tra loro complementari; per altro verso, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento amministrativo nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità: tanto più in considerazione dell' "*evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità*" (Cass. 28 maggio 2014, n. 11904 cit.).

Quel che rileva è, dunque, l'accertamento dell'intesa restrittiva da parte della Banca d'Italia: non il fatto che, in dipendenza di tale accertamento, siano state pronunciate diffide o sanzioni. Infatti, ciò che assumeva rilievo dirimente, nella controversia portata all'esame della Corte di Brescia, era la presenza o meno di un'intesa tra imprese il cui oggetto o effetto fosse quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante attraverso la fissazione di specifiche condizioni contrattuali.

Il dato costituito dalla rilevazione, da parte dell'autorità competente, dell'illecito concorrenziale va poi desunto dal contenuto sostanziale e complessivo del provvedimento amministrativo, non da singole locuzioni che, isolatamente assunte, possano presentare un significato ambiguo o fuorviante: così la portata dell'espressione secondo cui i richiamati artt. 2, 6 e 8 "contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)" andava apprezzata verificando se il provvedimento avesse mancato di prendere posizione sull'esistenza dell'intesa restrittiva e, quindi, sulla diffusione, presso gli istituti di credito, dei testi negoziali comprendenti le citate clausole; ciò che il ricorrente ha specificamente negato, richiamando specifici passaggi del provvedimento stesso (nn. 49, 50, 57, 58, 60, 93).

Il secondo errore in cui è incorsa la Corte di Appello si rinviene nell'affermazione per cui non sarebbe provato che, contravvenendo a quanto prescritto dalla Banca d'Italia, l'ABI avesse egualmente diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione contenente le clausole che costituivano oggetto dell'intesa restrittiva.

Tale circostanza non è difatti decisiva. Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207 (cfr. in tema anche Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, secondo cui ai fini dell'illecito concorrenziale di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2, rilevano tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato). Ciò che andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI da cui non fossero state espunte le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: giacché, come è chiaro, l'illecito concorrenziale poteva configurarsi anche nel caso in cui l'ABI non avesse contravvenuto a quanto disposto dalla Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, ma la Banca (*omissis*) avesse egualmente sottoposto all'odierno ricorrente un modulo negoziale includente le disposizioni che costituivano comunque oggetto dell'intesa di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a). Mette solo conto di aggiungere che risulta inappropriato il richiamo, operato nella memoria ex art. 378 c.p.c., da (*omissis*), all'ordinanza n. 30818 del 2018 di questa Corte: tale pronuncia, oltre a riguardare parti diverse dagli odierni contendenti, si occupa dell'onere della prova in tema di illecito antitrust, affermando il principio, che qui va certamente ribadito, per cui compete all'attore che deduca un'intesa restrittiva provare il carattere uniforme della clausola che si assuma essere oggetto dell'intesa stessa. Le censure che è possibile svolgere in sede di legittimità contro il relativo accertamento del giudice del merito sono poi, per quanto limitate, variamente modulabili: ed è incontestabile che in questa sede si dibatta di profili che non coincidono con quelli di cui si è occupata la citata ordinanza.

4. - Nei termini che si sono indicati, il ricorso va pertanto accolto e la sentenza impugnata cassata.

Il giudice del rinvio, cui è devoluta la decisione sulle spese processuali del giudizio di legittimità, dovrà conformarsi al seguente principio di diritto: "*In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui alla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione*

contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario".

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di Appello di Brescia, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 5 febbraio 2019.

Depositato in Cancelleria il 22 maggio 2019

* * *

IL CASO

Nella fattispecie esaminata dalla Corte Suprema, il fideiussore si era opposto a un decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti, assumendo che il contratto di fideiussione omnibus da lui sottoscritto fosse nullo, in quanto le clausole ivi contenute erano identiche allo schema contrattuale tipo predisposto dall'ABI e perciò contrastanti con il provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, che ne vieta l'applicazione per violazione della L. n. 287 del 1990. La Corte d'Appello di Brescia aveva respinto la domanda dell'attore, non avendo quest'ultimo dimostrato un'applicazione uniforme delle condizioni generali del contratto di fideiussione comprensivo delle clausole censurate dalla Banca d'Italia, giacché solo in presenza di una effettiva diffusione di dette clausole si sarebbe configurata la contestata intesa concorrenziale ovvero la presenza di illecite pratiche concordate.

La Suprema Corte ha evidenziato che la circostanza rilevata dalla Corte d'Appello non è decisiva e che quello che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita.

Ciò che andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI che includesse le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva.

La Corte afferma che, indipendentemente dal comportamento dell'ABI, quello che rileva è se l'Istituto di credito abbia sottoposto al ricorrente una fideiussione contenente quelle clausole ritenute in contrasto con l'art. 2, comma, 2, lettera a), della Legge n. 287/90. Dunque il giudice di merito è tenuto essenzialmente a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidono con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, cioè se coincidono con quelle individuate dalla Banca d'Italia che violano la legge L. n. 287 del 1990, ciò indipendentemente dal fatto che l'ABI abbia provveduto o meno a diffondere il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione comprensivo delle clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario. La Suprema Corte ha dunque ribadito il principio (già affermato da Cass. 29810/2017) per cui le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie redatte su modulo uniforme ABI sono nulle in quanto violano il divieto di intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a), della L. n. 287/1990.

2. Cassazione Civile, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044

Concorrenza (disciplina della) - Patto di non concorrenza - Intese vietate dall'art. 2 Legge n. 287 del 1990 - Contratti di fideiussione bancaria - Provvedimento della Banca d'Italia - Prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale - Sussistenza - Valutazione del giudice di merito - Nullità parziale.

(Legge 2 agosto 2008 n. 130; Legge 28 dicembre 2005, n. 262, art. 19 comma 11; Codice Civile, art. 1419)

Con riferimento a contratti di fideiussione in cui siano presenti clausole riprodotte nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, deve ritenersi che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di intese illecite ex art. 2 della Legge n. 287/1990, ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. c.c. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Cassazione Civile, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BISOGNI Giacinto

- Presidente -

Dott. FEDERICO Guido

- Consigliere -

Dott. TRICOMI Laura

- rel. Consigliere -

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro

- Consigliere -

Dott. SOLAINI Luca

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 23665/2018 proposto da:

(*Fideiussori*) elettivamente domiciliati in Roma (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), rappresentati e difesi dagli avvocati (*omissis*), (*omissis*), giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrenti -

CONTRO

Banca (*omissis*) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (*omissis*) presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), rappresentata e difesa dall'avvocato (*omissis*), giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

contro (*omissis*);

- intimati -

avverso la sentenza n. 3045/2018 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 20/06/2018; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/04/2019 dal cons. Dott. Tricomi Laura; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Cardino Alberto, che ha

concluso per il rigetto del ricorso; udito, per i ricorrenti, l'avvocato (*omissis*) che ha chiesto l'accoglimento; udito, per la controricorrente, l'avvocato (*omissis*) che ha chiesto il rigetto.

FATTI DI CAUSA

(*Fideiussori*) propongono ricorso con tre motivi nei confronti della Banca (*omissis*), che replica con controricorso corroborato da memoria, chiedendo la cassazione della sentenza della Corte di Appello di Napoli pronunciata in controversia concernente l'opposizione al decreto ingiuntivo n. (*omissis*) ottenuto dalla stessa banca relativamente ad un credito di Euro 651.976,75 maturato a titolo di saldo del residuo mutuo chirografario di Euro 1.000.000,00 nei confronti di (*omissis*) degli appellanti nella loro qualità di fideiussori della società. Sono rimasti intimati (*omissis*).

Gli attuali ricorrenti, nella qualità di fideiussori unitamente agli altri fideiussori (*omissis*) e (*omissis*), avevano proposto opposizione al decreto ingiuntivo sostenendo che il contratto di fideiussione era nullo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa: a loro dire la Banca aveva concesso il mutuo non per finanziare la società richiedente, ma per estinguere preesistenti debiti della società verso la stessa banca mutuante. Il Tribunale aveva respinto l'opposizione.

Nel corso del giudizio di Appello, i fideiussori appellanti avevano anche eccepito la nullità delle fideiussioni segnatamente deducendo che le dichiarazioni fideiussorie, predisposte unilateralmente dalla banca e sottoscritte dagli appellanti in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, erano nulle perché riproducevano le Norme Bancarie Uniformi (di seguito, NBU), da qualificarsi come intese illecite L. n. 287 del 1990, *ex art. 2* con l'effetto che la nullità delle intese si ripercuoteva sugli atti negoziali (le fideiussioni in esame) nei quali erano state, pedissequamente recepite.

La Corte territoriale ha respinto l'Appello.

Innanzitutto ha disatteso l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni, per contrarietà alla Legge anti trust n. 287 del 1990.

In particolare la Corte di Appello ha ritenuto "*Nel caso in esame, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione stipulato tra gli appellanti e la (omissis), siano presenti le clausole sopra riportate (2, 6 e 8) riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, tuttavia la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Ne consegue che, benché le clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione siano nulle, il contratto è tuttora valido ed esistente tra le parti.*" (fol. 4 della sent. imp.).

Sotto altro profilo la Corte partenopea ha escluso che il contratto di finanziamento intercorso tra la banca e la società potesse essere qualificato come mutuo di scopo, in quanto l'art. 3 prevedeva "*la Società dovrà utilizzare il finanziamento allo scopo di approvvigionamento scorte*", tale indicazione non coinvolgeva l'interesse dell'istituto finanziario, di guisa che non si ravvisava un accordo programmatico tra le parti in favore della banca, quanto piuttosto l'esclusivo interesse del mutuatario e non si ravvisava la presenza dello scopo nella struttura causale del negozio.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1. Con il primo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 115 c.p.c.

I ricorrenti si dolgono che la Corte di Appello nell'esaminare l'eccezione di nullità della fideiussione si sia focalizzata sul parere dell'Autorità Garante, che aveva riconosciuto la violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 esclusivamente per le clausole nn. 2, 6 ed 8 delle NBU, ponendo a fondamento della decisione "*una prova documentale palesemente diversa da quella valorizzata dagli attuali ricorrenti*" laddove essi avevano ricondotto l'eccezione di nullità all'ordinanza di questa Corte n. 29810/2017, che - a loro parere aveva qualificato le Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di fideiussione in toto come "*intese vietate*" perché contrarie alla L. n. 287 del 1990, art. 2 (fol. 6/7 del ricorso).

1.2. Il motivo è inammissibile.

1.3. Invero, a prescindere dall'interpretazione propugnata circa il *decisum* contenuto nell'ordinanza n. 29810/2017, va osservato che il provvedimento giudiziario in questione è stato reso tra parti del tutto diverse da quelle che compaiono nel presente giudizio ed in relazione a distinte ed autonome vicende giudiziarie - di talché nemmeno sarebbero stati invocabili gli effetti *ex art. 2909 c.c.* - ed integra un precedente giurisprudenziale a valenza nomofilattica che, pertanto, non poteva assumere alcuna efficacia probatoria nel giudizio di merito.

Va, peraltro osservato, che - contrariamente a quanto sembrano suggerire i ricorrenti - la Corte di Appello ha preso in esame la pronuncia in questione nel corso della articolata motivazione.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 e dell'art. 1419 c.c., nonché del principio di diritto enunciato con l'ordinanza della S.C. n. 29810/2017.

I ricorrenti si dolgono che la Corte di Appello, interpretando ed applicando in maniera riduttiva il precedente richiamato, abbia dichiarato la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto di fideiussione, da ritenersi invece nullo perché concluso in applicazione di intese illecite concluse "a monte", tali dovendosi ritenere le NBU dell'ABI in materia di contratti di fideiussione contenenti clausole contrarie a norme imperative.

A parere dei ricorrenti la Corte di Appello ha errato nel valorizzare il Provvedimento n. 55 del 2/5/2005 della Banca d'Italia, che limitava la lesività anticoncorrenziale esclusivamente alle clausole 2, 6 ed 8 della NBU, nel caso in cui non fosse emerso che in mancanza di quelle clausole il contratto non sarebbe stato concluso (art. 1419 c.c., comma 1); secondo i ricorrenti dall'ordinanza n. 29810/2017 si evince, invece, che la nullità delle NBU, qualificate come intese illecite e vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2 travolge l'intero contratto fideiussorio.

Infine, osservano che la prova circa la rilevanza delle clausole in merito alla conclusione del contratto risulterebbe impossibile, atteso che dette clausole venivano riprodotte dalla banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento era condizionata alla firma del contratto fideiussorio.

2.2. Il motivo è infondato.

2.3. Come già affermato da questa Corte "*La Legge antitrust*" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "*a valle*" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "*ex*" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "*a monte*", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33 azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della Corte d'Appello." (Cass. Sez. U. 2207 del 20/2/2005), così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi a monte, e cioè le intese, - oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità - ed i contratti stipulati a valle, in relazione ai quali può essere esercitata l'azione risarcitoria.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti." (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011). Questi principi trovano conferma anche nella recente ordinanza, richiamata dai ricorrenti, la secondo la quale, "*in tema di accertamento del danno da condotte anticoncorrenziali ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 spetta il risarcimento per tutti i contratti che costituiscono applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato.*" (Cass. n. 29810 del 12/12/2017).

Va tuttavia rimarcato che tale ultima pronuncia non risulta del tutto pertinente, atteso che affronta il peculiare tema della ricaduta degli effetti del provvedimento della Banca di Italia del 2 maggio 2005 sui

contratti stipulati prima del maggio 2005, mentre il contratto in esame venne stipulato nel 2013. Inoltre - contrariamente a quanto propugnano i ricorrenti (fol. 8 del ricorso) - dalla motivazione di detta ordinanza non può farsi discendere, né si può presumere la qualificazione *tout court* delle "Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione" quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, né la nullità *in toto* del contratto di fideiussione di cui si discute: in disparte dalla mancanza di specificità del motivo circa il puntuale contenuto delle norme cui si intende far riferimento diverse dalla clausole 2, 6 e 8, tale assunto non appare affatto né preliminare, né logicamente consequenziale al tema trattato nell'ordinanza che - si ribadisce concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia, così come esattamente ritenuto anche dalla Corte d'Appello partenopea (fol. 13 della sent. imp.), e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione.

Tornando al caso in esame, va quindi osservato che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione.

Va osservato in proposito che la decisione della Corte di Appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale.

3.1. Con il terzo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 1418 c.c., nonché dell'art. 183 c.p.c., comma 7, in merito alla statuizione che ha escluso che il contratto di finanziamento in esame potesse qualificarsi come "*mutuo di scopo*".

3.2. Il motivo è inammissibile.

3.3. La doglianza, proposta come violazione di legge, sostanzialmente sollecita un diverso esame di una serie di elementi concernenti i risalenti ed articolati rapporti intercorsi tra la banca, la società ed i fideiussori, che involgono un sindacato di fatto.

In proposito, da un lato va rimarcato che, in merito alle circostanze riferite nel motivo, non è dato sapere, per difetto di specificità, nemmeno se ed in che termini siano state sottoposte ai giudici di merito; dall'altro che la doglianza avrebbe dovuto essere formulata, ove ne ricorressero i presupposti, come vizio motivazionale, prospettando fatti decisivi non esaminati, diversi da quelli accertati dalla Corte di Appello e posti a fondamento della decisione sul punto.

4.1. La richiesta di valutare la natura temeraria della lite, con conseguente liquidazione equitativa del danno, formulata dalla controricorrente, va respinta.

4.2. Invero per la richiesta condanna è necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza) - venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (Cass. Sez. U. n. 22405 del 13/09/2018; cfr. anche Cass. n. 7901 del 30/03/2018) e, nel presente caso, tali presupposti non ricorrono.

5. In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo. Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;
 - Condanna i ricorrenti in solido alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 8.000,00, oltre ad Euro 200,00 per esborsi, alle spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed agli accessori di legge;
 - Dà atto, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.
- Così deciso in Roma, il 4 aprile 2019.
Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2019

* * *

IL CASO

Nel caso di specie, i fideiussori hanno proposto ricorso per cassazione avverso la decisione della Corte d'Appello di Napoli, la quale aveva statuito sull'opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto da una banca relativamente ad un credito di Euro 651.976,75 maturato a titolo di saldo del residuo mutuo chirografario di Euro 1.000.000,00.

I fideiussori appellanti avevano eccepito la nullità delle fideiussioni deducendo che le dichiarazioni fideiussorie, predisposte unilateralmente dalla banca e sottoscritte in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, erano nulle perché riproducevano le Norme Bancarie Uniformi, da qualificarsi come intese illecite ex art. 2 della L. n. 287/1990, con l'effetto che la nullità delle intese si ripercuoteva sugli atti negoziali (le fideiussioni) nei quali erano state, pedissequamente recepite.

La Corte territoriale aveva respinto l'appello, ritenendo che sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione stipulato tra gli appellanti e la banca fossero presenti le clausole 2, 6 e 8 riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, tuttavia la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in difetto di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Per l'effetto, sebbene le clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione siano nulle, il contratto è valido ed esistente tra le parti.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso dei fideiussori ritenendo inammissibile il motivo di doglianza dai medesimi dedotto, secondo cui la Corte di Appello nell'esaminare l'eccezione di nullità della fideiussione si sarebbe concentrata solo sul parere dell'Autorità Garante, che aveva riconosciuto la violazione dell'art. 2 della Legge n. 287/1990 esclusivamente per le clausole nn. 2, 6 ed 8 delle NBU, ponendo a fondamento della decisione una prova documentale palesemente diversa da quella valorizzata dagli attuali ricorrenti, laddove essi avevano ricondotto l'eccezione di nullità all'ordinanza della Corte n. 29810/2017, che – a loro parere – aveva qualificato le Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di fideiussione in toto come “intese vietate” perché contrarie all'art. 2 della Legge n. 287/1990.

La Suprema Corte, con il provvedimento in commento, ritiene che dalla nullità di un'intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della Legge n. 287 del 1990, non discenda automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti.

Per cui anche in presenza di un contratto di fideiussione che contenga le clausole dichiarate nulle dalla Banca d'Italia nella sua veste di Autorità garante del libero mercato, queste non inficiano l'intero contratto, al più dovranno essere ritenute nulle solo le singole clausole anticoncorrenziali ex art. 1419, comma 1, c.c.; in tal caso si parlerà di nullità parziale. Diversamente le singole clausole comporteranno la nullità del contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità.

COMMENTO

Le sentenze in commento si inseriscono in un panorama giurisprudenziale ancora estremamente oscillante sulla tematica rimessa al giudizio della Suprema Corte. La questione in esse esaminata concerne la declaratoria di nullità delle fideiussioni cd. omnibus¹ contenenti le clausole standard dello schema contrattuale ABI, dichiarate illecite per violazione dell'art. 2 della L. n. 287/1990² da Banca d'Italia in veste di Autorità Garante della concorrenza tra istituti di credito³, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005. In particolare, era stata segnalata un'intesa anticoncorrenziale nell'applicazione uniforme delle disposizioni previste agli artt. 2, 6 e 8⁴ dello schema contrattuale ABI. Il dibattito inerente alla nullità della fideiussione omnibus stipulata in conformità al modello ABI, tuttora divisivo nella giurisprudenza di merito⁵ e in attesa di una statuizione definitiva da parte delle Sezioni Unite, si è aperto con la sentenza del 12 dicembre 2017, n. 29810 con la quale la Cassazione ha statuito che la violazione dell'art. 2 Legge antitrust, consumatasi "a monte" nella predisposizione e nell'adozione uniforme dello schema contrattuale ABI restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati "a valle" in conformità allo schema ABI, costituendo la singola fideiussione lo sbocco sul mercato dell'intesa illecita e risultando essenziale a realizzarne gli effetti⁶.

La Corte riconduce la nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust alla questione più generale degli effetti prodotti dalle intese restrittive della concorrenza poste in essere a "monte" sui contratti stipulati "a valle".

La suddetta tematica trova nella dottrina maggioritaria⁷ un orientamento consolidato per cui in ragione dell'interdipendenza tra i negozi, la patologia dell'intesa anticoncorrenziale derivante dalla violazione di norme imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c. travolge a cascata il contratto successivamente stipulato "a valle", secondo il paradigma simul stabunt simul cadent⁸. Dopo un'iniziale incertezza in merito alla possibilità di configurare o meno un collegamento tra l'intesa restrittiva "a monte" e i negozi "a valle", la giurisprudenza di legittimità, anche a seguito dell'intervento delle

¹ Garanzia personale atipica diffusa nel settore bancario, in cui il fideiussore garantisce l'adempimento per la totalità delle obbligazioni, presenti e future, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, contratte dal debitore principale nei confronti dell'istituto bancario conceditore del credito.

² Il secondo comma dell'art. 2 della L. n. 287/1990 stabilisce che: "Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali". È sancita la nullità ad ogni effetto per le intese poste in essere in violazione del summenzionato divieto.

³ Funzione esercitata fino al 12 gennaio 2006, e successivamente sostituita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

⁴ Art. 2 (reviviscenza): "Il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo".

Art. 6 (sopravvivenza): "Qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate".

Art. 8 (esonero responsabilità): "I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato".

⁵ Sul tema App. Bari, 21 marzo 2018, in questo Osservatorio, n. 2/2019, 39 e ss; Trib. Verona, ord. 1 ottobre 2018, App. Firenze, ord. 18 luglio 2018; Trib. Rovigo, ord. 9 settembre 2018, Trib. Salerno, ord. 23 agosto 2018; Trib. Treviso, ord. 30 luglio 2018, tutte in banca dati *Dejure*; Trib. Roma, 26 luglio 2018 in *www.ilcaso.it*.

⁶ Sul punto la Corte richiama il suo noto precedente Cass. civ., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, II, 721 ss. nel quale ha ribadito l'operatività del *private enforcement* della normativa antitrust: "Il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa anticoncorrenziale nulla, essendo essenziale a realizzarne gli effetti. Nel realizzare l'intesa, il contratto "a valle" esclude ogni possibilità di scelta da parte del consumatore. Colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 l. n. 287 del 1990".

⁷ Tra gli altri, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 469; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 1165; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435; PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469.

⁸ Sul tema Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7255, in *Guida al dir.*, 2013, 34-35, 42. In dottrina BIANCA, *Il contratto, Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2019, 612 e ss; BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791.

*Sezioni unite*⁹, pareva essersi progressivamente orientata nel senso di ritenere affetti da nullità i contratti di fideiussione riprodotto lo schema contrattuale predisposto dall'ABI. Tesi adotta anche dalla sentenza n. 29810¹⁰, la quale ha dunque riaffermato il principio di nullità delle fideiussioni omnibus comprensive delle clausole censurate dalla Banca d'Italia in quanto, costituendo esse applicazione di intese anticoncorrenziali, violano il divieto previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a), della L. n. 287/1990¹¹.

Questa impostazione è stata recepita anche nella prima delle due pronunce in commento.

Nel caso di specie, nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il fideiussore ricorrente sosteneva la nullità integrale della fideiussione omnibus da lui sottoscritta in quanto comprensiva di clausole identiche allo schema contrattuale standard predisposto dall'ABI, dichiarate illecite con provvedimento di Banca d'Italia che ne vietava l'applicazione per violazione della L. n. 287 del 1990. La Corte territoriale aveva respinto la domanda dell'opponente asserendo la mancata dimostrazione di una effettiva ed uniforme applicazione al contratto di fideiussione delle clausole sanzionate, necessaria al fine di configurare la contestata intesa concorrenziale. Gli Ermellini, negando le conclusioni a cui era giunta la Corte d'Appello di Brescia, enunciano il seguente principio di diritto: "in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 L. n. 287/1990, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, L. n. 262/2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario".

Con la prima delle sentenze in commento si ribadisce la tesi secondo cui le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie redatte su modulo uniforme ABI sono totalmente nulle in quanto violano il divieto di intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a), della L. n. 287/1990.

La Suprema Corte ha precisato che l'assenza di conseguenze sanzionatorie nel provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 non preclude l'accertamento della sussistenza di negozio distortivo della concorrenza, ai sensi della normativa antitrust. Infatti, prescindendo dal contenuto prescrittivo del provvedimento¹², ha osservato che gli "artt. 2, 6 e 8 [...] costituiscono lo sbocco dell'intesa vietata".

La Corte, ricordando la ratio sottesa al rimedio invalidante ai sensi della Legge Antitrust rinvenibile nell'esigenza di privare la volontà anticoncorrenziale posta in essere "a monte" di riflessi "a valle" che possano in qualunque modo alterare le condizioni di concorrenza e di buon funzionamento del mercato¹³, circoscrive la ricognizione del giudice di merito alla valutazione del modulo negoziale convenuto e in particolare all'inclusione in esso delle clausole standard conformi schema contrattuale ABI. La nullità derivata dall'infrazione anticoncorrenziale si trasmette ai sottostanti contratti a valle quando è rilevata la coincidenza delle disposizioni convenute contrattualmente nel contratto fideiussorio con il testo dello

⁹ Cass. civ., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

¹⁰ D'ORSI, "Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust", in *Giur. Comm.*, 2019, I, 578.

¹¹ In senso conforme Trib. Salerno, 23 agosto 2018, cit. secondo cui: "Se è vero che qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque modo essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l'accertamento della violazione dell'articolo 2 della normativa antitrust, è inevitabile concludere che l'intero portato, a valle di quella distorsione, debba essere assoggettato alla severa scure della nullità; e ciò anche se nel contratto di garanzia sottoscritto dal fideiussore con la banca soltanto gli articoli 2, 6 e 8, contenenti le clausole di "sopravvivenza", di "rinvincenza" e di rinuncia ai termini ex articolo 1957 del codice civile, riproducessero quelle dello schema elaborato dall'Abi nel 2003, poi ritenute dalla Banca d'Italia lesive della concorrenza, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287 del 1990".

¹² Atti ai quali pacificamente giurisprudenza di legittimità riconosce natura di prova privilegiata o presunzione *iuris tantum* del danno; da ultimo Cass. civ., 5 luglio 2019, n. 18176, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.

¹³ In dottrina LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 933; GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro.it*, 2004, I, 497.

schema contrattuale predisposto dall'ABI espressivo della vietata intesa anticoncorrenziale di cui all'art. 2, lett. a), L. n. 287/1990 e censurate dall'intervento sanzionatorio di Banca d'Italia¹⁴.

La Prima Sezione civile della Corte di Cassazione si è nuovamente pronunciata sulla questione, adottando nella seconda sentenza in commento un'opinione contrastante rispetto a quella precedentemente illustrata.

Con la sentenza impugnata per cassazione la Corte territoriale di merito aveva respinto l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni sostenuta dai ricorrenti i quali deducevano la presenza nel contratto stipulato dalle parti di clausole riprodotte nella sostanza il contenuto delle clausole standard ABI, dichiarate illegittime dalla preposta Autorità Garante. Secondo gli appellanti erano state trasfuse nella fideiussione clausole identiche a quelle censurate per contrarietà alla Legge Antitrust n. 287/1990, la cui accertata nullità inficerebbe anche l'intero contratto fideiussorio. Per la Corte d'Appello di Napoli l'argomentazione adottata non era idonea a fondare un'estensione della declaratoria di nullità alla totalità dell'impegno fideiussorio, in particolare per l'assenza di prove volte a dimostrare che in mancanza di suddette clausole il negozio non sarebbe stato concluso, ai sensi art. 1419, primo comma, cod. civ.¹⁵.

Secondo il principio di conservazione del contratto (utile per inutile non vitiatur)¹⁶, l'invalidità che colpisce alcune clausole contrattuali non si propaga all'intero negozio, quando risulta che le parti avrebbero comunque mantenuto l'interesse alla conclusione dello stesso anche in assenza le clausole nulle, secondo un giudizio di "volontà ipotetica"¹⁷.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 13846 del 2019 segna una chiara continuità con le numerose sentenze di merito che, negli ultimi mesi, hanno ritenuto sanzionabile con la declaratoria di nullità le fideiussioni predisposte secondo lo schema ABI, ritenuto frutto di un'intesa anticoncorrenziale¹⁸.

Con la seconda delle pronunce in commento, i Giudici della Prima Sezione della Suprema Corte hanno ritenuto inammissibile il motivo di doglianza dei fideiussori, sottolineando che la lesività anticoncorrenziale accertata dal provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005 di Banca d'Italia colpisce limitatamente le clausole 2, 6 ed 8 delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) e la loro esistenza all'intero contratto fideiussorio non può escludere che "in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite".

Con la pronuncia n. 24044, la Corte ha ritenuto preservabile l'impegno fideiussorio, procedendo ad espungere soltanto quelle clausole ritenute riflesso di intese illecite, e statuendo che la nullità del contratto "a valle" debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. nella sua integralità, e che quindi possa trovare applicazione l'art.1419 c.c., nel caso in cui l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia demolitoria limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite. I giudici di legittimità hanno precisato che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non possa sostenersi una soluzione di nullità totale del contratto di fideiussione contenente le clausole dello schema ABI, in quanto tali disposizioni non sarebbero contrarie a norme imperative. Risulta altresì rilevante l'osservazione per cui dette clausole fossero assolutamente funzionali ad assecondare l'interesse della banca e non dei fideiussori e, quindi, in conformità con il disposto del primo comma dell'art. 1419 c.c., il fideiussore avrebbe senz'altro stipulato il contratto senza la presenza di tali clausole.

In contrasto con tale posizione si schiera invece chi, non potendo ricostruire la "volontà del fideiussore", dal momento che le parti dell'intesa a "monte" non coincidono con quelle che negoziano il contratto a "valle", ha escluso l'applicabilità della nullità parziale, sostenendo come da violazioni gravi come quelle di cui si discute non possa che derivare una nullità dell'intero contratto¹⁹.

¹⁴ Trib. Belluno, 30 luglio 2018, n. 53 in questo Osservatorio, n. 2/2019, 28 e ss.

¹⁵ Nello stesso senso Trib. Padova, 29 gennaio 2019, in banca dati *Dejure*; Trib. Roma, 3 maggio 2019, in banca dati *Dejure* secondo cui "l'illiceità di tali intese, seppur accertata dalla Banca d'Italia, non è idonea a determinare la nullità dell'intero contratto stipulato a valle, in primis perché non vi è prova che le intese di cui sopra siano confluite nel contratto in questione ed in secondo luogo poiché non vi è prova della lesione della libertà contrattuale del fideiussore".

¹⁶ DIANA, *La nullità parziale del contratto*, Milano, 2004, 28.

¹⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2018, 163.

¹⁸ Trib. Bolzano, 19 dicembre 2018 in banca dati *Dejure*; Trib. Siena, 14 maggio 2019 in banca dati *Dejure*.

¹⁹ App. Bari, 21 marzo 2018, cit.; App. Firenze, ord., 18 luglio 2018, cit.; Trib. Salerno, 23 agosto 2018, cit.

Quanto sostenuto dalla recente sentenza della Cassazione (sentenza n. 24044) trova comunque conferma in alcune pronunce di merito che, enfatizzando il principio di conservazione degli effetti del contratto e l'economia complessiva dell'affare, hanno ritenuto di aderire a tale tesi, sostenendo che sia per il garante sia per la banca la volontà sarebbe stata quella di concludere quel contratto anche in assenza delle suddette clausole²⁰.

In considerazione della importanza della materia trattata e degli interessi in gioco e del contenzioso dilagante, in un simile quadro d'incertezza, suggerisce la necessità di un nuovo intervento delle Sezioni Unite affinché venga definitivamente chiarita la sorte dei contratti di fideiussione riproductivi dello schema ABI.

Avv. Alessandra Fossati

alessandra.fossati@munaricavani.it

Dott.ssa Talita Costanzo

talita.costanzo@munaricavani.it

²⁰ Trib. Roma, 3 maggio 2019, secondo cui “l'illiceità di tali intese, seppur accertata dalla Banca d'Italia, non è idonea a determinare la nullità dell'intero contratto stipulato a valle, in primis perché non vi è prova che le intese di cui sopra siano confluite nel contratto in questione ed in secondo luogo poiché non vi è prova della lesione della libertà contrattuale del fidejussore”; App. Brescia, 29 gennaio 2019, www.ilcaso.it; Trib. Padova, 29 gennaio 2019, cit.; Trib. Mantova, ord. 16 gennaio 2019, www.ilcaso.it.

3. Cassazione Civile, Sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946

Contratto di finanziamento e contratti bancari - Interessi moratori e interessi corrispettivi - Tasso di interessi - Assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura - Tasso effettivo globale medio - Contrasto tra Sezioni semplici della Corte di Cassazione - Rimessione alle Sezioni Unite

(Codice Civile, artt. 1224, 1282, 1815; Codice Penale, art. 644; Legge 7 marzo 1996, n. 108, art. 2; Decreto Legge 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1, comma 1; Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185, art. art. 2 *bis*)

Va rimessa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la trattazione delle seguenti questioni:

- *se alla stregua del tenore letterale degli artt. 644 c.p. e 2 L. n. 108/1996, nonché dalle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, si possa escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del TEGM;*
- *in caso contrario, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del TEGM di cui al citato art. 2, comma 1, L. n. 108/1996, oppure se la mera rilevazione del relativo tasso medio imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto e con quali modalità.*

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Cassazione Civile, Sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE CHIARA Carlo

- Presidente -

Dott. VALITUTTI Antonio

- Consigliere -

Dott. GHINOY Paola

- Consigliere -

Dott. MERCOLINO Guido

- rel. Consigliere -

Dott. VELLA Paola

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso iscritto al n. *(omissis)* proposto da:

[Alfa] rappresentata da *(omissis)*, rappresentata e difesa dagli avv. *(omissis)* e *(omissis)*, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in *(omissis)*;

- **ricorrente** -

CONTRO

[Beta], rappresentata e difesa dall'avv. *(omissis)*, con domicilio eletto in *(omissis)*, presso lo studio dell'avv. *(omissis)*;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Genova n. 1057/14, depositata il 30 luglio 2014. Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 27 giugno 2019 dal Consigliere Dott. Marcolino Guido.

FATTI DI CAUSA

1. *[Beta]* convenne in giudizio la *[Gamma]*, proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n. *(omissis)*, emesso il 7 dicembre 2005, con cui il Tribunale di Genova le aveva intimato il pagamento della somma di Euro 18.500,94, oltre interessi al 17,57%, dovuta a titolo di rate insolte, capitale residuo, interessi

moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito al consumo stipulato il 23 aprile 2002.

A sostegno della domanda, l'attrice dedusse la nullità del contratto, l'errata determinazione della somma dovuta, l'inefficacia delle relative clausole ai sensi dell'art. 1469 *bis* c.c., nn. 6 e 17, artt. 1469 *ter*, 1469 *quater* e 1469 *quinquies* c.c., e la nullità della clausola che prevedeva la misura degli interessi moratori, per violazione dell'art. 1815 c.c., nonché di quella che prevedeva la capitalizzazione degli interessi.

Si costituì la [Alfa] (già (*omissis*), in qualità di società incorporante della [Gamma]), e resistette alla domanda, chiedendone il rigetto.

1.1. Con sentenza del 12 giugno 2008, il Tribunale di Genova accolse parzialmente l'opposizione, revocando il decreto ingiuntivo e condannando l'attrice al pagamento della somma di Euro 12.294,01.

2. L'impugnazione proposta dalla [Alfa] (già (*omissis*)) è stata rigettata dalla Corte d'Appello di Genova, che con sentenza del 30 luglio 2014 ha rigettato anche il gravame incidentale proposto dalla [Beta].

A fondamento della decisione, la Corte ha disatteso innanzitutto l'eccezione d'inammissibilità dell'impugnazione per violazione dell'art. 163 c.p.c., nn. 2 e 6, ritenendo influente, in presenza della procura *ad litem* apposta dal legale rappresentante della [Gamma] in calce al ricorso per decreto ingiuntivo ed estesa ad ogni grado del giudizio, la mancata specificazione della sede legale e del nominativo del legale rappresentante della società, nonché l'assenza di un riferimento agli estremi della procura.

Ha ritenuto altresì ammissibile l'intervento spiegato in appello dalla (*omissis*) in qualità di cessionaria del credito controverso, osservando comunque che i mutamenti susseguitisi nella titolarità del credito non avevano determinato alcuna compressione del diritto di difesa dell'appellata o limitazione della pienezza del contraddittorio, ed escludendo quindi il carattere vessatorio della clausola contrattuale che autorizzava la cessione dei diritti derivanti dal contratto.

Premesso inoltre che le censure proposte dall'appellante erano illustrate in modo sufficientemente puntuale e specifico, ha confermato che il carattere oneroso del mutuo escludeva l'applicabilità dell'art. 1186 c.c., il quale presuppone che il termine sia stato fissato soltanto a favore del debitore, ritenendo pertanto che alla comunicazione della decadenza dal beneficio del termine fosse stato correttamente attribuito un effetto risolutivo, anch'esso espressamente previsto dal contratto e non avente portata alternativa rispetto alla predetta decadenza.

La Corte ha confermato poi il carattere vessatorio delle clausole contrattuali che imponevano al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute e da scadere, comprensive d'interessi, nonché di un ulteriore interesse di mora al tasso dell'1,5% mensile, di una penale pari al 30% degli importi insoluti e di un'ulteriore penale di Euro 250,00, dichiarandone l'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 *bis* c.c., in quanto la società creditrice non aveva fornito la prova richiesta dall'art. 1469 *ter* c.c., u.c., e concludendo pertanto che la debitrice era tenuta soltanto al pagamento del capitale residuo.

In ordine agli interessi, la Corte ha confermato l'applicabilità della L. 7 marzo 1996, n. 108, ritenendola riferibile sia agli interessi corrispettivi che a quelli moratori, ed escludendone l'operatività soltanto in riferimento ai contratti stipulati in epoca anteriore alla sua entrata in vigore e produttivi di rapporti ormai esauriti. Ha precisato al riguardo che, sebbene il contratto di finanziamento fosse stato sottoscritto in data anteriore all'emanazione del D.M. 25 marzo 2003, che aveva provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, già il precedente D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 aveva fatto riferimento agli interessi a qualunque titolo convenuti, individuando il limite oltre il quale gli interessi dovevano considerarsi comunque usurari nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito era compreso, aumentato della metà. Ritenuto che tale criterio fosse utilizzabile anche per l'accertamento del carattere usurario di interessi moratori pattuiti in data anteriore all'entrata in vigore del D.M. 25 marzo 2003, ha rilevato che nella specie il tasso del 18% annuo, previsto dal contratto di mutuo, risultava superiore al tasso soglia, e ne ha quindi affermato la nullità, ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2, oltre all'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 *bis* c.c..

Ha ritenuto invece infondate le censure proposte dall'appellante incidentale in ordine alla quantificazione della somma dovuta a titolo di capitale residuo, reputando influente l'avvenuta

predisposizione da parte della [Beta] di un piano di ammortamento finanziario alternativo, in quanto non accompagnata dall'indicazione degli errori in cui era incorso il Giudice di primo grado.

3. Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione, per dieci motivi, illustrati anche con memoria, la [Alfa], in qualità di avente causa della (*omissis*), per effetto della retrocessione del credito precedentemente ceduto. La [Beta] ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, vanno disattese le eccezioni d'inammissibilità sollevate dalla difesa della controricorrente in ordine alla documentazione depositata unitamente al ricorso, per contrasto con l'art. 372 c.p.c., ed alla stessa impugnazione, per difetto di legittimazione attiva.

La documentazione di cui si contesta la produzione consiste infatti nella copia autentica della sentenza impugnata, nelle lettere raccomandate e nei fax con cui la [Alfa] e la (*omissis*) hanno comunicato alla controricorrente ed al suo difensore l'intervenuta retrocessione del credito azionato in giudizio, e nelle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai fini della legge sull'usura, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2001: il deposito in copia della sentenza impugnata è espressamente prescritto dall'art. 369 c.p.c., comma 2, a pena d'improcedibilità del ricorso per cassazione, anche ai fini della necessaria verifica in ordine alla tempestività dell'impugnazione, mentre quello dei documenti relativi alla retrocessione deve ritenersi autorizzato proprio dall'art. 372 c.p.c., in quanto volto a fornire la prova del trasferimento del diritto controverso, da cui, salvo quanto si dirà in prosieguo, dipende la legittimazione della ricorrente ad impugnare la sentenza d'appello, e quindi l'ammissibilità del ricorso per cassazione (cfr. Cass., Sez. III, 11/12/2013, n. 27762). Le istruzioni della Banca d'Italia costituiscono invece atti amministrativi la cui produzione non può aver luogo per la prima volta in sede di legittimità, non essendo le stesse annoverabili tra le fonti del diritto, ai sensi dell'art. 1 preleggi, e non trovando pertanto applicazione, rispetto ad esse, il principio *jura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c., che impone al giudice la ricerca d'ufficio del diritto applicabile (cfr. Cass., Sez. III, 10/01/2019, n. 2543; 5/08/2002, n. 11706; 26/06/2001, n. 8742); nella specie, tuttavia, la produzione ha avuto luogo non già ai fini della prova del tasso effettivo globale medio da utilizzarsi per la determinazione del tasso soglia di cui all'art. 644 c.p., la cui rilevazione costituisce la funzione tipica di tali atti (e la cui dimostrazione sarebbe peraltro spettata alla controricorrente, che aveva fatto valere il carattere usurario degli interessi applicati al finanziamento), ma per confortare il rilievo contenuto nel ricorso, secondo cui la predetta rilevazione non è riferibile agli interessi moratori, e quindi a sostegno di una tesi giuridica che, in quanto ampiamente diffusa in dottrina e risultante da numerosi precedenti giurisprudenziali, non abbisogna di specifica dimostrazione.

1.2. Quanto alla legittimazione della [Alfa], anche a voler ritenere che, come sostiene la difesa della controricorrente, le lettere prodotte nella presente fase non risultino sufficienti ai fini della relativa prova, in quanto prive di riferimento alla data della retrocessione, e quindi inidonee ad attestarne la posteriorità rispetto alla pubblicazione della sentenza impugnata, dovrebbe ugualmente escludersi l'inammissibilità dell'impugnazione: sebbene infatti, a seguito della cessione del credito in favore della (*omissis*) la cessionaria abbia spiegato intervento nel giudizio di Appello, ritenuto ammissibile dalla sentenza impugnata, il processo è proseguito anche nei confronti della cedente, non essendone stata disposta l'estromissione ai sensi dell'art. 111 c.p.c., comma 3, con la conseguenza che, indipendentemente dalla retrocessione del credito, alla ricorrente va riconosciuta, in qualità di dante causa e parte originaria, la legittimazione ad impugnare la relativa sentenza, ferma restando la legittimazione spettante alla cessionaria ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, avente carattere concorrente e non sostitutivo (cfr. Cass. Sez. II, 11/05/2000, n. 6038).

2. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, dopo aver confermato la riqualificazione della decadenza dal beneficio del termine come risoluzione del contratto, ha ritenuto non dovuta la quota d'interessi compresa nelle rate insolute, senza pronunciare in ordine al motivo d'impugnazione con cui era stata contestata l'efficacia retroattiva della risoluzione, affermata dalla sentenza di primo grado. Sostiene infatti che nei contratti di durata, quali il mutuo, la risoluzione non opera retroattivamente, e non travolge pertanto le rate già scadute, le quali devono pertanto essere pagate per intero, ivi compresa la quota d'interessi inclusa nelle stesse.

3. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4 e art. 156 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c., osservando che, nell'escludere l'obbligo di pagare per intero le rate scadute, in conseguenza della risoluzione del contratto, la sentenza impugnata non ne ha spiegato le ragioni, avendo accennato alla questione soltanto nella parte in cui ha riconosciuto l'obbligo di corrispondere il solo capitale residuo, per effetto della dichiarazione d'inefficacia delle clausole che prevedevano le penali.
4. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1458 c.c., sostenendo che, ove si ritenga che la sentenza impugnata abbia confermato l'efficacia retroattiva della risoluzione, la stessa si porrebbe in contrasto con la predetta disposizione, non avendo considerato che il contratto di finanziamento con rimborso rateale è riconducibile al *genus* del mutuo, configurandosi pertanto come un contratto di durata, con la conseguenza che le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione non restano travolte, ma vanno corrisposte nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse.
5. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p., del D.L. n. 394 del 2000, art. 1, convertito in L. 28 febbraio 2001, n. 24, della L. n. 108 del 1996, art. 1 e del D.M. 22 marzo 2002, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha esteso agli interessi moratori l'applicabilità della disciplina antiusura. Premesso che gli interessi moratori non sono soggetti all'art. 1815 c.c. ed all'art. 644 c.p., avendo la funzione di risarcire il danno derivante dal ritardo nell'adempimento e trovando la loro disciplina nell'art. 1224 c.c., il quale non è stato modificato dalla normativa antiusura, precisa che essi sono comunque dovuti nella misura legale, ma possono anche essere determinati dalle parti, con pattuizione riconducibile alla clausola penale, e quindi suscettibile di riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.. Aggiunge che la predetta disciplina non è stata modificata dal D.L. n. 394 del 2000, il quale, nel dichiarare usurari gli interessi dovuti a qualunque titolo, se convenuti in misura superiore al tasso soglia, non ha modificato l'ambito applicativo degli artt. 1815 e 644, avendo natura meramente interpretativa; sostiene che il contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità trae origine da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, non avente carattere vincolante, in quanto riguardante esclusivamente l'ammissibilità della questione dalla stessa esaminata; osserva inoltre che solo a seguito della predetta pronuncia ha avuto inizio la rilevazione dei tassi medi degli interessi moratori, la quale, come precisato dal D.M. 25 marzo 2003, è stata effettuata a fini meramente conoscitivi, e si è comunque arrestata al 2002. Conclude pertanto che la pattuizione d'interessi moratori in misura superiore al tasso soglia non comporta la nullità della relativa clausola e l'esclusione dell'obbligo di corrispondere qualsiasi interesse, ma solo l'inefficacia della clausola, ai sensi degli artt. 1469 *bis* e 1469 *quinquies* c.c., o la possibilità di chiedere la riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.
6. Con il quinto motivo, la ricorrente deduce, in via subordinata, la violazione e/o la falsa applicazione della L. n. 108 del 1996, art. 2, del D.M. 22 marzo 2002 e dell'art. 14 preleggi, osservando che, nel ritenere applicabile la disciplina antiusura, la sentenza impugnata ha ommesso di rilevare che il contratto di finanziamento posto a fondamento della domanda è stato stipulato in epoca anteriore all'emanazione del D.M. 25 marzo 2003, che per primo ha proceduto alla rilevazione del tasso medio degli interessi moratori. Essa non ha considerato che l'art. 1815 c.c. e l'art. 644 c.p. hanno natura di norma in bianco, demandando la determinazione del tasso soglia ad altre disposizioni, e segnatamente ai decreti ministeriali previsti dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, che non si applicano agli interessi pattuiti in epoca anteriore alla loro emanazione, poiché la disciplina antiusura non ha efficacia retroattiva.
7. Con il sesto motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4 e art. 156 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che gli interessi richiesti sulla somma dovuta fossero superiori al tasso soglia, senza spiegarne le ragioni.
8. Con il settimo motivo, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c., censurando la sentenza impugnata per aver ommesso di pronunciare in ordine al motivo di appello concernente l'inapplicabilità della disciplina antiusura.
9. Con l'ottavo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4 e art. 156 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c., affermando che, nel confermare il carattere vessatorio della clausola contrattuale che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in virtù della mancata dimostrazione che la

stessa costituiva il frutto di una specifica trattativa, la sentenza impugnata non ha considerato che essa ricorrente non aveva l'onere di proporre impugnazione al riguardo, dal momento che la sentenza di primo grado aveva ritenuto assorbita la questione, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola per effetto del superamento del tasso soglia. Aggiunge che, nel ritenere eccessivo il tasso convenuto, la sentenza impugnata non ne ha spiegato le ragioni, omettendo di motivare anche in ordine all'illiceità della riduzione effettuata in via equitativa da essa ricorrente, nonché in ordine all'eventuale applicabilità degli interessi legali.

10. Con il nono motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 101 c.p.c., osservando che, nel dichiarare l'inefficacia della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la Corte territoriale ha rilevato d'ufficio la relativa questione, non riproposta dalla [Beta] con l'atto di appello, omettendo d'invitare le parti a dedurre sul punto e di assegnare alle stesse un termine per il deposito di memorie.

11. Con il decimo motivo, la ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, art. 1469 *bis* c.c., comma 3, n. 6, art. 1469 *quinquies* c.c. e art. 1815 c.c., comma 2, rilevando che, a seguito dell'accertamento del carattere vessatorio della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la sentenza impugnata non si è limitata a dichiararne l'inefficacia, con la conseguente applicazione del tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto, ma ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2.

12. Al di là dei diversi profili articolati nei singoli motivi d'impugnazione, le censure sollevate dalla ricorrente ruotano essenzialmente attorno a tre questioni, aventi tutte ad oggetto gli interessi da corrispondere sulla somma dovuta a titolo di restituzione del finanziamento, e riguardanti specificamente a) la retroattività o meno della risoluzione del contratto, da cui dipende l'obbligo della debitrice di corrispondere la quota d'interessi compresa nelle rate insolte, b) l'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori, e la conseguente rilevanza dell'avvenuto superamento del tasso soglia, c) l'inefficacia o meno della clausola contrattuale che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in quanto avente carattere vessatorio, se non costituente il frutto di una specifica trattativa.

La seconda questione, più volte affrontata da questa Corte, è stata in passato risolta in senso affermativo (con la sola esclusione dei rapporti esauriti in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996) sulla base del mero richiamo alla lettera dell'art. 644 c.p., comma 1, e dell'art. 1815 c.c., che non distinguono tra interessi corrispettivi e moratori, nonché all'art. 1224 c.c., comma 1, nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura (cfr. Cass., Sez. VI, 6/03/2017, n. 5598; Cass., Sez. III, 4/04/2003, n. 5324; Cass., Sez. I, 17/11/2000, n. 14899; 22/04/2000, n. 5286). Solo di recente la questione ha costituito oggetto di un vaglio più approfondito, all'esito del quale è stato confermato il predetto principio, in virtù di considerazioni estese all'inquadramento sistematico delle norme in esame, alla ratio delle stesse ed all'evoluzione storica della disciplina degli interessi. Ribadito che l'art. 644 c.p. e la L. n. 108 del 1996, art. 2 non introducono alcuna distinzione tra interessi corrispettivi e moratori, parlando genericamente di "*interessi*", mentre il D.L. n. 394 del 2000, art. 1 impone di valutarne il carattere usurario al momento della pattuizione "*a qualsiasi titolo*", è stata richiamata la relazione di accompagnamento della L. n. 24 del 2001, di conversione del D.L. n. 394 cit., nella quale si chiariva che la predetta espressione si riferiva a qualsiasi tipo di interesse, "*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*". Si è inoltre evidenziata l'omogeneità della funzione economica degli interessi, osservandosi che tanto quelli corrispettivi quanto quelli moratori costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, e nel secondo involontariamente, e precisandosi che tale omogeneità non è esclusa dalla funzione giuridica specificamente attribuita agli interessi moratori, consistente nel risarcire il danno patito dal creditore per il ritardo nel pagamento di un debito pecuniario, dal momento che tale pregiudizio non può consistere che nella necessità di ricorrere al credito, remunerando chi lo conceda, o, in alternativa, nella rinuncia ad impiegare la somma dovuta in investimenti proficui. Si è ritenuta irrilevante, in proposito, la fonte legale o convenzionale degli interessi, affermandosi che ai fini della misura degli stessi viene in rilievo esclusivamente la forma scritta della pattuizione, richiesta sia per i corrispettivi che per i moratori, in entrambi i casi a tutela del debitore. Rilevato che alle medesime finalità di tutela risponde anche la disciplina antiusura, si è evidenziato che l'esclusione dell'applicabilità della stessa agli interessi moratori condurrebbe al risultato

paradossale che per il creditore sarebbe più vantaggioso l'inadempimento che l'adempimento. Sotto il profilo storico, si è infine ricordato che la presenza nel codice civile di due diverse disposizioni, dedicate rispettivamente agli interessi corrispettivi (art. 1282) ed a quelli moratori (art. 1224), costituisce un mero retaggio dell'unificazione del codice civile e di quello di commercio, che risolvevano in termini diversi il problema della decorrenza degli effetti della mora, e non dipende dalla diversa funzione attribuita alle due categorie d'interessi, dovuta non già all'intento di sottrarre quelli moratori alle leggi antiusura, ma a quello di aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi *tout court* (cfr. Cass., Sez III, 30/10/2018, n. 27442).

Tralasciando in questa sede, per ragioni di sintesi, l'ampio *excursus* storico addotto a sostegno di quest'ultima affermazione, occorre rilevare che la tesi accolta nelle predette pronunce ha costituito oggetto di un vivace dibattito in dottrina e nella giurisprudenza di merito, nell'ambito del quale ciascuno degli argomenti fatti propri da questa Corte è stato sottoposto a critica, in tal modo pervenendosi a conclusioni diametralmente opposte. In particolare, si è ritenuto non decisivo il tenore letterale dell'art. 644 c.p., il quale per un verso riferisce il divieto dell'usura agli interessi dati o promessi "*in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità*" (comma 1), in tal modo apparentemente escludendo quelli dovuti a titolo di ristoro per il ritardo nell'adempimento, mentre per altro verso adotta un'espressione omnicomprensiva per la definizione della base di calcolo del tasso usurario, imponendo di tener conto, a tal fine, delle "*remunerazioni a qualsiasi titolo*" collegate all'erogazione del credito. A fronte di tale ambiguità testuale, si è posto in risalto l'orientamento manifestatosi nella disciplina secondaria a partire dalle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nel 2001 e dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 25 marzo 2003, che, nel procedere alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui alla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ha costantemente escluso dalla base di calcolo gli interessi moratori, attribuendo una finalità meramente conoscitiva alla rilevazione del relativo tasso medio, periodicamente compiuta dall'Autorità di vigilanza (cfr. da ultimo, l'art. 3 dei dd.mm. 21 dicembre 2017, 28 marzo 2018 e 27 giugno 2018, ed il punto C.4 delle istruzioni aggiornate a luglio 2016). È stata sottolineata la ragionevolezza di tale esclusione, rilevandosi da un lato che, in quanto aventi la loro fonte nella mora del debitore, gli interessi moratori costituiscono una voce di costo meramente eventuale, e dall'altro che l'estensione agli stessi della disciplina antiusura comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla pattuizione di penali *una tantum*, aventi analoga funzione, ma sottratte all'ambito di operatività della L. n. 109 del 1996. In quest'ottica, e con riferimento all'aspetto sistematico, si è richiamato anche l'art. 19 della direttiva n. 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, il quale, nel disciplinare il calcolo del tasso annuo effettivo globale, sia pure ai soli fini della trasparenza delle condizioni contrattuali, esclude espressamente dal computo dei costi eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per l'inadempimento degli obblighi previsti dal contratto di credito, assumendo inoltre come presupposto l'ipotesi che il creditore ed il consumatore adempiano ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti. È stata infine evidenziata la reversibilità dell'argomento fondato sulla maggior convenienza che l'inadempimento potrebbe rivestire per il creditore, in caso di sottrazione degli interessi moratori alla disciplina antiusura, essendosi rilevato che l'applicazione di tale disciplina, comportando l'azzeramento del debito degli interessi, potrebbe favorire, per converso, anche comportamenti opportunistici del debitore.

Alle predette obiezioni, puntualmente prese in esame dalla pronuncia da ultimo citata, la stessa risponde con argomenti non del tutto appaganti, quali l'insistenza sull'omogeneità della funzione economica delle varie categorie d'interessi, che non esclude la diversità dei relativi titoli giuridici, ed il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, con cui il Giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale del D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, ritenne ammissibile la questione, pur in mancanza di una specifica motivazione in ordine all'applicabilità del tasso soglia anche agli interessi moratori, considerando plausibile tale interpretazione, in quanto giustificata dalla lettera della norma impugnata e fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità: è appena il caso di ricordare, a quest'ultimo riguardo, che, nel valutare l'ammissibilità delle questioni sottoposte al suo esame, la Corte costituzionale non si pronuncia sulla correttezza dell'interpretazione della norma impugnata, spettante al Giudice ordinario, essendo sufficiente, al predetto fine, che la

lettura prescelta dal giudice a quo non risulti implausibile e sia comunque idonea a giustificare la rilevanza della questione (cfr. *ex plurimis*, Corte Cost., sent. n. 56 del 2017; n. 124 del 2017; n. 520 del 2002). Non decisivo deve invece ritenersi, con riguardo alle modalità di rilevazione del tasso effettivo globale medio, il richiamo alla nota di chiarimenti diramata il 3 luglio 2013 dalla Banca d'Italia, nella quale, pur affermandosi testualmente che anche gli interessi di mora sono soggetti alla legge antiusura, si precisa, contraddittoriamente, che gli stessi sono esclusi dal calcolo del tasso effettivo globale, in quanto non dovuti dal momento dell'erogazione del credito, ma soltanto a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente, e comunque tali da determinare, per la loro superiorità rispetto agli interessi corrispettivi, un innalzamento del tasso soglia, in danno della clientela.

Sotto il profilo pratico, l'esclusione degli interessi moratori dalla base di calcolo del tasso effettivo globale medio ha fatto poi sorgere il problema dell'individuazione del parametro di riferimento da adottare ai fini della valutazione del carattere usurario dei predetti interessi, non potendosi evidentemente assumere come termine di paragone il tasso medio rilevato a fini conoscitivi dalla Banca d'Italia, non solo perché lo stesso non ha carattere vincolante, ma anche perché la sua rilevazione, rimasta a lungo sospesa, è ripresa soltanto negli ultimi anni. L'impossibilità di fare riferimento a questo ultimo tasso è stata riconosciuta dalla stessa pronuncia citata, la quale, pur conferendo rilievo all'affermazione di principio contenuta nella nota di chiarimenti della Banca d'Italia, secondo cui anche gli interessi moratori sono soggetti alla disciplina antiusura, ha dovuto ammettere che, in assenza di qualsiasi norma di legge in tal senso, non può pretendersi di accertarsene il carattere usurario sulla base di un tasso ottenuto incrementando arbitrariamente di qualche punto percentuale il tasso soglia, come previsto dai decreti ministeriali, ed ha ritenuto di poter risolvere la questione mediante l'affermazione del principio secondo cui il predetto riscontro va compiuto confrontando puramente e semplicemente il saggio degli interessi concordato dalle parti col tasso soglia calcolato in riferimento al tipo di contratto stipulato, senza alcuna maggiorazione od incremento. Tale soluzione, tuttavia, presenta l'indubbio inconveniente, puntualmente segnalato dalla dottrina, di porre a confronto dati disomogenei: poiché, infatti, il tasso effettivo globale medio è determinato in base alla rilevazione dei tassi degli interessi corrispettivi, normalmente meno elevati di quelli degli interessi moratori, il confronto di questi ultimi con il tasso soglia calcolato sulla base del primo potrà condurre più frequentemente ad affermare il carattere usurario degli interessi, in tal modo favorendo ingiustificatamente il debitore, per il quale l'inadempimento potrebbe paradossalmente risultare più conveniente dell'adempimento, comportando l'azzeramento degli interessi.

Com'è noto, l'esigenza di assicurare l'omogeneità dei dati in base ai quali devono essere calcolati, rispettivamente, il tasso effettivo globale applicabile al contratto concretamente stipulato tra le parti ed il tasso effettivo globale medio, che costituisce a sua volta la base per la determinazione del tasso soglia, oltre il quale quello concordato tra le parti dev'essere considerato usurario ai sensi dell'art. 644 c.p., comma 3, è già emersa in riferimento ad un'altra delle voci di costo normalmente poste a carico della clientela nello svolgimento dei rapporti bancari, e precisamente con riguardo alla commissione di massimo scoperto, che le istruzioni della Banca d'Italia ed i decreti ministeriali emanati ai sensi della L. n. 108 del 1996 escludevano espressamente dal computo del tasso effettivo globale medio, disponendone la separata rilevazione. A seguito dell'entrata in vigore del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 *bis*, introdotto dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, il quale disponeva, al comma 2, che gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedessero una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, fossero comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e della L. n. 108 del 1996, artt. 2 e 3, si pose dunque il problema di stabilire se tale disposizione si applicasse anche ai rapporti svoltisi in tutto o in parte in epoca anteriore. La questione, risolta difformemente dalla Seconda Sezione penale (cfr. Cass. pen., Sez. II, 3/07/2014, n. 28928; 19/02/2010, n. 12028) e dalla Prima Sezione civile (cfr. Cass. civ. Sez. I, 3/11/2016, n. 22270; 22/06/2016, n. 12965), è stata infine sottoposta alle Sezioni Unite civili, le quali, componendo il contrasto di giurisprudenza, hanno enunciato il principio secondo cui, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, in riferimento ai predetti rapporti, occorre procedere alla separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di

massimo scoperto 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 "*commissione soglia*" calcolata aumentando della metà la percentuale della commissione media indicata nei decreti ministeriali, compensando poi l'importo dell'eventuale eccedenza della commissione in concreto praticata con il "*margin*" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati. A sostegno di tale affermazione, le Sezioni Unite hanno innanzitutto escluso la portata interpretativa, e quindi la retroattività dell'art. 2 *bis* cit., ritenendola contrastante con il tenore letterale della disposizione, recante anche il riferimento ad una disciplina transitoria da emanarsi in sede amministrativa, e con il principio di simmetria cui è improntato il sistema della L. n. 108 del 1996, la quale definisce alla stessa maniera gli elementi da porre a base del calcolo del tasso effettivo globale concretamente applicato e quelli da prendere in considerazione ai fini della rilevazione del tasso effettivo globale medio, e quindi della determinazione del tasso soglia. Rilevato tuttavia che la commissione di massimo scoperto rientra pur sempre tra le commissioni o remunerazioni menzionate dall'art. 644 c.p., comma 4, e dall'art. 2, comma 1, della L. n. 108, hanno ritenuto che la predetta esigenza di simmetria non consenta di escludere la commissione di massimo scoperto dal calcolo del tasso effettivo globale, per il solo fatto che la stessa non è inclusa tra gli elementi in base ai quali si determina il tasso effettivo globale medio, ma possa assumere rilievo soltanto ai fini della valutazione della conformità della disciplina amministrativa rispetto alla legge di cui costituisce attuazione, affermando comunque che la separata rilevazione della commissione di massimo scoperto anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore del D.L. n. 185 del 2008 è di per sé sufficiente ad escludere l'illegittimità di tale disciplina, in quanto consente la comparazione tra il corrispettivo della prestazione creditizia concretamente praticato ed il tasso soglia, cui sono preordinati i decreti ministeriali. Hanno quindi richiamato le modalità di comparazione indicate dalla Banca d'Italia nel bollettino di vigilanza n. 12 del dicembre 2005, reputandole rispettose del dettato normativo, in quanto rispondenti all'esigenza di realizzare una comparazione piena, sotto tutti gli aspetti rilevanti secondo la legge, tra le condizioni praticate in concreto e quelle previste quale soglia dell'usura (cfr. Cass., Sez. Un., 20/06/2018, n. 16303).

Le predette considerazioni, non tenute presenti dalla citata pronuncia della Terza Sezione civile, sollecitano un ulteriore approfondimento della questione riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori, dovendosi in particolare valutare, anche alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e della L. n. 108 del 1996, art. 2 e delle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, nonché delle critiche mosse alla soluzione affermativa, se l'evidenziato principio di simmetria consenta o meno di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio; qualora si opti per la soluzione contraria, occorre poi stabilire se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma 1 dell'art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro, alla luce della segnalata irregolarità nella rilevazione. Trattasi di questioni di massima che rivestono particolare importanza, in quanto, oltre ad implicare una rivisitazione delle categorie in cui vengono tradizionalmente inquadrati gli interessi, investono un fenomeno di vasta portata, oggetto di discussione in un considerevole numero di giudizi, anche di notevole valore economico, il cui esito nelle fasi di merito, avendo dato luogo a soluzioni diversificate, consente di attribuire al relativo esame uno spiccato rilievo nomofilattico, tale da giustificare la rimessione degli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., affinché valuti la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

P.Q.M.

rimette gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite civili.

Così deciso in Roma, il 27 giugno 2019.

Depositato in Cancelleria il 22 ottobre 2019

* * *

IL CASO

La pronuncia in commento trae origine dall'opposizione a decreto ingiuntivo, proposta da un cliente di un Istituto di Credito (o, più precisamente, di una società di factoring, successivamente assorbita da un Istituto di Credito) per mancato pagamento di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori, relativi ad un finanziamento concluso con suddetto Istituto di Credito.

L'opponente aveva eccepito la nullità del contratto, l'errata determinazione della somma dovuta, l'inefficacia delle relative clausole, nonché la nullità della clausola che prevedeva la misura degli interessi moratori e di quella relativa alla capitalizzazione degli interessi.

Dapprima il Tribunale e dipoi la Corte d'Appello avevano condiviso (almeno in parte) la tesi del cliente dell'Istituto di Credito, ritenendo la L. 108/1996 applicabile anche agli interessi moratori, relativamente ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore di detta Legge.

Avverso la sentenza d'Appello, l'Istituto di Credito ha proposto ricorso per Cassazione. Le censure sollevate dalla ricorrente riguardavano tra l'altro, la violazione e falsa applicazione degli articoli 1815 c.c., 644 c.p., D.L. 394/2000 e L. 108/1996, nella parte in cui la Corte di merito aveva applicato la normativa antiusura agli interessi moratori, e la conseguente rilevanza dell'avvenuto superamento del tasso soglia.

Su detta questione, la Suprema Corte ha riscontrato l'esistenza di orientamenti di legittimità (anche recenti) contrastanti e, pertanto, ha proposto di assegnare la causa alle Sezioni Unite della Suprema Cassazione.

COMMENTO

Con l'ordinanza in commento, la Prima Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione riscontra un contrasto giurisprudenziale su una questione di particolare rilevanza, sia giuridica sia pratica, sulla quale abbiamo avuto modo di intrattenerci ripetutamente anche in questo Osservatorio¹, ossia l'eventuale assoggettamento alla disciplina antiusura degli interessi di mora.

Osserva la Suprema Corte come un iniziale indirizzo di legittimità aveva asserito l'applicazione della disciplina antiusura anche agli interessi moratori sulla base, principalmente, del dettato normativo letterale degli artt. 644 c.p.² e 1815 c.c.³

¹ Tra le altre, si vedano le seguenti pronunce (e i relativi commenti): Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27422, in questo Osservatorio n. 4/2018, 22 e ss.; Trib. Milano, 18 gennaio 2017, n. 1/2017, in questo Osservatorio 34 e ss.; Cass. civ., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, in questo Osservatorio n. 4/2017, 2 e ss.;

² L'art. 644 del c.p., nel testo vigente, è stato introdotto dall'art. 1 della L. 108/1996, che dispone testualmente:

“1. L'articolo 644 del codice penale è sostituito dal seguente:

“Art. 644 - (Usura) - Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per se o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni.

Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

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 alla erogazione del credito. Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà: 1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare; 2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari; 3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno; 4) se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale; 5) se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.

Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni”.

³ L'articolo 644-bis del codice penale è abrogato.”

(che non distinguono tra interessi corrispettivi e moratori) nonché dell'art. 1224 c.c.⁴ (nella parte in cui prevede che se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura)⁵.

Indirizzo questo confermato anche recentemente dalla giurisprudenza di legittimità⁶, con considerazioni più approfondite e articolate, alla luce dell'inquadramento sistematico delle norme in esame, della ratio delle stesse e dell'evoluzione storica della disciplina degli interessi. In particolare è stato osservato che:

(i) l'art. 1 del D.L. 394/2000 impone di valutare il carattere usurario degli interessi al momento della pattuizione "a qualsiasi titolo", intendendosi con siffatta espressione qualsiasi tipologia di interessi siano essi corrispettivi, compensativi o moratori (in questo senso anche la relazione di accompagnamento alla richiamata norma);

(ii) sussiste omogeneità della funzione economica degli interessi corrispettivi e moratori posto che entrambi costituiscono la remunerazione del capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo involontariamente precisandosi poi che tale omogeneità non è esclusa dalla funzione giuridica specificatamente attribuita agli interessi moratori, consistente nel risarcire il danno patito dal creditore per il ritardo nel pagamento di un debito pecuniario;

(iii) non è rilevante la fonte legale o convenzionale degli interessi, posto che ai fini della misura degli stessi conta solo l'eventuale pattuizione scritta richiesta dalla legge a tutela del debitore;

(iv) l'esclusione dell'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori condurrebbe al risultato paradossale di rendere per il creditore più vantaggioso l'inadempimento del debitore;

(v) la presenza di due diverse disposizioni per gli interessi corrispettivi e moratori negli artt. 1282 e 1224 c.c.⁷, costituisce un mero retaggio dell'unificazione del codice civile e di quello del commercio e non dipende dalla diversa funzione attribuita

³ Dell'art. 1815 c.c. che, sotto la rubrica "Interessi" dispone quanto segue:

"Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'articolo 1284.

Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

Sull'art. 1815 c.c., come modificato ai sensi della L. 108/1996, v. in questo Osservatorio, n. 4/2017, 2 e ss. Più in generale, sulla cumulabilità o meno degli interessi corrispettivi con quelli moratori, si veda altresì in questo Osservatorio, n. 1/2017, 34 e ss.

⁴ L'art. 1224, sotto la rubrica "Danni nelle obbligazioni pecuniarie", dispone testualmente che:

"Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori".

⁵ Cass. civ., 4 ottobre 2017, n. 23192, in *Diritto&Giustizia*, 2017 (secondo cui "In tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della L. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori"); Cass. civ., 6 marzo 2017, n. 5598, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4 (secondo cui "In tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della L. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che gli interessi moratori, ma non si applica ai contratti contenenti tassi usurari stipulati prima della sua entrata in vigore se relativi a rapporti completamente esauriti al momento della entrata in vigore della legge"); Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 621 (con nota di DOLMETTA).

Il principio per cui le norme dettate a contrasto dell'usura si applicano anche al patto di fissazione del saggio degli interessi moratori è stato altresì affermato Corte Costituzionale che, chiamata a valutare la conformità a Costituzione dell'art. 1 del D.L. 394/2000, osservò che "il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del Decreto Legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori" (Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, I, 934, con nota di PALMIERI; in dettaglio, v. § 2.2 del "Considerato in diritto").

Sul punto, in dottrina (*ex multis*) v. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 504; FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGERI, Napoli, 2004, 168; AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 339. Cfr. CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2016, 93.

⁶ Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Giust. civ. Mass.*, 2019 (v. anche su questo Osservatorio, n. 4/2018, 22 e ss.).

⁷ L'art. 1282 c.c., sotto la rubrica "Interessi nelle obbligazioni pecuniarie", dispone testualmente che:

"I crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente. Salvo patto contrario, i crediti per fitti e pigioni non producono interessi se non dalla costituzione in mora.

Se il credito ha per oggetto rimborso di spese fatte per cose da restituire, non decorrono interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza essere tenuto a render conto del godimento".

alle due categorie di interesse, dovuta non già all'intento di sottrarre quelli moratori alle leggi antiusura, ma a quello di aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi tout court.

Per contro, rileva, però, la Suprema Corte come l'anzidetto orientamento sia stato oggetto di vivaci critiche e opinioni contrarie, che possono così sintetizzarsi⁸:

(i) il tenore letterale dell'art. 644 c.p. non può dirsi decisivo posto che, per un verso, riferisce il divieto dell'usura agli interessi dati o promessi "in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità" in tal modo escludendo quelli dovuti a titolo di ristori per il ritardo nell'adempimento; per altro verso, adotta un'espressione omnicomprensiva per la definizione della base di calcolo del tasso usurario, imponendo di tener conto a tal fine delle "remunerazioni a qualsiasi titolo" collegate all'erogazione del credito⁹;

(ii) la disciplina secondaria (in particolare le istruzioni della Banca d'Italia e i Decreti Ministeriali in materia), nel procedere alla rilevazione del TEGM ai sensi dell'art. 2 L. 108/1996¹⁰, ha costantemente escluso dalla base di calcolo gli interessi moratori, attribuendo una finalità meramente conoscitiva alla rilevazione del tasso medio degli stessi¹¹;

(iii) gli interessi moratori costituiscono una voce di costo meramente eventuale sicché l'estensione agli stessi della disciplina antiusura comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla pattuizione di penali una tantum aventi analoga funzione ma sottratte all'ambito di operatività della L. 108/1996;

⁸ Ex multis, Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28204, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, 1820; Trib. Milano, 8 febbraio 2019, in banca dati *Dejure*, 2019; Trib. Lucca, 7 gennaio 2019, in banca dati *Dejure*; Trib. Bologna, 5 marzo 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Trento, 6 luglio 2017, in banca dati *Dejure*; Trib. Bologna, 17 febbraio 2015, in *dirittobancario.it*; Trib. Milano, 22 aprile 2014, in *ilssole24ore.com*.

In dottrina, ex multis, v. SILVIETTI, *I contratti bancari. Parte Generale*, in *Tratt. Cottino*, VI, *La banca: l'impresa e i contratti*, a cura di Calandra Buonauro, Perassi, Silveti, Padova, 2001, 433; SCOZZAFAVA, *Gli interessi di capitali*, Milano, 2001; VANONI, *Il contratto di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. impr.*, 1999, 523.

⁹ Tale interpretazione appare suffragata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che la clausola penale – nell'ambito della quale è indiscutibilmente riconducibile l'interesse moratorio (Cass. civ., 21 giugno 2001, n. 8481, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1230; Cass. civ., 9 novembre 2011, n. 23273) – per la sua funzione (desumibile dal dettato degli artt. 1382 – 1386 c.c.) *ex se*, non può essere considerata come parte di quel "corrispettivo" che previsto dall'art. 644 c.p. può assumere carattere di illiceità, poiché sul piano giuridico l'obbligazione nascente dalla clausola penale non si pone come corrispettivo dell'obbligazione principale, ma come effetto derivante da una diversa causa che è un inadempimento (Cass. pen., 25 ottobre 2012, n. 5683, in *Foro it.*, 2013, II, 484; Cass. pen., 13 febbraio 2018, n. 29010, in *Diritto&Giustizia*, 25 giugno 2018).

¹⁰ La L. 108/1996, all'art. 2, dispone testualmente quanto segue:

"1. 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 iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

2. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

3. Le banche e gli intermediari finanziari di cui al comma 1 ed ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei tassi previsti nei commi 1 e 2.

4. Il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali".

¹¹ Le "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura" emanate dalla Banca d'Italia stabiliscono (paragrafo C4, "Trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG") che dal calcolo del tasso di interesse delle operazioni oggetto di rilevazione sono esclusi "gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo": ne consegue l'illegittimità matematico-finanziaria e giuridica di operare un confronto tra due realtà disomogenee, il tasso-soglia desunto dal TEGM pubblicato (privo degli interessi di mora) e il TEG del singolo rapporto (comprensivo degli interessi moratori). Anche la L. 108/1996 esige la rilevazione comparata di "operazioni della stessa natura".

In altri termini, il c.d. principio di omogeneità di confronto esige che la valutazione di usurarietà sia realizzata tra entità (TEG e TEGM) omogenee.

Tale ultimo profilo (simmetria di confronto) è stato di recente autorevolmente valorizzato dalla Cassazione (Cass. civ., 20 giugno 2017, n. 15188, in *GiustiziaCivile.com*, 22 febbraio 2018 (con nota di CILENTO); cfr. Cass. civ., SS.UU., 20 giugno 2018, n. 16303, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 659).

(iv) l'eventuale applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori con conseguente azzeramento del debito degli interessi, potrebbe persino favorire comportamenti opportunistici del debitore.

Precisa inoltre la Suprema Corte che, al contrasto di posizioni appena illustrato, si aggiunge anche un'ulteriore problematica di carattere pratico consistente nell'individuazione del parametro di riferimento da adottare ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi moratori, non potendosi assumere come termine di paragone il TEGM c.d. "maggiorato" rilevato ai soli fini conoscitivi dalla Banca d'Italia, vuoi perché non vincolante vuoi perché trattasi di rilevazione non costante nel tempo.

Né la questione potrebbe essere utilmente risolta utilizzando come parametro il tasso soglia calcolato in riferimento al tipo di contratto senza alcuna maggiorazione; ciò in quanto verrebbero posti a confronto dati disomogenei essendo il TEGM calcolato solo in base alla rilevazione dei tassi di interesse corrispettivi.

In punto di garanzia di omogeneità dei dati di base per il calcolo del TEG e del TEGM, osserva la Corte come la questione sia già emersa in riferimento alla Commissione di Massimo Scoperto ("CMS"). Ricorda, al riguardo, la Corte di Cassazione che la Banca d'Italia e i Decreti Ministeriali emanati ai sensi della L. 108/1996 escludevano espressamente la CMS dal computo del TEGM disponendone una separata rilevazione. Mentre, con l'entrata in vigore dell'art. 2-bis del D.L. 185/2008¹², detta CMS deve essere conteggiata ai fini del calcolo del TEGM ponendosi però il problema di stabilire il limite temporale di applicazione della nuova normativa.

Il contrasto interpretativo insorto tra la giurisprudenza della Seconda Sezione penale¹³ e quella della Prima Sezione Civile¹⁴ è stato risolto dalle Sezioni Unite con sentenza n. 16303 del 20 giugno 2018¹⁵. In detta occasione le Sezioni Unite hanno avuto modo di enunciare il principio di diritto per cui, 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. 185/2008 (inserito dalla Legge di conversione n. 2/2009), ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta (come determinato in base alle disposizioni della L. 108/1996), va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della 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 L. 108/1996, 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 rientranti nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati.

Alla luce del percorso motivazionale adottato dalle citate Sezioni Unite che, da un lato, hanno escluso la portata interpretativa e quindi retroattiva del citato art. 2-bis, e dall'altro hanno comunque ribadito come la CMS – attesa la sua dichiarata natura corrispettiva rispetto alla prestazione creditizia della banca – rientri tra le «commissioni» o «remunerazioni» del credito menzionate sia dall'art. 644, comma 4, c.p. che dall'art. 2 comma 1, L. 108/1996, ritiene la Prima Sezione che debba essere sollecitato anche un ulteriore approfondimento della questione riguardante la riferibilità della disciplina antiusura agli interessi moratori. In particolare la Sezione semplice ritiene doveroso valutare se alla stregua del tenore letterale degli artt. 644 c.p. e 2 L. 108/1996, nonché dalle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, il principio di simmetria consenta di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del TEGM e, in caso contrario, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del TEGM di cui al citato art. 2, comma 1, L. 108/1996, oppure se la mera rilevazione del relativo tasso medio imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto e con quali modalità.

I Giudici della Prima Sezione Civile della Suprema Corte, precisato che trattasi di questioni che rivestono particolare importanza, in quanto, oltre ad implicare una rivisitazione delle categorie cui vengono tradizionalmente inquadrati gli interessi, investono un fenomeno di vasta rilevanza, anche in termini economici, oggetto di diffuso contenzioso, hanno

¹² Ai sensi del sopra citato art. 2-bis del D.L. 185/2008, "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 c.c., dell'art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3 L. 7 marzo 1996, n. 108".

¹³ Cass. pen., 19 febbraio 2019, n. 12028, in CED 2019; Cass. pen., 3 luglio 2014, n. 28928, CED 2014; Cass. pen., 14 aprile 2010, n. 28743 in CED 2010.

¹⁴ Cass. civ., 3 novembre 2016, n. 22270, in CED, 2016; Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12965, in CED, 2016.

¹⁵ Cass. civ., SS.UU., 20 giugno 2018, n. 16303, in Banca borsa tit. cred., 2018, II, 659.

dunque ritenuto opportuno l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione. In dettaglio, con l'ordinanza in oggetto, la I Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la trattazione delle seguenti questioni:

- se alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e dell'art. 2 della L. 108/1996 e delle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, si possa escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio;
- in caso contrario se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma primo dell'art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro, alla luce della segnalata irregolarità nella rilevazione.

Commentando in passato il sopracitato provvedimento della Cassazione n. 27442/2018¹⁶, avevamo pronosticato che la questione (e soprattutto la problematica dell'applicabilità del secondo comma dell'art. 1815 c.c. agli interessi ultra-soglia) fosse tutt'altro che definita; e l'ordinanza in commento sembra una conferma di tale nostro presagio. Considerato il tenore dell'odierna pronuncia, si auspica vivamente che le Sezioni Unite della Suprema Corte, assolvendo alla funzione nomofilattica loro propria, possano offrire agli operatori un indirizzo chiaro e preciso su tematiche tanto complesse quanto rilevanti (sulle quali, senz'altro, si avverte l'esigenza di una maggior certezza).

*Avv. Federico Ferraresi
federico.ferraresi@munaricavani.it*

¹⁶ V. questo Osservatorio, n. 4/2018, p. 22 e ss.

4. Tribunale di Milano, Sez. VI, 9 settembre 2019, n. 8030

Obbligazioni e contratti - Ricognizione del debito e promessa di pagamento - Promessa di pagamento titolata - Natura confessoria - Esclusione - Coesistente dichiarazione confessoria nel medesimo documento - Ammissibilità - Conseguenze.
(Codice Civile, artt. 1988, 2730, 2372, 2375)

Sebbene sia indubbia la necessità di distinguere tra confessione e promessa di pagamento, nel contesto di un unico documento possono coesistere, accanto alla volontà diretta alla promessa, la dichiarazione di fatti storici dai quali scaturisce il rapporto fondamentale. In tal caso la confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale preclude la prova contraria ex art 1988 c.c., salvo la eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Tribunale di Milano
Sesta Sezione Civile**

Tribunale di Milano in composizione monocratica, VI sezione civile, in persona della dott.ssa Anna Giorgia Carbone, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. (*omissis*) del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2016

TRA

[Beta] Energia (c.f. e P.IVA *omissis*), in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione e legale rappresentante *pro tempore* avv. (*omissis*) rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dall'avv. (*omissis*) e dall'avv. (*omissis*) ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in (*omissis*), in virtù di procura in calce all'atto di citazione

- opponente -

E

[Alfa] Factoring (P.IVA. *omissis*), in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentata e difesa da procuratori domiciliatari avv. (*omissis*) e avv. (*omissis*), ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. (*omissis*) in (*omissis*) in virtù di procura generale alle liti.

- opposta -

**CONCLUSIONI:
PER PARTE OPPONENTE:**

Nel merito: in principalità:

- revocare il decreto ingiuntivo opposto perché infondato in fatto ed in diritto e per l'effetto dichiarare che nulla è dovuto da [Beta] Energia per i titoli azionati;
- respingere la domanda riconvenzionale perché infondata in fatto ed in diritto in via subordinata: accertato che [Beta] Energia ha pagato dopo la notifica del decreto ingiuntivo opposto, per i motivi di cui in narrativa, l'importo di ulteriori euro 34.959,36, nella denegata ipotesi di rigetto delle domande dell'opponente, dichiarare che l'importo azionato con il decreto ingiuntivo si è ridotto ad Euro 1.756.040,27. Con il favore delle spese e compensi di causa oltre accessori di legge.

In via istruttoria:

ammettersi prova per testi sulle seguenti circostanze:

- 1) vero che [Gamma] emetteva, come da contratto di fornitura ns. doc. 2, la prima fattura in acconto, con espressa indicazione del "periodo di riferimento"; la seconda fattura a conguaglio, sulla base

dell'effettiva fornitura di gas nel periodo individuato nella fattura in acconto come “periodo di riferimento” e, annualmente, un'ulteriore fattura sulla base dei documenti contabili emessi dal Trasportatore (le c.d. “sessioni annuali e pluriennali di aggiustamento”);

2) vero che, conclusa la fornitura del periodo di riferimento, [Gamma] emetteva a conguaglio o una fattura a saldo, o una nota di credito nel caso in cui l'acconto già pagato da [Beta] Energia fosse superiore a quanto dovuto per la fornitura di detto periodo;

3) vero che le fatture e le note di credito venivano trasmesse ad [Beta] Energia da [Gamma] mentre i moduli di cessione e relativa accettazione venivano trasmesse ad (omissis) da (omissis);

4) vero che [Beta] Energia ha ricevuto da [Gamma] la fattura n° 506/2015 con indicazione periodo di riferimento “ottobre 2015”, come da documenti n. 3 e 12 che si rammostrano al teste;

5) vero che [Beta] Energia ha ricevuto da [Gamma] la fattura n° 514/2015 con indicazione periodo di riferimento “Novembre 2015” e nella casella “scadenza” l'indicazione “18/01/2016”, come da documenti n. 4 e 9 che si rammostrano al teste;

6) vero che dal 19 ottobre 2015 al 31 ottobre 2015 la fornitura di gas ad (omissis) è stata eseguita da (omissis) in qualità di fornitore di default, cosiddetto servizio di ultima istanza, come da comunicazione inviata da (omissis) il 28.10.2015 e protocollata da [Beta] Energia in pari data che si produce sub doc. 23 (prodotto con memoria n. 2) che si rammostra al teste;

7) vero che dal 1 novembre 2015 la somministrazione del gas ad [Beta] Energia è stata eseguita da (omissis) in forza di due distinti contratti dei quali l'uno riguardante le forniture civili e l'altro le forniture industriali come da docc. 24-25 (prodotti con memoria n. 2) che si rammostrano al teste;

8) vero che i contratti di cui ai docc. 24 e 25 sono stati sottoscritti in data 29.10.2015 (doc. 26 prodotto con memoria n.2);

9) vero che la sottoscrizione di tali contratti è stata preceduta da un'offerta di (omissis). datata 10.10.2015 (docc. 27-28) prodotti con memoria n.2) ove la denominazione di [Beta] Energia era errata ovvero anziché [Beta] Energia la stessa era indicata come (omissis);

10) vero che [Gamma] ha ricevuto la comunicazione di (omissis) di cui al doc. 5 (da noi prodotto con atto di citazione) in data 13.10.2015;

11) vero che [Beta] Energia ha ricevuto la comunicazione di [Gamma] di cui al doc. 6 (da noi prodotto con atto di citazione) in data 2.11.2015;

12) vero che in data 4 agosto 2015 (omissis) ha inviato la mail di cui al doc. 34 di parte opponente che viene rammostrato al teste.

Si indicano a testi (omissis) c/o [Beta] Energia su tutti i capitoli, (omissis) c/o [Beta] Energia sui capitoli da 1 a 11, il dr. (omissis) [Gamma] con sede in (omissis), sui capitoli 7, 8 e 9

PER PARTE OPPOSTA:

Voglia codesto Ill.mo Tribunale, *contrariis reiectis*

NEL MERITO

Respingere l'opposizione e tutte le domande ed eccezioni proposte dall'attrice perché in fatto ed in diritto, e/o inammissibili per i motivi di cui in narrativa e, comunque, perché non provate. Conseguentemente confermare, in ogni sua parte, il decreto ingiuntivo opposto n. 15472 emesso il 18.5.2016 dal Tribunale di Milano.

IN OGNI CASO

Previo accertamento del credito azionato monitoriamente da (omissis) (già [Alfa] Factoring) condannare [Beta] Energia (C.F. e P.IVA: omissis), con sede in (omissis), in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, a pagare in favore di (omissis) la somma pari ad Euro 1.756.040,27 per residuo capitale, oltre agli interessi moratori di cui al D. Lgs. n. 231/2002 maturati e maturandi dal dì del dovuto fino al saldo effettivo; o, comunque, la diversa, maggiore o minore, somma che dovesse risultare dovuta in corso di causa, oltre alle spese liquidate in decreto ingiuntivo, I.V.A. e C.P.A. e successive occorrente.

IN VIA RICONVENZIONALE

Nella denegata e non creduta ipotesi in cui i crediti oggetto delle cessioni per cui è causa dovessero risultare (in tutto od in parte) inesistenti o non dovuti per qualsivoglia ragione e/o causa ritenuta opponibile a (omissis) (già [Alfa] Factoring) condannare [Beta] Energia al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. tutti patiti e patendi da (omissis) (già (omissis)) per aver quest'ultima riposto affidamento

incolpevole sulle dichiarazioni rese dalla debitrice ceduta in ordine ad esistenza, validità ed esigibilità dei crediti ceduti ed in ordine all'adempimento contrattuale da [Gamma] in forza del contratto di somministrazione del 22.6.2015. Danno da quantificarsi nella misura pari all'importo dei corrispettivi anticipati a [Gamma] (pari ad Euro 1.469.400,00) oltre ad interessi e spese pattuite e/o, comunque, nella misura ritenuta di giustizia da codesto Ill.mo Tribunale, anche in via equitativa;

IN OGNI IPOTESI: con vittoria di spese e competenze di lite, oltre al rimorso forfetario ex D.M. 55/2014.

IN VIA ISTRUTTORIA:

Si ripropongono le istanze istruttorie formulate da (*omissis*) (già [Alfa] Factoring) nelle memorie di cui all'art. 183, comma VI n. 2 e 3, c.p.c. del 4.10.2017 e 23.10.2017 e non ritenute ammissibili dal Giudice.

Con riferimento alla cessione del contratto di fornitura di cui ai docc. nn. 5-6-7 e 13 *ex adverso* si chiede di ordinare ad (*omissis*) e/o ad [Beta] Energia ex art. 210 c.p.c. la produzione dell'atto di cessione del contratto di fornitura da (*omissis*) di data (in base a quanto risulta dal doc. 7 *ex adv.*) 19.10.2015, nonché la produzione degli accordi sottoscritti con (*omissis*) menzionati nei documenti di cui sopra e della corrispondenza intercorsa tra le parti durante la fase delle trattative.

Per la denegata ipotesi di ammissione del capitolo sub. 1) *ex adverso* si chiede di essere abilitati alla prova contraria con i testi indicati da [Beta] Energia sul seguente capitolo di prova:

1) “vero che per il periodo di fornitura di cui ai contratti dimessi da [Beta] Energia sub doc. 1 e 2, perlomeno dal 2012 al 2015 [Gamma] emetteva una fattura in acconto, una nota di accredito che stornava l'intero importo della fattura; una fattura in pari data rispetto alla nota di accredito di poco inferiore alla fattura in acconto sulla base della effettiva fornitura del gas come da docc. da 22 a 45 che si rammostrano al teste”.

Esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Con decreto n° (*omissis*) R.G. (*omissis*) emesso in data 25/05/2016 il giudice del Tribunale di Milano ingiungeva alla [Beta] Energia in persona del legale rappresentante pro tempore di pagare alla [Alfa] Factoring la somma di Euro 1.790.999,63, oltre gli interessi come da domanda ed alle spese del procedimento monitorio.

Parte ricorrente a fondamento della pretesa monitoriamente azionata deduceva:

Di avere stipulato in data 26.6.2012 un contratto di *factoring* “pro solvendo” con la società [Gamma] (di seguito fornitore) che, in esecuzione del contratto, cedeva al *factor* i crediti relativi ai contratti per la somministrazione di gas naturale alla società [Beta] Energia (di seguito debitore ceduto);

Che i crediti ceduti ammontavano ad Euro 3.129.644,66 ed erano relativi alle fatture n. 506 del 28.7.2015, fattura n. 514 del 3.8.2015, fattura n. 603 del 30.9.2015, fattura n. 649 del 9.11.2015;

Le cessioni dei crediti di cui alle fatture nn. 506 e 514 del 2015 erano state accettate da [Beta] Energia che nel sottoscrivere in calce il modulo accettazione delle cessioni aveva accettato i crediti ceduti ne aveva riconosciuto l'importo e si era impegnata a provvedere al loro pagamento; con pec del 12.2.2016 (*omissis*) diffidava [Beta] Energia al pagamento delle fatture cedute e [Beta] Energia riteneva di dovere versare il minore importo di Euro 1.338.645,03; che l'importo di Euro 1.338.645,03 versato in data 12.4.2016 veniva accettato da (*omissis*) in acconto sul maggior dovuto pari ad Euro 1.790.999,63 (Euro 3.129.644,66, Euro 1.338.645,03); che la ricorrente è creditrice della debitrice ceduta per la complessiva somma di Euro 1.790.999,63 per capitale oltre agli interessi moratori calcolati *ex art.* 10.5 e 10.4 dei documenti 4 e 5 allegati al ricorso per decreto ingiuntivo dal giorno del dovuto fino al saldo effettivo.

Avverso tale decreto, con atto di citazione, proponeva opposizione l'ingiunta [Beta] Energia che, preliminarmente, chiedeva il rigetto della richiesta di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto e, nel merito, contestava la pretesa del creditore ritenendola infondata deducendo l'inesistenza dei crediti in quanto relativi a prestazioni non effettuate dalla cedente e chiedeva la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

In particolare, l'opponente deduceva:

Di avere acquistato all'ingrosso fornitura di gas da [Gamma] mediante contratti di somministrazione di durata coincidente con l'anno termico (1 ottobre - 30 settembre) che prevedevano un sistema di fatturazione articolato in due momenti: un acconto per il volume di gas previsto ed un saldo per il volume di gas effettivamente allocato dedotto quello fatturato in acconto e la fattura a saldo poteva essere a debito di [Beta] Energia se i volumi di gas erogato fossero superiori rispetto al volume di gas

conteggiato in acconto o a credito se i volumi di gas fossero inferiori al volume di gas conteggiato in acconto ed in tal caso (*omissis*) emetteva una nota di credito;

Con lettere del 9 e 26 ottobre 2015 [*Gamma*] comunicava ad [*Beta*] *Energia* la cessione del contratto di fornitura ad altro operatore e la risoluzione di contratto di trasporto con la rete (*omissis*) per cui (*omissis*) emetteva a favore di [*Beta*] *Energia* note di credito a storno delle precedenti fatture di acconto;

In particolare, la nota di credito n. 632/2015 del 26.10.2015 ad integrale storno della fattura n. 514/2015 del 3.8.2015 relativa all'acconto per la fornitura del mese di novembre rimasta completamente ineseguita e la nota di credito 679/2015 del 17.12.2015 e la nota 1/2016 a parziale storno della fattura 506/2015 del 28.7.2015 solo parzialmente eseguita ovvero dal 1 al 18 ottobre;

Di avere effettuato pagamenti per l'importo di Euro 729.644,66 a saldo delle fatture n. 603/2015 e 649/2015 ed Euro 643.959,73 a saldo delle fatture n. 506/2015 dedotte le note di credito 679/2015 e 1/2016 per un totale di Euro 1.373.604,39;

Si costituiva in giudizio l'opposta [*Alfa*] *Factoring* che, contestava le avverse deduzioni e domande e ne chiedeva il rigetto, con conseguente conferma del decreto ingiuntivo opposto ed in subordine, in caso di accertamento dell'inesistenza dei crediti, in via riconvenzionale chiedeva che la [*Beta*] *Energia* fosse condannata al risarcimento dei danni *ex art.* 2043 c.c. per avere riposto incolpevole affidamento sulle dichiarazioni rese dalla debitrice ceduta in ordine all'esistenza, validità ed esigibilità dei crediti ceduti da quantificarsi in Euro 1.469.400,00.

Nel corso del giudizio il giudice rigettava la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, e ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza del 28.3.2019, il nuovo giudice subentrato al precedente titolare, tratteneva la causa in decisione sulle conclusioni presentate dalle parti assegnando i termini ordinari *ex art.* 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

Tanto premesso, l'opposizione proposta da [*Beta*] *Energia* è infondata e non merita accoglimento.

Anzitutto, vanno esaminate le istanze istruttorie avanzate dall'opponente nel corso del giudizio e reiterate in sede di precisazione del conclusioni e si deve al riguardo ribadire la loro inammissibilità in quanto le prove orali articolate dall'opponente nella memoria *ex art.* 183 comma 6 n. 2 c.p.c., hanno ad oggetto circostanze di natura documentale, con conseguente conferma dell'ordinanza emessa in data 2.8.2018 con la quale la causa è stata ritenuta matura per la decisione.

Sempre in via preliminare, si osserva che non è sorta contestazione in merito alla debenza della somma pari ad Euro 34.959,36 a saldo della fattura n. 603/2015 e che è pacifico che tale importo sia stato pagato dall'opponente successivamente alla notifica del decreto ingiuntivo (vedi docc. n.21 e 22 fascicolo opponente) come riconosciuto anche dall'opposta in sede di comparsa di costituzione e risposta in cui ha precisato il proprio credito in Euro 1.756.040,27. La corresponsione di tale importo comporta l'applicazione del principio secondo cui (cfr., tra le altre, Cass. Civ., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14764 e Cass. Civ., Sez. II, 12 agosto 2005, n. 16911) il giudice, qualora riconosca fondata, anche solo parzialmente, un'eccezione di pagamento formulata dall'opponente, che è gravato dal relativo onere probatorio, con l'atto di opposizione o nel corso del giudizio, deve comunque revocare integralmente il decreto opposto, senza che in contrario rilevi l'eventuale posteriorità dell'accertato fatto estintivo rispetto al momento di emissione del decreto suddetto, giacché la sentenza di condanna al pagamento di residui importi del credito si sostituisce all'originario decreto ingiuntivo.

Ne consegue che, dato atto del pagamento in corso di causa della somma di Euro 34.959,36 da parte dell'opponente in favore dell'opposta, il decreto ingiuntivo opposto va revocato in virtù di tale fatto sopravvenuto.

Passando ad esaminare il merito va osservato che dalla documentazione versata in atti (doc. 3, 4 e 5 del fascicolo monitorio in atti) si evince che la società opposta si è resa cessionaria dei crediti vantati dall'originaria creditrice [*Gamma*] nei confronti della società [*Beta*] *Energia* in forza di contratti per la somministrazione di gas naturale stipulati in data 25.9.2014 e 22.6.2015. Le cessioni dei crediti relativi alle fatture 603/2015 del 30.9.2015 dell'importo di Euro 34.959,36 (pagata successivamente alla notifica del decreto ingiuntivo) alla fattura n. 649/2015 del 9.11.2015 per l'importo di Euro 694.685,30 e la nota di credito n. 661/2015 del 19.11.2015 relativa allo storno della fattura n. 255/2015 del 10.4.2015 per l'ammontare di Euro 702.989,00 sono state notificate dalla cessionaria con raccomandata del 24.11.2015 (vedi doc. n. 9 e 10 fascicolo monitorio), mentre le cessioni dei crediti relativi alle fatture nn. 506 del

28.07.2015 per l'importo di Euro 1.200.000,00 e la n. 514 del 3.8.2015 di pari importo (vedi docc. n. 7,8, 11 e 12 fascicolo monitorio), poste a fondamento del decreto ingiuntivo, sono state accettate dalla debitrice ceduta con l'indicazione specifica di tali fatture.

Nella predetta accettazione il debitore ceduto [Beta] Energia ha dichiarato di confermare che i crediti indicati nelle fatture e ceduti sono *“reali, validi e non soggetti a condizioni risolutive o sospensive nonché concernenti forniture eseguite in conformità alle specifiche contrattuali per quantità, qualità e prezzo. I predetti crediti il cui importo qui confermiamo sono altresì liberi da qualsiasi vincolo o gravame. Accettiamo, conseguentemente la cessione operata a vostro favore impegnandoci sin d'ora a provvedere al pagamento dei relativi crediti alle scadenze indicate esclusivamente a vostro favore e rinunciando sin d'ora sia alla compensazione sia a qualsiasi eccezione che potesse rinviare, ridurre o escludere il pagamento stesso.”* In tal modo dando atto dell'avvenuta esecuzione delle forniture indicate nelle fatture, accettando la cessione e obbligandosi poi ad effettuare il pagamento direttamente nei confronti della società cessionaria. Conseguente, pertanto, che nei confronti del debitore ceduto l'opposta ha conseguito attraverso la predetta accettazione della cessione, la legittimazione a richiedere il pagamento dei debiti oggetto delle fatture cedute.

Tuttavia, a sostegno dell'opposizione la società [Beta] Energia lamenta l'inadempimento della fornitrice cedente, con particolare riguardo alla mancata esecuzione della fornitura relativa al mese di Novembre 2015 oggetto della fattura n. 514/2015 del 3.8.2015 con scadenza di pagamento 18.12.2015 che era stata oggetto di storno nella nota di credito n. 632/2015 del 26.10.2015.

Ed invero, come ribadito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 24657/2016, in tema di contratto atipico di *“factoring”*, la cessione dei crediti che lo caratterizza non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto in quanto avviene senza o addirittura contro la sua volontà. Ne consegue che il debitore ceduto può opporre al *factor* cessionario le eccezioni concernenti l'esistenza e la validità del negozio da cui deriva il credito ceduto ed anche le eccezioni riguardanti l'esatto adempimento del negozio, mentre le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al *factor* cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto una volta acquisita la notizia della cessione il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario (così, Cass., 11 maggio 2007 n. 10833; Cass., 7 aprile 2009 n. 8373).

Dalla produzione in atti (doc. 5, 6 e 7, 8 e 9 fascicolo opponente) è emerso che la fornitrice cedente, [Gamma] nel mese di ottobre 2015 ha ceduto il contratto di per la somministrazione del gas naturale stipulato con (omissis) in data 22.6.2015, alla (omissis) con decorrenza 1.11.2015 e ha emesso la nota di credito n. 632/2015 del 26.10.2015 di Euro 1.200.000,00 di relativa allo storno integrale della fattura n. 514/2015 del 3.8.2015 e la nota di credito n. 679/2015 del 17.12.2015 e la nota di credito n.1/2016 del 20.1.2016 a parziale storno della fattura n. 506/2015 del 28.7.2015 con scadenza di pagamento al 18.12.2015 relativa all'acconto per la fornitura del mese di ottobre 2015.

Ma la cessione del contratto di somministrazione, previamente accettata dal debitore ceduto (art. 19.1 del contratto doc. n. 1 e 2 fascicolo opponente) è avvenuta in epoca successiva - mese di ottobre 2015 - rispetto all'accettazione della cessione dei crediti ad opera del debitore ceduto - (al 28.7.2015 è datata l'accettazione della cessione del credito relativo alla fattura n. 506/2015 doc. 11 fascicolo monitorio e al 3.8.2015 è datata l'accettazione della cessione del credito relativo alla fattura n. 514/2015) e pertanto non è opponibile al cessionario.

Infatti, come affermato dalla Corte di Cassazione (cfr. Cassazione civile, sez. III, 11/05/2007, n. 10833) *“le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto, e non ove successivi, in quanto una volta acquisita la notizia della cessione il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario”*.

Peraltro, anche a volere qualificare l'eccezione sollevata da parte opponente come eccezione di inadempimento per mancata esecuzione della fornitura si deve ritenere che negli atti di accettazione delle cessioni (doc. 11 e 12 fascicolo monitorio) l'opponente ha dichiarato - come già evidenziato - di prendere atto della cessione dei crediti, di cui alle fatture ivi indicate, relativi a forniture eseguite in conformità alle specifiche contrattuali per quantità, qualità e prezzo.

Ebbene, la questione dirimente dunque concerne il valore da attribuire alla predetta dichiarazione inserita nell'atto di accettazione della cessione che, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, al più può qualificarsi quale promessa di pagamento rilevante ai sensi dell'art. 1988 c.c.

Ora, sebbene sia indubbia la necessità di distinguere tra confessione e promessa di pagamento, si ritiene possibile che, nel contesto di un unico documento, accanto alla volontà diretta alla promessa, coesista la dichiarazione di fatti storici dai quali scaturisce il rapporto fondamentale (*ex multis*, Cass., 13 gennaio 1997, n. 259; Cass., 5 luglio 2004 n. 12285; Cass., 31 luglio 2012 n. 13689). Ferma restando, quindi, la distinzione concettuale e sostanziale delle due figure, non può escludersi che, nell'ambito dello stesso documento, una promessa di pagamento (o una ricognizione di debito) coesista con una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale. In tale ipotesi, poiché la confessione (nel caso di specie concernente l'esistenza del credito) ha valore di prova legale, sarà preclusa la prova contraria ai sensi dell'art. 1988 c.c. (sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa), salva la eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza (art. 2732 c.c.).

Da ciò consegue, passando all'esame del caso di specie, che in presenza di un atto avente contenuto complesso, nel quale la (*omissis*) ha assunto un obbligo di pagamento di crediti nascenti da forniture delle quali riconosceva la esecuzione (e quindi l'esistenza del rapporto fondamentale), si impone la verifica della configurabilità o meno di un errore di fatto ai sensi dell'art. 2732 c.c. necessario per invalidare la dichiarazione confessoria. Occorre sul punto rilevare che, secondo la costante giurisprudenza, per la revoca della confessione per errore di fatto è necessario dimostrare non solo l'inesistenza del fatto confessato, ma anche che al momento della confessione il confitente versava in errore, provando quelle circostanze che lo avevano indotto all'erroneo convincimento che il fatto confessato fosse vero (da ultimo, Cass., 12 maggio 2016 n. 9777). Ebbene, si ritiene che l'opponente non ha né allegato né offerto di dimostrare l'errore in cui sarebbe incorso.

In altre parole e sintetizzando, questo giudice ritiene che la sottoscrizione, da parte della (*omissis*), quale debitore ceduto, dei moduli relativi alle cessioni di crediti effettuate dalla [Gamma] in favore della [Alfa] Factoring e costitutiva dell'espresso impegno della (*omissis*) di effettuare il pagamento dei relativi importi, riferiti ai rapporti contrattuali di cui alle fatture ivi menzionate, direttamente alla cessionaria, integrava promessa di pagamento titolata ai sensi dell'art. 1988 c.c. In ragione di tale qualificazione, in via di principio era in facoltà del promittente provare l'inesistenza, l'invalidità, l'estinzione del rapporto fondamentale o l'inadempimento della fornitrice.

Ai menzionati fini probatori, tuttavia, operava la preclusione scaturente da confessione stragiudiziale resa dalla (*omissis*) circa la regolare effettuazione delle forniture di cui alle fatture enuncianti il credito ceduto, valendo la presenza, nei suindicati moduli, dell'inciso “forniture eseguite in conformità alle specifiche contrattuali per quantità, qualità e prezzo”, a qualificare tale atto come dichiarazione confessoria. Pertanto la (*omissis*) deve ritenersi vincolata da tale dichiarazione, non ricorrendo nel caso in esame l'ipotesi dell'errore di fatto (art. 2732 c.c.) circa la regolare effettuazione delle forniture, nemmeno prospettata da parte opponente e che sarebbe stata idonea alla revoca della confessione.

Da ciò consegue il rigetto dell'opposizione e, comunque, la revoca del decreto ingiuntivo opposto con conseguente condanna della opponente al pagamento a favore di [Alfa] Factoring dell'importo di Euro 1.756.040,27 a titolo di residuo capitale, oltre agli interessi moratori di cui al D. Lgs. n. 231/2002 dal giorno del dovuto fino al saldo effettivo.

Le spese di lite seguono la soccombenza della società opponente e si liquidano in dispositivo, secondo il d.m. 55/2014, tenuto conto del valore della causa determinato ai sensi degli artt. 5 e 6 del predetto decreto e dell'attività effettivamente svolta, ridotte le voci indicate nella nota spese in considerazione dell'assenza dell'attività istruttoria (le parti si sono limitate a depositare le memorie istruttorie).

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, in persona della dott.ssa Anna Giorgia Carbone, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

a. dato atto del pagamento in corso di causa della somma di Euro 34.959,36 da parte dell'opponente (*omissis*) in favore dell'opposta [Alfa] Factoring revoca il decreto ingiuntivo opposto, n. 15472/16 emesso

dal Tribunale di Milano in data 25.05.2016 e condanna (*omissis*) a pagare a [Alfa] Factoring l'importo di Euro 1.756.040,27 oltre interessi moratori di cui al D.lgs n. 231/2002 dal giorno del dovuto al saldo;
b. condanna (*omissis*) in persona del legale rappresentante pro tempore, alla rifusione, in favore di parte opposta [Alfa] Factoring delle spese di lite, liquidate in Euro 17.556,00 (di cui Euro 2.556,00 per spese ed Euro 15.000,00 per onorari), oltre al contributo forfetario spese generali del 15% su diritti e onorari oltre accessori di legge.

Milano, 5 settembre 2019

Depositata in Cancelleria il 09/09/2019

* * *

IL CASO

Il caso da cui prende le mosse la pronuncia in commento concerne una controversia tra una società di factoring, Alfa Factoring, ed una società operante nel settore della fornitura di energia elettrica e gas, Beta Energia.

La vicenda trae origine da vari contratti di somministrazione di gas naturale, stipulati tra Beta Energia (acquirente e debitrice ceduta) e Gamma (fornitrice e cedente). I contratti di somministrazione prevedevano un sistema di fatturazione articolato in due momenti: un acconto per il volume di gas previsto ed un saldo per il volume di gas in eccesso su quello preventivato. Il relativo credito è stato poi ceduto ad Alfa Factoring (cessionaria). Nell'esecuzione del contratto Beta Energia, sostenendo che parte della fornitura non era stata effettuata dalla cedente, non ha adempiuto totalmente al suo obbligo di pagamento. A fronte di detto inadempimento, Alfa Factoring agisce mediante procedimento monitorio; di contro, Beta Energia, promuove opposizione al decreto ingiuntivo; opposizione respinta dal Tribunale di Milano.

Nel corso del giudizio di opposizione è emerso che la debitrice ceduta Beta energia aveva sottoscritto un modulo per l'accettazione della cessione, confermando che i crediti indicati nelle fatture e ceduti fossero "reali, validi e non soggetti a condizioni risolutive o sospensive nonché concernenti forniture eseguite in conformità alle specifiche contrattuali per quantità, qualità e prezzo". Pertanto, nel sopraindicato modulo si leggeva che "I predetti crediti il cui importo qui confermiamo sono altresì liberi da qualsiasi vincolo o gravame. Accettiamo, conseguentemente la cessione operata a vostro favore impegnandoci sin d'ora a provvedere al pagamento dei relativi crediti alle scadenze indicate esclusivamente a vostro favore e rinunciando sin d'ora sia alla compensazione sia a qualsiasi eccezione che potesse rinviare, ridurre o escludere il pagamento stesso". Il Tribunale di Milano, dunque, confermando i principi già in precedenza accolti dalla Suprema Corte, affronta la questione concernente il valore da attribuire alla predetta dichiarazione inserita nell'atto di accettazione della cessione rilevando che sebbene sia indubbia la necessità di distinguere tra confessione e promessa di pagamento "non può escludersi che, nell'ambito dello stesso documento, una promessa di pagamento coesista con una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale. In tali ipotesi, poiché la confessione (nel caso di specie concernente l'esistenza del credito) ha valore di prova legale, sarà preclusa la prova contraria ai sensi dell'art. 1988 c.c. (sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa) salva la eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza¹".

Secondo il Tribunale, infatti, la dichiarazione di Beta ha prodotto due effetti: (i) sia quello di impegnare la ceduta nei confronti della cessionaria al pagamento del corrispettivo, (ii) sia quello di attestare l'esatta esecuzione della prestazione da parte della cessionaria, qualificando tale atto come dichiarazione confessoria.

Ne deriva che sarebbe gravato sulla debitrice ceduta l'onere di provare (i) l'inesistenza o l'estinzione, totale o parziale, del credito o l'inadempimento della fornitrice al fine di rendere inefficace la promessa e (ii) l'errore di fatto o la violenza ex art 2732 c.c.² al fine di revocare la confessione.

¹ Cfr. Cass. civ., 30 aprile 2018, n. 10387 in questo Osservatorio n. 2/2018, 3 e ss., secondo cui: "Nel contesto di un unico documento (nella specie, la dichiarazione scritta di accettazione della cessione del credito) può coesistere, accanto alla volontà diretta alla promessa di pagamento, anche una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale che, avendo valore di prova legale (nella specie, circa l'esistenza del credito), preclude la prova contraria (nella specie, sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa), salva l'eventuale revoca della confessione per errore di fatto o per violenza".

² L'art. 2732 c.c. sotto la rubrica "Revoca della confessione" sancisce che: "La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza".

A fronte del mancato assolvimento di questo onere probatorio, con il provvedimento in commento, dunque, il Tribunale di Milano rigetta l'opposizione e condanna Beta energia al pagamento della prestazione in favore di Alfa Factoring, confermando i principi sopra riferiti ed infra commentati.

5. Tribunale di Roma, Sez. II, 29 agosto 2019, n. 16772

Obbligazioni e contratti - Contratti della P.A. (forma) - Onere della prova - Dichiarazione confessoria - Esclusione

(R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, artt. 16-17; Codice Civile, artt. 2730, 2735; Codice di Procedura Civile, art. 115)

Nel quadro dei principi attinenti ai requisiti di forma dei contratti in cui si parte la P.A., l'esistenza del diritto fatto valere può essere provato soltanto in via documentale, non risultando sufficienti né la prova testimoniale o per presunzioni, né la stessa confessione della controparte. Pertanto, il principio sancito dall'art. 115, comma 1, c.p.c., secondo cui i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti a fondamento della decisione, senza necessità di prova, non opera nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto azionato sia rappresentato da un atto per il quale la legge impone la forma scritta ad substantiam.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Roma
Seconda Sezione Civile

Nella persona del Giudice monocratico dott. (*omissis*), ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 30179/2015 del Ruolo Generale, vertente

TRA

Il Ministero dell'Interno in persona come in atti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato come in atti.

- opponente -

E

[Beta], in persona come in atti, rappresentata e difesa dagli avv. (*omissis*) e (*omissis*), domiciliata come in atti.

- opposta -

CONCLUSIONI

Come in atti.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Ministero dell'Interno proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso il 10.3.2015 (*omissis*) dal Tribunale di Roma, con il quale veniva ingiunto all'amministrazione il pagamento della somma di Euro 316660,56, in favore della ricorrente [Beta], che assumeva averne diritto in qualità di cessionaria dei crediti maturati, per la fornitura di merci e servizi, in capo ai cedenti. L'amministrazione opponente deduceva che alcune fatture erano state pagate mentre per altre non era dovuto il pagamento.

Si costituiva [Beta] chiedendo il rigetto dell'opposizione.

L'opposizione deve essere accolta.

La parte opposta, con il ricorso in monitorio, ha azionato, in qualità di cessionaria, un credito derivante dall'asserito rapporto di fornitura di merci e servizi intercorso tra il cedente e la PA opponente.

In giurisprudenza si afferma che è onere del cessionario provare l'esistenza e l'ammontare del credito e che l'accettazione della cessione o la mancata contestazione del credito non equivale a ricognizione del debito o alla conferma del credito ceduto (Cass., n. 2156 del 1998; Cass., n. 3184 del 2016).

La soluzione offerta dalla richiamata giurisprudenza di legittimità, si evidenzia condivisibile, soprattutto nel quadro dei principi attinenti ai requisiti di forma dei contratti in cui sia parte la PA.

È noto, infatti, che tutti i contratti con la PA devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità, senza che possano assumere rilievo comportamenti meramente attuativi (Cass., n. 9428 del 2001; Cass., n. 2289 del 2004; Cass., n. 22537 del 2007; Cass., n. 6555 del 2014; n. 5263 del 2015; Cass., n. 12316 del 2015). In atti non risultano allegati i contratti relativi alla fornitura.

Produrre il contratto era onere della parte (Cass., n. 1929 del 2004), tanto più che, ai sensi dell'art. 1262 c.c. il cedente deve consegnare al cessionario i documenti probatori del credito.

A nulla rileva la non contestazione da parte dell'opponente. Al riguardo, infatti, la giurisprudenza di legittimità afferma che il principio, sancito dall'art. 115, comma 1, c.p.c., secondo cui i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti a fondamento della decisione, senza necessità di prova, non opera nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto azionato sia rappresentato da un atto per il quale la legge impone la forma scritta *ad substantiam*, dal momento che in tale ipotesi, a differenza di quanto accade nel caso in cui una determinata forma sia richiesta *ad probationem*, l'osservanza dell'onere formale non è prescritta esclusivamente ai fini della dimostrazione del fatto, ma per l'esistenza stessa del diritto fatto valere, il quale, pertanto, può essere provato soltanto in via documentale, non risultando sufficienti né la prova testimoniale o per presunzioni, né la stessa confessione della controparte (Cass., n. 25999 del 2018; Cass., n. 11054 del 2001).

Va infine rilevato che anche nell'ottica dell'orientamento secondo il quale il cessionario che agisca nei confronti del debitore ceduto deve dare solo la prova del negozio di cessione, quale atto produttivo di effetti traslativi (Cass. 18016 del 2018), la pretesa della banca opposta non potrebbe comunque trovare accoglimento, atteso che, per le ragioni dette, in mancanza del contratto scritto con la PA, e quindi della prova dell'esistenza del credito, non c'è neanche la prova dell'effetto traslativo del negozio di cessione. Pertanto il decreto ingiuntivo opposto deve essere revocato.

Le spese, liquidate come in dispositivo, possono compensarsi per la metà, in ragione delle difese dell'amministrazione opponente, e seguono, per la restante metà, la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe indicata, così provvede:

Accoglie l'opposizione e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto.

Compensa per metà le spese di lite, che complessivamente liquida in euro 15600,00, per compensi, oltre spese generali, IVA e CAP come dovuti per legge, e condanna [Beta] al pagamento della restante metà di dette spese.

Roma, 14 agosto 2019

Depositata in Cancelleria il 29/08/2019

* * *

IL CASO

La pronuncia in commento ha ad oggetto un'opposizione a decreto ingiuntivo promossa dal Ministero dell'Interno (debitore ceduto e opponente) nei confronti di una Banca (cessionaria e opposta) in relazione a crediti derivanti da un rapporto di fornitura di merci e servizi intercorso tra il cedente e la pubblica amministrazione. L'amministrazione deduceva di aver adempiuto parzialmente l'obbligazione. Di contro, la Banca cessionaria chiedeva il rigetto dell'opposizione. Il Tribunale di Roma accoglie l'opposizione sulla scorta di precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità che affermano come nel quadro dei principi attinenti ai requisiti di forma dei contratti in cui sia parte la p.a. - in base ai quali gli stessi devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità - sia onere del cessionario provare l'esistenza e l'ammontare del credito. Il Tribunale di Roma, dunque, revoca il decreto ingiuntivo opposto, confermando che il principio secondo cui i fatti

non specificatamente contestati possono essere posti a fondamento della decisione, senza necessità di prova, non opera nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto azionato sia rappresentato da un atto per il quale la legge impone la forma scritta ad substantiam. Pertanto, l'esistenza stessa del diritto fatto valere può essere provato soltanto in via documentale, non risultando sufficienti né la stessa dichiarazione confessoria né la stessa dichiarazione della controparte.

COMMENTO

Le pronunce in commento affrontano, sotto diverse prospettive, la tematica concernente la prova del credito ceduto nell'ambito di un contratto di factoring.

La sentenza del Tribunale di Milano esamina contestualmente l'istituto della promessa di pagamento, ex art. 1988 c.c. e la dichiarazione confessoria, ex art. 2730 c.c. ss., nonché la possibilità di una loro coesistenza nell'ambito di un atto avente contenuto complesso quale può essere la dichiarazione di accettazione della debitrice ceduta.

In via generale, la promessa di pagamento consiste in una dichiarazione di volontà con la quale un soggetto promette all'altro di adempiere una determinata prestazione con riferimento ad un rapporto obbligatorio già in essere o che potrà sorgere¹. Sul piano degli effetti, la promessa di pagamento "dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale; l'esistenza di tale rapporto, infatti, si presume fino a prova contraria" (cfr. art. 1988 c.c.). In altri termini, l'effetto della promessa consiste nell'inversione dell'onere della prova, essendo il debitore tenuto a provare l'inesistenza, o l'invalidità o la già avvenuta esecuzione del rapporto sottostante: al creditore incombe, invece, la sola prova dell'esistenza della promessa². Da ciò deriva che la promessa di pagamento è priva di effetti qualora si accerti giudizialmente che il rapporto non è sorto, è invalido o si è estinto³.

La promessa non può confondersi con la confessione⁴, la quale consiste in una dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante ed ha, perciò, il contenuto di una dichiarazione di scienza⁵. In tal senso, l'elemento che caratterizza la confessione è la circostanza che da essa deriva un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e, allo stesso tempo, un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione⁶. Per quanto concerne l'efficacia probatoria, l'art. 2372 c.c. stabilisce che la revoca della confessione è ammessa solo se si prova che essa è stata determinata da errore di fatto o da violenza⁷.

Ciò posto, il Tribunale – riportandosi ad un principio espresso in maniera costante dalla giurisprudenza di legittimità – accoglie il principio secondo cui "in un medesimo documento possono coesistere distinte e diverse dichiarazioni, sia di scienza (confessione), sia di volontà (promessa di pagamento), che mantengono in generale la propria autonomia, sia sotto il profilo strutturale, sia sotto quello dell'efficacia, con la

¹ Sul tema, v. DE MARIA, *Le obbligazioni*, III, *Fatti e atti fonte di obbligazione*, a cura di Franzoni, Torino, 2005, 54.

² DE MARIA, *Le obbligazioni*, cit. 57, "L'effetto processuale che deriva quindi dalla promessa di pagamento consiste nell'agevolare la prova che incombe sul creditore, o specularmente, nell'aggravare l'onere del debitore: quest'ultimo dovrà provare l'inesistenza o l'invalidità del rapporto sottostante, altrimenti sarà tenuto ad adempiere; il creditore invece obbligherà il debitore ad adempiere sulla base della semplice prova che la promessa esiste: sarà perciò sufficiente che fornisca la prova della promessa, ad esempio, esibendo il documento che la contiene".

³ Cfr. Cass. civ., 17 giugno 2014, n. 13776 in *Guida al dir.* 2014, 47, 52 (s.m), secondo cui "La ricognizione di debito e la promessa di pagamento, anche se titolate, non costituiscono un'autonoma fonte di obbligazione ma hanno il solo effetto di sollevare il promissario dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e deve essere - oltre che esistente - valido", v. altresì Cass. civ. 16 settembre 2013, n. 21098 in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 628900.

⁴ L'art. 2735 cod. civ., sotto la rubrica "Confessione stragiudiziale", statuisce che "La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice. La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge". Sull'argomento, in generale, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, 2005, 245.

⁵ Cfr. Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19554 in *Giust. civ. Mass.* 2016 secondo cui "La confessione giudiziale costituisce una dichiarazione di scienza, il cui elemento essenziale è l'affermazione inequivoca in ordine ad un fatto storico dubbio, resa la quale gli effetti che ne derivano sono stabiliti dalla legge, sicché è irrilevante l'indagine sullo stato soggettivo del confitente o sul fine da lui perseguito nel renderla" in senso conforme anche Cass. Civ., 5 dicembre 2003, n. 18655 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12.

⁶ Cfr. Cass. civ., SS. UU., 25 marzo 2013, n.7381 in *Giust. civ. Mass.*, 2013 "Perché una dichiarazione sia qualificabile come confessione, essa deve constare di un elemento soggettivo, consistente nella consapevolezza e volontà di ammettere e riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all'altra parte, e di un elemento oggettivo, che si ha qualora dall'ammissione del fatto obiettivo che forma oggetto della confessione derivi un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e al contempo un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione (cfr., ex plurimis, Cass. civ. nn. 2495/2010 e 16127/2002)".

⁷ L'art. 2732 c.c., sotto la rubrica "Revoca della confessione", dispone infatti che "La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza".

conseguenza che mentre la confessione fa piena prova del fatto asseverato (ex artt. 2732, 2733, II co.; e 2735, I co., c.c.) e può essere revocata solo provando l'elemento oggettivo della non rispondenza al vero del fatto confessato, nonché l'elemento soggettivo in cui il dichiarante è caduto, o fornendo la prova della violenza subita; la promessa di pagamento, invece, diviene inefficace con la sola prova dell'inesistenza o dell'estinzione, totale o parziale del credito, il cui pagamento è stato promesso, prova che incombe sul debitore – promittente”⁸.

*Alla luce delle precedenti osservazioni, il Tribunale – dopo aver affermato la non opponibilità al cessionario delle eccezioni estintive o modificative del credito ceduto perché posteriori alla notizia della avvenuta cessione – conclude ritenendo che la sottoscrizione dei moduli relativi alla cessione dei crediti effettuata dalla debitrice ceduta integra promessa di pagamento titolata ai sensi dell'art. 1988 c.c. con la conseguenza che sarà il promittente a dover provare l'inesistenza, l'invalidità e l'estinzione del rapporto fondamentale o l'inadempimento della fornitrice; ai fini probatori, invece, la dichiarazione circa la regolare effettuazione della fornitura delle merci qualifica tale atto come dichiarazione confessoria operando, dunque, PER la revoca della confessione il limite di cui all' art. 2732 c.c. Ne deriva che, ai fini della revoca della confessione per errore di fatto è necessario dimostrare non solo l'inesistenza del fatto confessato, ma anche che al momento della confessione il confitente versava in errore, provando quelle circostanze che lo avevano indotto all'erroneo convincimento che il fatto confessato fosse vero*⁹.

Nel caso di specie, la debitrice ceduta non ha allegato, né offerto di dimostrare l'errore in cui sarebbe incorsa. Per tali ragioni il Tribunale condanna la debitrice ceduta Beta energia al pagamento di quanto dovuto in favore di Alfa Factoring. La sentenza del Tribunale di Roma si occupa, tra l'altro, della tematica concernente il valore probatorio che può assumere la dichiarazione confessoria nel peculiare contesto dei rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni. Tale sentenza, a differenza della pronuncia del Tribunale di Milano, non riconosce, nel caso di specie, alla dichiarazione confessoria la natura di prova legale poiché – nel quadro dei principi attinenti ai requisiti di forma dei contratti in cui la P.A. sia parte contrattuale – l'esistenza del diritto fatto valere (nel caso di specie il contratto sottoscritto con la P.A.) può essere provato soltanto in via documentale, “non risultando sufficienti né la prova testimoniale o per presunzioni, né la stessa confessione della controparte”¹⁰.

Generalmente, i contratti stipulati “iure privatorum” dalla P.A., richiedono la forma scritta (v. R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, artt. 16 e 17¹¹) in assenza della quale sono nulli e pertanto improduttivi di effetti giuridici e insuscettibili di sanatoria¹².

La necessità della forma scritta è costantemente ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione a garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sul presupposto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile anche in punto di necessaria copertura finanziaria¹³.

⁸ Cfr. DE MARIA, *Le obbligazioni*, cit. 57; Cass. civ., 5 ottobre 2017, n. 23246 in *Giust. civ. Mass.* 2017, Cass. civ. 31 luglio 2012, n. 13689 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1003, Cass. civ. 5 luglio 2004 n. 12285 in *Giur.it.* 2005, 1156, Cass. civ. 13 gennaio 1997, n. 259, in *Banca borsa tit. cred.* 1998, II, 283.

⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2016, n. 9777, in *Guida al diritto*, 2016, 36, 81; Cass. civ., 12 maggio 2016, n. 9777 in banca dati *DeJure*, Trib. Roma, 24 giugno 2019 in banca dati *DeJure*.

¹⁰ Cfr. Cass. civ. 10 agosto 2001, n. 11054 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1593 secondo cui: “Il principio per cui il giudice deve porre a base della sua decisione unicamente i fatti allegati dalle parti e l'altro per cui i fatti pacifici tra le parti non hanno bisogno di essere provati incontrano un limite allorché la legge richiede per la prova di tali fatti un atto scritto “ad substantiam”; ciò si verifica per il decreto di esproprio, che, come qualunque provvedimento tipico e nominato, esige una statuizione della p.a. espressa ed esteriorizzata nell'atto, preordinata alla realizzazione degli specifici effetti per esso previsti dall'ordinamento. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva dichiarato inammissibile l'opposizione all'indennità di esproprio in un caso in cui il decreto non era stato prodotto dalle parti né risultava dagli atti la sua esistenza, rendendo superfluo l'esercizio di poteri officiosi di acquisizione).”

¹² Trib. Roma, 22 marzo 2019, in banca dati *DeJure*. Sulla forma, in generale, si veda anche SCOCA – ROVERSI MONACO – MORBIDELLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 256

¹³ Sul punto si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3575 secondo cui: “La necessità della forma scritta è costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sul presupposto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile anche in punto di necessaria copertura finanziaria. Conseguono l'irrelevanza di manifestazioni di volontà implicite o desumibili da comportamenti meramente attuativi (Cass. civ., 11 novembre 2015, n. 22994; ord. 9 maggio 2017, n. 11231; 15 giugno 2015, n. 12316), e l'inammissibilità, salvi i casi previsti da speciali disposizioni, di rinnovi taciti (Cass. civ., Sez. un., 20 novembre 1991, n. 12769; Cass. civ., 24 giugno 2002, n. 9165; 21 maggio 2003, n. 7962) e di subentri per facta concludentia (Cass. civ., 19 settembre 2013, n. 21477; 30 maggio 2002, n. 7913). Sempre per

Da queste premesse il Tribunale romano giunge alla conclusione per cui: “la giurisprudenza di legittimità afferma che il principio, sancito dall'art. 115, comma 1, c.p.c., secondo cui i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti a fondamento della decisione, senza necessità di prova, non opera nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto azionato sia rappresentato da un atto per il quale la legge impone la forma scritta *ad substantiam*, dal momento che in tale ipotesi, a differenza di quanto accade nel caso in cui una determinata forma sia richiesta *ad probationem*, l'osservanza dell'onere formale non è prescritta esclusivamente ai fini della dimostrazione del fatto, ma per l'esistenza stessa del diritto fatto valere, il quale, pertanto, può essere provato soltanto in via documentale, non risultando sufficienti né la prova testimoniale o per presunzioni, né la stessa confessione della controparte (Cass. civ., n. 25999 del 2018; Cass. civ., n. 11054 del 2001)”.

Sulla scorta della mancata prova del credito il Tribunale ha escluso, pertanto, l'esistenza di un'obbligazione di pagamento a carico del debitore ceduto nei confronti della cessionaria.

Esaminati i rapporti tra l'opponente e l'opposta e alla luce dei citati principi di diritto, il Tribunale di Roma – considerato che l'opposta non aveva prodotto in giudizio il contratto e né tantomeno la dichiarazione confessoria era sufficiente di per sé a provare l'esistenza del credito – ha accolto l'opposizione e, conseguentemente, ha revocato il decreto ingiuntivo opposto.

Le pronunce in esame dunque – pur sotto profili tra loro differenti – affrontano temi di notevole interesse pratico. Mentre la prima, sulla scia di un approdo giurisprudenziale consolidato, conferma il diverso valore probatorio della promessa e della dichiarazione confessoria, e la loro possibile coesistenza; la seconda delimita il confine della valenza probatoria della sola confessione in un contesto caratterizzato dall'applicazione di disposizioni e principi pubblicistici.

Avv. Federica D'Amico

federica.damico@munaricavani.it

consolidata giurisprudenza, le norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare gli artt. 16 e 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, non sono ritenute applicabili agli enti pubblici economici, per i cui contratti non è prevista, di regola e salvo pure cospicue eccezioni (come nel caso dell'affidamento di pubblici appalti), la forma scritta o altra forma solenne ad substantiam” in Giustizia-amministrativa.it, v. altresì Cass. civ., SS. UU, 9 agosto 2018, n. 20684 in Foro.it, 2019, I, 1392; Cass. civ., 28 giugno 2018, n. 17016 in banca dati Dejure; Cass. civ., 23 gennaio 2018, n. 1549 in Giust. civ. Mass. 2018; Cass. civ., ord., 27 ottobre 2017, n. 25631 in banca dati Dejure; Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20690, in Guida al diritto 2016, 45, 77; Cass. civ., 17 giugno 2016, n. 12540, in Diritto&Giustizia 2016, 20 giugno; Cass. civ., 22 dicembre 2015, n. 25798 in Giust. civ. Mass. 2015; Cass. civ., 11 novembre 2015, n. 22994 in Foro Amministrativo (II) 2016, 1, 9 (s.m); Cass. civ., ord. 24 febbraio 2015, n. 3721 in lamministrativista.it 30 maggio 2019; Cass. civ., 19 settembre 2013, n. 21477 in Giust. civ. Mass. 2013; Cass. civ., 14 aprile 2011, n. 8539 in Giust. civ. Mass. 2011, 4, 601; Cass. civ., 26 ottobre 2007, n. 22537 in Giust. civ. Mass. 2007, 10.

6. Cassazione Civile, Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 28002

Obbligazioni e contratti - Cessione del credito - Credito contestato - Validità - Sussistenza - Efficacia - Condizioni - Accertamento del credito.

(Codice Civile, artt. 1260, 1261, 1348, 1720)

Il negozio di cessione (nella fattispecie concluso tra il cliente e il difensore in relazione a un obbligo risarcitorio di un Ente pubblico) avente a oggetto un credito incerto, perché contestato, è valido. Tuttavia la cessione non è efficace fino a quando il credito non venga ad esistenza, a seguito dell'accertamento della titolarità in capo al cedente.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Cassazione Civile, Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 28002

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ARMANO Uliana

- Presidente -

Dott. DI FLORIO Antonella

- Consigliere -

Dott. OLIVIERI Stefano

- Consigliere -

Dott. SCODITTI Enrico

- Consigliere -

Dott. CRICENTI Giuseppe

- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 7503/2018 proposto da:

[Tizio] elettivamente domiciliato in (*omissis*) presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), rappresentato e difeso dall'avvocato (*omissis*) anche difensore di sé medesimo;

- ricorrente -

CONTRO

Comune di [Alfa], in persona del Sindaco (*omissis*) legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), rappresentato e difeso dall'avvocato (*omissis*);

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 735/2017 della CORTE D'APPELLO di REGGIO CALABRIA, depositata il 11/12/2017; udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 13/06/2019 dal Consigliere Dott. Giuseppe Cricenti.

FATTI DI CAUSA

L'avvocato [Tizio] ha difeso in un procedimento penale l'architetto [Caio] che in quello ambito era imputato di un reato connesso al suo ruolo di componente della commissione edilizia del Comune di [Alfa]. A seguito della assoluzione del suo cliente, l'avvocato lo ha convenuto in giudizio per il pagamento degli onorari della difesa. Costitutosi davanti al Tribunale di Palmi, l'architetto ha chiamato in garanzia il Comune di [Alfa] per essere tenuto indenne di quanto avrebbe dovuto in ipotesi corrispondere al difensore.

Il giudice di quel procedimento ha riconosciuto il diritto dell'avvocato [Tizio] al pagamento dei suoi onorari, ma ha dichiarato inammissibile la domanda dell'architetto volta a farsi rimborsare dal Comune, in quanto l'architetto aveva inizialmente proposto una domanda di rimborso in base alla legge speciale, ma poi l'aveva mutata in domanda di risarcimento da mandato (art. 1720 c.c.).

Passata in giudicato tale sentenza, l'architetto ha ceduto questo suo vantato credito verso il Comune di [Alfa] proprio all'avvocato [Tizio], il quale, non ottenendo pagamento da parte dell'ente, ha citato in giudizio il Comune davanti al Tribunale di Palmi.

Il giudice di primo grado ha ritenuto efficace la cessione del credito da parte dell'architetto [Caio] al [Tizio], ed ha condannato il Comune di [Alfa] a corrispondere la relativa somma a quest'ultimo.

Invece la Corte d'Appello di Palmi ha riformato la decisione di primo grado, ritenendo non accertato alcun credito dell'architetto verso il Comune e dunque asserendo che il primo non potesse cedere alcunché al suo difensore. Inoltre, secondo la Corte d'Appello, la cessione, ove mai vi fosse stato un credito cedibile, sarebbe stata nulla per difetto di forma.

Avverso tale decisione ricorre l'avvocato [Tizio] con quattro motivi. V'è controricorso del Comune di [Alfa].

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- La ratio della sentenza impugnata è duplice.

Da un lato, i giudici di merito osservano che la cessione era del tutto priva di causa non essendovi alcun credito certo da poter essere ceduto, in quanto il giudizio nel quale l'architetto [Caio] aveva chiesto che si accertasse tale suo credito verso il [Alfa], si era concluso con la dichiarazione di inammissibilità della relativa domanda. Così che il cessionario non aveva alcuna legittimazione a far valere il credito.

In secondo luogo, i giudici di Appello ritengono che, ove anche la cessione avesse avuto ad oggetto un credito accertato, non sarebbe valida per difetto di forma, poiché essendo debitore un ente pubblico, si sarebbe dovuta fare per atto pubblico.

2.- La prima ratio è oggetto dei primi tre motivi di ricorso.

Con il primo il ricorrente sembra denunciare violazione degli artt. 115,116 c.p.c., e art. 1720 c.c..

Ritiene che la corte di merito ha errato nel dire che non vi fosse alcun credito cedibile, in quanto risultava pacifico che il [Caio] era mandatario del [Alfa], e ciò bastava a rendere quest'ultimo responsabile dei danni subiti in occasione del mandato, compresi quelli legati al processo penale in cui era poi risultato assolto.

Con il secondo motivo invece denuncia violazione dell'art. 2697 c.c.

La Corte non avrebbe considerato che spettava al Comune dimostrare che non operava la garanzia *ex* art. 1720 c.c.

Con il terzo motivo denuncia violazione dell'art. 1348 c.c., in quanto, secondo il ricorrente, la corte di appello avrebbe trascurato che il credito dell'architetto era da intendersi come futuro e dunque cedibile ai sensi della predetta norma.

I tre motivi sono infondati.

Essi rimproverano alla sentenza impugnata di non avere tenuto conto che il credito derivava direttamente dalla legge, ossia dall'art. 1720 c.c., che ritiene il mandante responsabile dei danni subiti dal mandatario in occasione del mandato.

Ma questa tesi è infondata per una semplice ragione.

Intanto è infondato il terzo motivo, che è logicamente preliminare agli altri, in quanto postula una cessione di crediti futuri, di cui la corte non avrebbe tenuto conto, e che se attentamente considerata avrebbe dovuto indurre a ritenere efficace la cessione.

Più precisamente la prestazione del Comune (rimborsare il funzionario delle spese di lite), secondo il ricorrente, era, sì, da effettuarsi in futuro, ma era pur sempre riconducibile ad un fatto generatore attuate, ossia il rapporto di mandato che esisteva tra l'ente ed il suo funzionario.

Ma risulta evidente che il credito che il [Caio] avrebbe ceduto al [Alfa], non era affatto futuro, bensì era inteso come esistente ed attuale al momento della cessione. Futuro è il credito che viene ad esistenza in un momento successivo alla cessione. Qui invece il [Caio] avrebbe ceduto un credito che egli stesso assumeva come già maturato al momento in cui lo avrebbe ceduto, per via della sua assoluzione che rendeva il Comune obbligato al rimborso delle spese legali.

Ad ogni modo, qui la cessione ha avuto ad oggetto un credito contestato. Da un lato, il [Caio] riteneva di averlo nei confronti del Comune, per altro verso quest'ultimo ha sempre negato di essere debitore. E se è vero che la cessione può riguardare anche crediti futuri contestati, e dunque eventuali, è altresì vero che essa diventa efficace solo se il credito viene ad esistenza (Cass. 31896/2018); ed invece ad esistenza non è mai venuto.

Gli altri due motivi fanno leva sulla circostanza che il credito del [Caio] derivava dall'applicazione analogica, al suo caso, dell'art. 1720 c.c. (primo motivo) e che era onere del Comune dimostrare il contrario (secondo motivo).

In sostanza, il ricorrente rimprovera alla decisione impugnata di non aver tenuto conto che il titolo del credito ceduto è nella legge stessa, per cui esso doveva ritenersi certo e determinato.

Invero il credito non era certo, v'era e vi è contestazione del Comune, e questa circostanza giusta la regola sopra detta, se pure rende il credito (controverso) cedibile, incide sulla efficacia del negozio di cessione, che non produce l'effetto traslativo del credito se non quando questo venga ad esistenza.

In altri termini, se pure il negozio di cessione concluso tra il cliente ed il difensore è valido, pur avendo ad oggetto un credito incerto, perchè contestato, quello stesso negozio non è efficace fino a quando il credito non venga ad esistenza, a seguito dell'accertamento della titolarità in capo al cedente.

L'infondatezza dei primi tre motivi, che attengono alla efficacia della cessione, rende assorbito l'esame del quarto che attiene ad una ratio subordinata, ossia alla invalidità dell'atto per difetto di forma.

Il ricorso va pertanto rigettato e le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso, condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite, che liquida in complessive 3000,00 Euro, oltre 200,00 Euro di spese generali. Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento del doppio del contributo unificato.

Così deciso in Roma, il 13 giugno 2019.

Depositato in Cancelleria il 31 ottobre 2019

* * *

IL CASO

La vicenda da cui sorge la controversia decisa dalla sentenza in esame si innesta su una cessione del credito dalle peculiari caratteristiche.

Il cedente è l'avvocato Tizio, difensore di Caio in un giudizio penale connesso al ruolo di Caio quale componente della commissione edilizia del Comune di Alfa.

Il processo penale si conclude con l'assoluzione di Caio il quale, però, non versa i compensi professionali in favore di Tizio. Quest'ultimo avvia dunque un giudizio civile nei confronti di Caio che, a sua volta, chiama in causa il Comune di Alfa al fine di essere tenuto indenne di quanto avrebbe dovuto, in ipotesi, corrispondere al difensore.

Questo primo giudizio è definito dal Tribunale di Palmi con sentenza passata in giudicato, nella quale: a) Caio è stato condannato a corrispondere a Tizio i compensi professionali per l'attività difensiva prestata; b) la domanda di manleva è stata rigettata in rito in quanto inammissibile laddove - secondo quanto pare evincersi dalla sentenza in esame - Tizio aveva tardivamente mutato la causa pretendi da una domanda fondata su legge speciale alla generale domanda di risarcimento per danni subiti dal mandatario nell'esecuzione dell'incarico ex art. 1720 comma 2, c.c.

Successivamente, Tizio e Caio trovano un accordo, nell'ambito del quale Caio cede a Tizio il suo (asserito) credito nei confronti del Comune di Alfa.

Si radica dunque un nuovo giudizio, questa volta instaurato dall'avvocato Tizio nei confronti del Comune di Alfa, al fine di ottenere il pagamento del credito risarcitorio di Caio del quale Tizio stesso si era reso cessionario.

Il Tribunale di Palmi accoglie la richiesta di Tizio. Ma la Corte d'Appello di Palmi sovverte l'esito della controversia: la cessione sarebbe stata priva di causa in quanto il credito di Caio - a seguito della dichiarazione di inammissibilità della domanda nel precedente giudizio - sarebbe stato inesistente; peraltro, ritiene la Corte d'Appello, anche a ritenere esistente il credito, la cessione sarebbe stata nulla per difetto di forma pubblica, resa necessaria dalla qualità di Ente pubblico del debitore ceduto.

Tizio ricorre quindi in Cassazione. Sostiene il legale che i) il credito sarebbe stato esistente, in quanto discendente direttamente dall'art. 1720 c.c.; ii) sarebbe gravato sul Comune l'onere di provare la non operatività della garanzia ex art. 1720 c.c.; iii) la cessione avrebbe riguardato un credito futuro, e sarebbe dunque consentita ai sensi dell'art. 1348 c.c.

Le argomentazioni dell'avvocato Tizio non hanno persuaso la Corte di Cassazione.

Secondo la Suprema Corte, Tizio e Caio non avrebbero inteso fare oggetto di cessione un credito futuro, ma un credito che Caio assumeva già maturato al momento della trasmissione del diritto.

Peraltro, prosegue la Corte “Ad ogni modo, qui la cessione ha avuto ad oggetto un credito contestato. Da un lato, [Caio] riteneva di averlo nei confronti del Comune, per altro verso quest’ultimo ha sempre negato di essere debitore. E se è vero che la cessione può riguardare anche crediti futuri contestati, e dunque eventuali, è altresì vero che essa diventa efficace solo se il credito viene ad esistenza (Cass. 31896/2018); ed invece ad esistenza non è mai venuto”.

E lo stesso presupposto conduce, secondo la Corte, all’infondatezza degli altri due motivi di censura sollevati da Tizio. La contestazione del Comune di Alfa avrebbe quindi inciso sull’efficacia del negozio di cessione, impedendo l’effetto traslativo sino alla venuta ad esistenza del credito, evento da far coincidere con il suo accertamento. Nel caso in questione non vi è stato accertamento e, dunque, la cessione non è mai divenuta efficace. Ne consegue che Tizio, comunque, ha dedotto in causa un titolo (la cessione del credito) inefficace, e la sua domanda non può essere accolta.

7. Tribunale di Bergamo, Sez. IV, 14 settembre 2019, n. 1948

Obbligazioni e contratti - Cessione del credito - Credito contestato - Validità - Sussistenza - Efficacia - Condizioni.

(Codice Civile, artt. 1260, 1588, 1589, 1916)

La cessione dei crediti futuri, ivi compresi quelli aventi causa risarcitoria (nella fattispecie, un credito per il versamento di un indennizzo assicurativo a seguito di incendio, ceduto dal proprietario al conduttore dell’immobile danneggiato), non ha natura meramente obbligatoria e vi si può procedere - quando nel negozio dispositivo sia individuata la fonte, oppure la stessa sia determinata o determinabile - senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto, non esistendo una norma che vieta la disponibilità dei diritti futuri perché meramente eventuali, con la conseguenza che la venuta in essere del credito futuro integra un requisito di efficacia della cessione, ma non della sua validità.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Bergamo
Quarta Sezione Civile**

Civile, in persona del Giudice Unico dott. (omissis), ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. 8614/2018 del Ruolo Generale promossa con atto di citazione ritualmente notificata e posta in decisione all’udienza del 21 maggio 2019 da [Alfa] di (omissis) in persona del legale rappresentante sig. (omissis), rappresentata e difesa dall’avv. (omissis), del Foro di Bergamo, procuratore anche domiciliatario, giusta procura speciale alla lite in calce all’atto introduttivo del giudizio

- attrice -

CONTRO

[Gamma], in persona del procuratore dott. (omissis), rappresentata e difesa dall’Avv.to (omissis), del Foro di Monza, procuratore anche domiciliatario, giusta procura speciale alla lite allegata alla comparsa di costituzione e di risposta

- convenuta -

In punto: assicurazione contro i danni.

CONCLUSIONI

Dell’attrice

Come in foglio inviato per via telematica.

Della convenuta

Come in foglio inviato per via telematica.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la soc. [Alfa] di (*omissis*) conveniva in giudizio avanti l'intestato Tribunale la soc. [Gamma].

Esponiva l'attrice:

- che conduceva in locazione ad uso non abitativo un immobile sito a Treviolo (BG);
- che essa era assicurata con la [Delta] con una polizza per esercizi commerciali;
- che l'immobile, di proprietà della soc. [Beta] era a sua volta stato assicurato con la [Gamma], con una polizza per fabbricati;
- che in data 4 ottobre 2016 si era verificato un incendio;
- che il sinistro era stato denunciato, sia dal conduttore che dal proprietario, alle rispettive compagnie di assicurazione;
- che queste avevano dato corso alle procedure per l'accertamento del danno, giungendo ad una valutazione concordata:
 - a) di Euro 59.595,39=, da liquidarsi da parte di [Delta] favore di [Alfa]; b) di E 51.726,00=, da liquidarsi da parte di [Gamma], nella misura di Euro 44.838,00= a favore di [Alfa] (mediante cessione del credito) e di E 6.888,00= a favore di [Beta];
- che [Delta] aveva liquidato il danno accertato;
- che [Gamma] l'aveva liquidato a [Beta], e non invece ad [Alfa], paventando una possibile surroga nei confronti del responsabile del sinistro;
- che la cessione del credito era stata regolarmente comunicata dalla [Beta] alla [Gamma].

Chiedeva, pertanto, il pagamento della predetta somma.

Costituendosi in giudizio la soc. [Gamma] contestava *in toto* gli assunti avversari.

Osservava la convenuta:

- che nessun accordo era intervenuto, neppure tra i periti, vuoi in ordine alla stima dei danni, vuoi in ordine alla ripartizione degli indennizzi tra le due compagnie;
- che il processo verbale di perizia *ex adverso* prodotto non le era opponibile, non avendovi essa partecipato;
- che la cessione di credito non era stata accettata da [Gamma];
- che il proprio perito si era limitato ad annotare in atto l'accertamento del danno;
- che i Vigili del Fuoco avevano accertato l'origine elettrica dell'incendio, dipartito dal locale tecnico ove si trovavano i macchinari e le attrezzature del conduttore;
- che incombeva all'attrice dimostrare che l'incendio si era verificato per causa ad essa non imputabile, ex art. 1588 c.c.;
- che nessuna rinuncia, al diritto di surroga ex art. 1916 c.c., era contenuta nel contratto di assicurazione [Gamma];

Si opponeva, pertanto, all'accoglimento della domanda.

La causa non veniva istruita.

Precisate le conclusioni come in epigrafe riportate, all'udienza del 21 maggio 2019 passava in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è fondata.

Occorre premettere che nessun accordo, vincolante per le rispettive compagnie, è intervenuto tra i periti, ciò malgrado il perito della [Gamma], nell'accertare il danno di competenza della propria mandante, abbia indubbiamente "seguito" le risultanze dell'accertamento del perito della [Delta].

Occorre, altresì, premettere che la [Gamma] non si è impegnata a corrispondere alcuna somma alla [Alfa], e non ha affatto rinunciato all'esercizio del diritto di surrogazione nei confronti del terzo responsabile, ciò malgrado abbia dato corso ad un pagamento a favore del proprio assicurato [Gamma].

Ciò premesso, la [Alfa] (conduttore, assicurato [Delta]) agisce nei confronti della [Gamma] in forza della cessione di credito dalla [Beta] (locatore, assicurato [Beta]).

La cessione del credito si è perfezionata in virtù del semplice accordo tra cedente ([Beta]) e cessionario ([Alfa]), non essendo necessario il consenso del ceduto ([Gamma]),

La cessione del credito è stata ritualmente notificata al ceduto.

Il credito oggetto della cessione non è certo, ma eventuale, posto che l'atto di accertamento del danno effettuato dal perito della [Gamma] (il geom. *omissis*) contiene “espressa riserva di approvazione e rettifica della propria mandante da parte dell'incaricato dalla Compagnia”.

È comunque ammessa la cessione dei crediti futuri, eventuali o anche solo sperati (Cass. n. 31896/2018: *“La cessione dei crediti futuri, ivi compresi quelli aventi causa risarcitoria, non ha natura meramente obbligatoria e vi si può procedere - quando nel negozio dispositivo sia individuata la fonte, oppure la stessa sia determinata o determinabile - senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto, non esistendo una norma che vieta la disponibilità dei diritti futuri perché meramente eventuali, con la conseguenza che la venuta in essere del credito futuro integra un requisito di efficacia della cessione, ma non della sua validità. (Nell'affermare il principio, la S.C. ha cassato la decisione della corte di merito che aveva escluso la legittimazione ad agire di uno dei ricorrenti, cessionario di un credito di natura risarcitoria derivante da inadempimento contrattuale, perché credito futuro e destinato a sorgere solo in conseguenza del positivo esperimento nei confronti di una banca di azione giudiziale non ancora intrapresa)”*; Cass. n. 4040/1990: *“Rientra nel concetto di credito futuro, suscettibile di cessione ai sensi dell'art. 1348 cod. civ., anche un credito semplicemente sperato, ossia meramente eventuale, senza che l'aleatorietà che in tal caso caratterizza il contratto di cessione ne comporti l'invalidità essendo insita nella nozione di cosa futura, espressamente prevista come possibile oggetto di prestazione dal richiamato art. 1348”*).

Il debitore ceduto (nella specie, [Gamma]) è indubbiamente legittimato ad opporre al cessionario (nella specie, [Alfa]) tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente (nella specie, [Beta]) (Cass. n. 575/2001: *“A seguito della cessione del credito il debitore ceduto diviene obbligato verso il cessionario allo stesso modo in cui era tale nei confronti del suo creditore originario. Pertanto, potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente sia quelle attinenti alla validità del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto anteriori alla cessione od anche posteriori al trasferimento, ma anteriori all'accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto”*).

Ma dette eccezioni opponibili sono soltanto quelle attinenti al rapporto tra il cedente e il ceduto (nella specie, le eccezioni attinenti al rapporto assicurativo tra la [Gamma], assicuratore, e la [Beta], assicurato). La convenuta si oppone alla domanda dell'attrice in ragione del fatto che la [Alfa] è il responsabile del danno, in virtù della presunzione di cui all'art. 1588 c.c.

Ma una tale eccezione è estranea al rapporto assicurativo tra la [Gamma], assicuratore, e la [Beta], assicurato.

Infatti, qualora - per pura ipotesi di lavoro - il credito non fosse stato ceduto, la [Beta] non avrebbe potuto negare il risarcimento alla [Beta] in ragione del fatto che il responsabile del danno è la [Alfa]; la [Gamma] avrebbe dovuto risarcire il danno alla [Beta], e poi, surrogandosi a questa, agire nei confronti della [Alfa].

Naturalmente condizione della surrogazione è sempre il pagamento dell'indennizzo al proprio assicurato.

Nessuna eccezione, attinente al rapporto assicurativo tra la [Gamma], assicuratore, e la [Beta], assicurato, è stata sollevata nell'ambito di questo giudizio. La [Gamma] non spiega perché, se il credito non fosse stato ceduto, non avrebbe dovuto pagare alla [Beta].

La [Gamma] si è limitata ad invocare la presunzione di cui all'art. 1588 c.c. e ad esercitare la surrogazione (in via di eccezione) nei confronti della [Alfa], in quanto responsabile del danno.

Tuttavia, le norme di cui agli artt. 1588 - 1589 c.c. riguardano esclusivamente il rapporto tra il conduttore e il locatore, ovvero tra il conduttore e l'assicuratore del locatore che ha pagato, nel senso che: a) se la cosa non è assicurata, il conduttore è (presunto) responsabile nei confronti del solo locatore; mentre b), se la cosa è assicurata, il conduttore è (presunto) responsabile nei confronti dell'assicuratore fino a concorrenza dell'indennizzo e nei confronti del locatore per l'eventuale differenza.

Analogamente l'art. 1916 c.c. (richiamato anche dall'art. 1589 co. 3 c.c.) attribuisce il diritto di surrogazione all'assicuratore che ha pagato l'indennità.

In altri termini, il titolo della surrogazione è il pagamento dell'indennità. Ed il terzo responsabile è legittimato ad opporre all'assicuratore il difetto dei presupposti della surrogazione, ivi compreso il mancato pagamento dell'indennità.

L'assicuratore, inoltre, può sempre agire nei confronti del proprio assicurato per il pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione (art. 1916 co. 3 c.c.).

La [Gamma] ad oggi non ha pagato nulla, e quindi non può invocare i disposti normativi di cui sopra per esimersi dal pagamento al cessionario, quand'anche questi, se del caso, possa essere l'effettivo responsabile del danno.

Di qui l'accoglimento della domanda.

Peraltro, non sono dovuti gli interessi moratori ex D.L.vo n. 231/2002, non versandosi in tema di transazioni commerciali, bensì in tema di risarcimento del danno.

Sono, invece, dovuti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dal fatto al saldo; gli interessi andranno calcolati sulla somma via via rivalutata.

Trattandosi di un credito *ab origine* risarcitorio, la liquidazione degli accessori può essere fatta anche *ex officio*.

Le spese di lite seguono la soccombenza e possono liquidarsi in complessivi Euro 3.972,00=, oltre ad anticipazioni documentate (contributo unificato, marca da bollo, spese di notifica), a spese generali nella misura del 15%, ad iva e cpa e alle successive occorrendo.

Del tutto inutile pare l'espletamento di un'istruttoria orale su circostanze, tutte, che già risultano *per tabulas*.

P.Q.M.

Il Tribunale, ogni diversa istanza eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando:

- condanna la convenuta a pagare all'attrice la somma di Euro 44.838,00, oltre a rivalutazione e interessi come in motivazione;

- condanna la convenuta a rifondere all'attrice le spese di lite, liquidate in complessivi Euro 3.972,00, oltre ad anticipazioni documentate (contributo unificato, marca da bollo, spese di notifica), a spese generali nella misura del 15%, ad iva e cpa e alle successive occorrendo.

Così deciso in Bergamo il 14 settembre 2019.

Depositata in Cancelleria il 14/09/2019

* * *

IL CASO

Alfa conduce in locazione, a uso non abitativo, un immobile di proprietà della società Beta.

Un incendio distrugge l'immobile. Il proprietario Beta e il conduttore Alfa denunciano il sinistro alle rispettive compagnie assicurative, Gamma e Delta.

La controversia decisa dalla sentenza in esame è instaurata da Alfa nei confronti di Gamma, assicuratrice di Beta.

Alfa sostiene, infatti, di essersi resa cessionaria del credito all'indennizzo assicurativo di Beta nei confronti di Gamma, ma quest'ultima – pur dopo una valutazione congiunta dei danni da parte delle due compagnie assicurative – non avrebbe provveduto (al contrario di Delta, adempiente) al versamento di alcunché in favore del conduttore.

Gamma nega di essere debitrice nei confronti di Alfa: sia perché la presunta valutazione congiunta del danno non le sarebbe opponibile, sia per non avere mai accettato la cessione, sia poiché - infine - opererebbe la presunzione di responsabilità del conduttore per l'incendio di cui all'art. 1588 c.c., e l'assicuratore Gamma potrebbe surrogarsi nel diritto al risarcimento del proprietario nei confronti del conduttore.

Il Tribunale di Bergamo ha accolto la domanda di Alfa.

Il Giudice adito rileva infatti che la cessione del credito si è perfezionata in virtù del semplice accordo tra il cedente Beta e il cessionario Alfa, senza che ai fini del perfezionamento del negozio fosse necessario il consenso di Gamma.

Il credito ceduto, secondo il Tribunale, effettivamente sarebbe stato solo eventuale, non essendo l'accertamento dei periti - soggetto ad approvazione e rettifica da parte della mandante - vincolante nei confronti di Gamma. E tuttavia, sottolinea il Tribunale, "è comunque ammessa la cessione dei crediti futuri, eventuali o anche solo sperati (Cass. n. 31896/2018: la cessione dei crediti futuri, ivi compresi quelli aventi causa risarcitoria, non ha natura meramente obbligatoria e vi si può procedere – quando nel negozio dispositivo sia individuata la fonte, oppure la stessa sia determinata o determinabile – senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto, non esistendo una norma che vieta la disponibilità

di diritti futuri perché meramente eventuali, con la conseguenza che la venuta in essere del credito futuro integra un requisito di efficacia della cessione, ma non della sua validità) [...]”.

Verificata la validità della cessione, il Tribunale ha dunque esaminato quali eccezioni potessero essere opposte da Gamma nei confronti di Beta, rilevando che “il debitore ceduto [...] è indubbiamente legittimato ad opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente”.

E tuttavia, prosegue il Tribunale, nel caso in esame Gamma ha inteso opporre ad Alfa (cessionario) non le eccezioni proprie del suo rapporto assicurativo con il cedente Beta, ma eccezioni proprie del rapporto tra Alfa e Beta, quale il risarcimento dei danni da parte del conduttore ex art. 1588 c.c. Eccezione estranea al rapporto con il cedente (Beta, proprietario del bene), tanto che a quest’ultimo non sarebbe stata certamente da Gamma opponibile.

Quanto al diritto di surroga, prosegue la Corte, lo stesso è limitato, a norma dell’art. 1916 c.c. (richiamato anche dal terzo comma dell’art. 1589 c.c.), al caso in cui l’assicuratore ha pagato l’indennizzo. Ne consegue che tale eccezione non potrebbe essere opposta dall’assicuratore al conduttore prima del pagamento. Resta salvo, in ogni caso, il diritto dell’assicuratore di agire nei confronti del proprio assicurato per il pregiudizio arrecato al diritto alla surrogazione ai sensi dell’art. 1916, comma 3, c.c.

Ne consegue, conclude la sentenza in esame, il diritto di Alfa al versamento dell’indennizzo - quantificato come da liquidazione congiunta delle compagnie assicurative di proprietario e conduttore - da parte di Gamma.

COMMENTO

Le due sentenze in commento, pur traendo origine da fattispecie concrete lontane dal mondo del *factoring*, si occupano di un tema di interesse relativo nella ricostruzione degli effetti della cessione del credito, con particolare riferimento ai casi in cui la cessione abbia a oggetto un credito contestato. Le due sentenze richiamano l’autorità del medesimo precedente giurisprudenziale – Cass. civ., 10 dicembre 2018, n. 31896¹ – per giungere a conclusioni opposte. E ambedue suscitano nel loro percorso motivazionale, si reputa, perplessità meritevoli di segnalazione.

La Corte di Cassazione si è occupata di un caso nel quale un avvocato si era reso cessionario di un credito di un proprio assistito – verosimilmente una totale o parziale *datio in solutum* – nei confronti di un Comune².

Il credito si sarebbe fondato sulla responsabilità a carico del mandante per i danni subiti dal mandatario nell’esecuzione dell’incarico ex art. 1720, comma 2, c.c., danni nel caso di specie consistenti proprio nell’obbligo del mandatario di versare al proprio legale (cessionario) i compensi per l’attività di difesa, prestata in relazione a un procedimento penale connesso al ruolo di mandatario.

L’azione intentata dal cessionario nei confronti del Comune, pur accolta in primo grado, era stata respinta in sede di appello sulla base – a quanto si evince dalla motivazione della Corte di Cassazione – di una presunta assenza di causa della cessione, in quanto avente oggetto un credito inesistente.

Diversa la prospettiva della Suprema Corte, che muove dal piano della validità a quello dell’efficacia, seguendo il filo di una equiparazione della cessione del credito contestato alla cessione di un credito futuro.

Ciò attraverso il richiamo al predetto precedente di legittimità, secondo il quale la cessione dei crediti futuri, ivi compresi quelli aventi causa risarcitoria, non ha natura meramente obbligatoria e vi si può procedere – quando nel negozio dispositivo sia individuata la fonte, oppure la stessa sia determinata o determinabile – senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto, non esistendo una norma che vieta la disponibilità dei diritti futuri perché meramente

¹ In *Giust. civ. Mass.*, 2019.

² Una cessione la cui validità, peraltro, avrebbe potuto essere posta in dubbio anche ai sensi dell’art. 1261 c.c., il quale stabilisce che gli avvocati non possono – a pena di nullità e dei danni – rendersi cessionari dei crediti per i quali è sorta contestazione davanti all’autorità giudiziaria nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni. Una parte della giurisprudenza adotta una interpretazione restrittiva del divieto, escludendone l’operatività sia per i crediti contestati stragiudizialmente e non ancora oggetto di controversia giudiziale (cfr. Cass. civ., 16 luglio 2003, n. 11144, in *Giust. civ. Mass.*, 2003), sia per quelli che siano stati oggetto di pronuncia passata in giudicato (cfr. Cass. civ., 24 febbraio 1984, n. 1319, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 4128). Non mancano tuttavia interpretazioni estensive del divieto, che ne estendono l’operatività sia ai crediti assistiti da titolo esecutivo (Cass. civ., 20 novembre 2018, n. 29834, in *Giust. civ. Mass.*, 2018), sia ai crediti oggetto di contestazione stragiudiziale (cfr. App. Milano, 7 giugno 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1285). La prospettiva estensiva avrebbe forse richiesto un esame, anche d’ufficio, di questo profilo di nullità del contratto (cfr. in generale, sulla rilevanza d’ufficio delle nullità, Cass. civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 113).

*eventuali, con la conseguenza che la venuta in essere del credito futuro, integra un requisito di efficacia della cessione ma non della sua validità*³.

Nel caso di specie, stante la perdurante contestazione del Comune circa l'esistenza del credito, la cessione – pur valida – resterebbe inefficace, con conseguente rigetto della azione del legale, discendente da un profilo preliminare relativo alla stessa titolarità del diritto controverso.

Come sopra preannunciato, l'iter motivazionale seguito dalla Corte non appare tuttavia del tutto appagante.

Nella motivazione, infatti, la Corte aveva poco prima affermato che il motivo di impugnazione del cessionario fondato sull'art. 1348 c.c.⁴ sarebbe stato privo di pregio poiché il credito oggetto di cessione sarebbe stato inteso dalle parti non quale credito futuro, ma come credito esistente e attuale al momento della cessione; ciò in quanto, secondo il cedente, già la mera assoluzione in sede penale avrebbe obbligato il Comune a tenerlo indenne delle spese legali.

Orbene - anche a prescindere dalla circostanza per cui una difformità tra l'oggetto del contratto e la sua rappresentazione da parte del cedente dovrebbe assumere rilievo non sul piano della determinazione dell'oggetto del negozio ma su quello dei vizi del consenso -, ciò che, si reputa, non persuade nel ragionamento della Suprema Corte è il contestuale richiamo sia a un fatto costitutivo (l'assoluzione del Comune) antecedente al negozio di cessione, sia alla natura eventuale e futura del credito contestato.

Analoghe perplessità suscita la pronuncia del Tribunale di Bergamo.

Qui il credito contestato era relativo alla liquidazione di un indennizzo assicurativo, contrattualmente dovuto dall'assicurazione al proprietario dell'immobile danneggiato da un incendio e successivamente ceduto dal proprietario al conduttore del predetto immobile.

Anche in questo caso si richiama il precedente della sentenza n. 31896 del 2018 della Suprema Corte, con l'equiparazione del credito contestato a un credito futuro.

Tuttavia la condanna del debitore ceduto è quantificata nella misura determinata dall'accertamento congiunto dei periti delle assicurazioni di proprietario e conduttore, relativa a un sinistro (fatto costitutivo) antecedente alla cessione.

La compagnia assicurativa è dunque condannata al versamento dell'indennizzo dopo che il Tribunale ha ritenuto, da un lato, l'inopponibilità della presunzione di responsabilità di cui all'art. 1588 c.c.⁵ (in quanto relativa ai soli rapporti tra proprietario e conduttore)⁶ e, dall'altro, l'inopponibilità del credito in surrogazione dell'assicuratore nei confronti del conduttore di cui agli artt. 1589⁷ e 1916⁸ c.c., giacché la surrogazione presuppone che l'indennizzo sia già stato pagato dall'assicuratore.

Pure nel caso deciso dalla decisione di merito in commento, dunque, il credito resta in equilibrio tra un fatto costitutivo antecedente alla cessione e una cessione qualificata comunque quale negozio avente a oggetto un credito futuro.

Può apparire utile, allora, richiamare i principi generali nel contesto dei quali si inseriscono i precedenti in esame.

La cessione del credito risarcitorio è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, l'obbligazione risarcitoria – e anche quando il diritto al risarcimento sia conseguenza di un inadempimento contrattuale – non ha natura accessoria rispetto all'obbligazione contrattuale rimasta inadempita, bensì si configura come una obbligazione autonoma, con la conseguenza che il relativo credito può costituire oggetto di cessione, a titolo oneroso, o gratuito, ai sensi e nei limiti dell'art. 1260 c.c.⁹

³ Cfr. Cass. civ., 10 dicembre 2018, n. 31896, cit.

⁴ A norma del quale “La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvo i particolari divieti della legge”.

⁵ A norma del primo comma di questa disposizione “Il conduttore risponde della perdita e del deterioramento della cosa che avvengono nel corso della locazione anche se derivanti da incendio, qualora non provi che siano accaduti per causa a lui non imputabile”

⁶ Sulle eccezioni opponibili dal debitore ceduto al cessionario v. in dottrina DE NOVA, *Nuovi contratti*, II ed., Torino, 1999, 121 e BUSSANI, *I singoli contratti*, 4. *Contratti moderni. Factoring Franchising Leasing*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da SACCO, Torino, 2004, 129 e in giurisprudenza Cass. civ., 2 dicembre 2016, n. 24657, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016, che richiamano il principio generale per cui il debitore ceduto non può essere pregiudicato dalla cessione.

⁷ Rubricato “Incendio di cosa assicurata”, l'art. 1589 recita: “1. Se la cosa distrutta o deteriorata per incendio era stata assicurata dal locatore o per conto di questo, la responsabilità del conduttore verso il locatore è limitata alla differenza tra l'indennizzo corrisposto dall'assicuratore e il danno effettivo. 2. [...]. 3. Sono salve in ogni caso le norme concernenti il diritto di surrogazione dell'assicuratore”.

⁸ Art. 1916, “Diritto di surrogazione dell'assicuratore. 1. L'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, sino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili. 2. [...], 3. L'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione. 4. [...]”

⁹ Così, Cass. civ., 21 aprile 1986, n. 2812, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 4.

Ne consegue, dunque, che il danneggiato di un sinistro stradale può cedere il proprio credito risarcitorio a un terzo (esempio frequente nella pratica: al carrozziere incaricato della riparazione dell'auto danneggiata¹⁰) non trattandosi di un diritto strettamente personale e non esistendo al riguardo né diretti né indiretti divieti normativi¹¹; il cessionario potrà quindi agire, in vece del cedente, in sede giudiziaria per l'accertamento della responsabilità dell'altra parte e per la condanna di questa, e del suo assicuratore per la responsabilità civile, al risarcimento dei danni¹². La cessione del credito può invero riguardare anche il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale che, così come risulta trasmissibile iure hereditatis, può anche formare oggetto di cessione per atto inter vivos, non presentando carattere strettamente personale¹³.

Nel fare applicazione del principio della cedibilità del credito risarcitorio contestato, entrambe le sentenze in commento, e il precedente da ambedue citato n. 31896 del 2018 della Cassazione, hanno equiparato questa cessione a quella di un credito futuro, in cui l'effetto traslativo del diritto è posticipato al momento della nascita, fatta coincidere, nel caso di specie, con l'accertamento giudiziale del credito.

Come noto, infatti, la regola generale per cui il trasferimento del credito – nel caso di cessione – avviene per effetto del mero scambio di consensi tra cedente e cessionario¹⁴, trova eccezione proprio nell'ipotesi di cessione del credito futuro, il cui trasferimento è differito al momento in cui il credito viene a esistere¹⁵.

Nella giurisprudenza della Suprema Corte è tuttavia reperibile anche una diversa ricostruzione degli effetti della cessione del credito illiquido contestato.

In altro precedente, la Corte di Cassazione ha infatti affermato che “[...] il credito derivante da fatto illecito ha i caratteri del credito attuale, tanto è vero che, in caso di riconoscimento, gli interessi sulle somme dovute decorrono dal fatto e non dall'accertamento giudiziale. Certezza, liquidità ed esigibilità del credito sono attributi che non operano nella disciplina della cessione, ma sono richiamati dal sistema a proposito di istituti diversi, come quello della compensazione (art. 1243 c.c.). La possibilità che il debito *ex delicto* non sia riconosciuto non incide sugli effetti della cessione, perché questa forma di invalidità opera in tema di garanzia che il cedente può prestare (art. 1266 cod. civ.) e si traduce nell'obbligo di quest'ultimo di risarcire il danno al cessionario”¹⁶.

Quest'ultima prospettiva pare, si reputa, più persuasiva.

Il fatto costitutivo del credito risarcitorio, pure quando contestato, coincide infatti con il fatto illecito – contrattuale o extracontrattuale – che ne costituisce la causa petendi: l'eventuale accertamento giudiziale ha un carattere solo dichiarativo che conferisce al credito liquidità.

Inoltre, l'impostazione adottata dalle due sentenze in esame pare finire a conferire alla contestazione del creditore una efficacia impeditiva dell'effetto traslativo proprio della cessione dei crediti: una prospettiva che pare in contrasto con la struttura bilaterale consensuale della cessione¹⁷.

¹⁰ Sulle possibili problematiche, anche di carattere pratico in termini di incremento della litigiosità, implicate da questa prassi di mercato, v. ARGINE, *I limiti applicativi alla cessione del credito risarcitorio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1287.

¹¹ I divieti di cessione *ex lege* devono peraltro ritenersi eccezioni al principio generale di libera cedibilità dei crediti, e quindi non suscettibili di applicazione in via analogica (cfr. Cass. civ., 1° aprile 2003, n. 4930, in *Giust. civ. Mass.*, 4).

¹² Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11095, in *Arch. Giur. circol. e sinistri*, 2011, 936.

¹³ Cass. civ., 3 ottobre 2013, n. 22601, in *Foro.it.*, 2014, I, 876.

¹⁴ Trattandosi di contratto bilaterale consensuale a effetti reali: v. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *Obbligazioni*, Milano, 1980, 580; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurispr. Sist. di diritto civile e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1970, 765 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 607; AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, 2003, 18 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 15364, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1200; Cass. civ., Sez. III, 5 novembre 2009, n. 23463, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1550; Cass. civ., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1312, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; per l'operatività del principio consensualistico anche in tema di *factoring* v. Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2009, n. 15797, in *Fall.*, 2010, 245.

¹⁵ v. Cass. civ., 3 agosto 2017, n. 19341, in questo *Osservatorio*, n. 3/2017, 9 e ss; Cass. civ., 7 marzo 2008, n. 6192, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 377; Cass. civ., 28 febbraio 2008, n. 5302, in *Foro.it.*, 2008, 1095; Cass. civ., 8 febbraio 2007, n. 2746, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass. civ., 22 aprile 2003, n. 6422, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4; Cass. civ., 19 giugno 2001, n. 8333, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2875; Cass. civ., 17 marzo 1995, n. 3099, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 627; Cass. civ., 18 ottobre 1994, n. 8497, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1241; Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11516, in *Foro.it.*, 1994, I, 3126; Trib. Roma, 27 maggio 2017, n. 10734, in questo *Osservatorio*, n. 3/2017, 13 e ss. In dottrina, per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 583; DOLMETTA, *La cessione del credito*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988, 322.

¹⁶ Così, Cass. civ., 5 novembre 2004, n. 21192, in banca dati *Dejure*. In senso conforme anche Cass. civ., 3 ottobre 2013, n. 22601, *cit.* e Cass. civ., 10 gennaio 2012, n. 51, in *Diritto e giustizia* 2012, 11 aprile.

¹⁷ Cfr. *supra* nt. 14

La questione non è solo dogmatica, ma può assumere risvolti pratici. Si pensi ai seguenti casi, solo a titolo di esempio:

- *come affermato da Cass. civ., 3 agosto 2017, n. 19341¹⁸, in tema di contratto di factoring avente a oggetto crediti futuri, il debitore ceduto può opporre in compensazione al cessionario un proprio credito nei confronti del cedente sorto in epoca successiva alla notifica dell'atto di cessione, atteso che nella cessione di crediti futuri l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui questi vengono a esistenza e non invece anteriormente, all'epoca della stipulazione del contratto: equiparare il credito contestato al credito futuro significherebbe consentire la compensabilità verso il cessionario di tutti i crediti sorti nei confronti del cedente sino alla sentenza che accerta il credito;*
- *in tema di appalti pubblici, in caso di cessione di crediti sorti a seguito di riserve dall'appaltatore, l'effetto traslativo risulterebbe subordinato alla posizione assunta dalla stazione appaltante, con possibile nascita del credito direttamente in capo alla curatela del cedente in caso di fallimento antecedente al riconoscimento del debito da parte della stazione appaltante (in senso contrario a quanto, condivisibilmente, ritenuto da Trib. Milano, Sezione Imprese, 21 gennaio 2018¹⁹, che ha invece riconosciuto, in tema di factoring, l'immediato effetto traslativo della cessione del credito da riserve, pur incerto e illiquido);*
- *più in generale, in caso di cessioni di crediti risarcitori illiquidi²⁰ nell'ambito di un rapporto di factoring, il curatore potrebbe sciogliersi da tutte le cessioni stipulate in data antecedente al fallimento sino al momento dell'accertamento del credito, acquisendo alla massa, in danno del cessionario, le relative ragioni di credito.*

La questione relativa alla cessione dei crediti risarcitori e ai suoi effetti pare dunque non aver raggiunto una soluzione consolidata nella giurisprudenza.

*Avv. Massimo Di Muro
massimo.dimuro@municavani.it*

¹⁸ In questo Osservatorio, n. 3/2017, 9 e ss.

¹⁹ In questo Osservatorio, n. 1/2018, 20 e ss.

²⁰ Per l'applicabilità della Legge 21 febbraio 1991, n. 52 ai crediti risarcitori, purché di origine contrattuale, v. FRIGNANI, *Il Factoring*, in *Trattato di diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, 11, Torino, 2000, 62

8. Tribunale di Vicenza, Decreto 5 settembre 2019

Procedure concorsuali - Fallimento - Interessi commerciali ex D.Lgs. n. 231/2002 - Non spettanza - Titolo giudiziale o stragiudiziale - Irrilevanza.

(R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 54 e art. 55; D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 1, co. 2, lett. a).

L'art. 1, co. 2, lettera a) del D.Lgs. n. 231/2002 (decreto che prevede, a fini dissuasivi nei confronti del debitore, il diritto del creditore al pagamento di interessi moratori sull'importo dovuto nei casi di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali), alla luce del quale le disposizioni in esso contemplate "non trovano applicazione per debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore", si deve ritenere possa avere una valenza applicativa estesa a tutti gli interessi, sia che essi siano maturati prima della dichiarazione di fallimento sia che essi maturino dopo l'apertura della procedura concorsuale, in quanto se si riferisse ai soli interessi maturati dopo il fallimento, esso non avrebbe senso, poiché già coperti dal disposto degli artt. 54 e 55 L.F.

L'esclusione di cui all'art. 1, co. 2, lettera a) del D. Lgs. n. 231/2002 si deve presumere che abbia valenza oggettiva e che si riferisca alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore, a prescindere dal titolo convenzionale o giudiziale della pretesa creditoria; pertanto, anche nel caso in cui il creditore abbia ottenuto un decreto ingiuntivo definitivo a suo favore, che preveda l'ingiunzione di pagare gli interessi con le modalità di cui al suindicato decreto legislativo, la pretesa per gli interessi, seppur fondata su titolo esecutivo, si deve ritenere trovi pur sempre un limite oggettivo di legge, previsto a favore della massa, quando venga esercitata nei confronti di una procedura concorsuale, fermo restando il giudicato del decreto ingiuntivo nei confronti del debitore tornato successivamente in bonis o di eventuali terzi condebitori.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI VICENZA
DECRETO**

L'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 231/2002 dispone che "*le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore*"; se la norma, seguendo l'orientamento non condiviso della Cassazione, si riferisse agli interessi maturati dopo il fallimento, essa non avrebbe senso, poiché già così dispone l'articolo 55 L.F.

Quindi, l'articolo 1 D.Lgs. n. 231/2002 ha valenza applicativa solo se riferita ad interessi già maturati, in quanto si spiega in funzione dissuasiva del debitore a pagare in ritardo, non giustificandosi invece nei confronti della massa, se non come immotivato privilegio a favore di un unico creditore.

Ritenuto, infatti, che:

- il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, emanato in attuazione della direttiva 200/35/CE, ha previsto l'automatica decorrenza degli interessi moratori per contrastare i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali;

- per espressa dizione dell'art. 1, co. 2, D.Lgs. cit., le norme del D.Lgs. non si applicano per i "debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore";

- è la stessa direttiva 200/35/CE a prevedere che (art. 6):

"3. Nell'attuare la presente direttiva gli Stati membri possono escludere:

a) i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore;

b) contratti conclusi prima dell'8 agosto 2002;

c) richieste di interessi inferiori a 5 EUR."

quindi ciò che qui si sostiene dovrebbe essere in linea (non in contrasto, come è stato sostenuto) con la direttiva medesima;

- l'esclusione ha valenza oggettiva, e si riferisce alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore, a prescindere dal titolo della pretesa creditoria: pertanto, anche nel caso in cui il creditore abbia ottenuto un decreto ingiuntivo definitivo a suo favore, che preveda l'ingiunzione di pagare gli interessi con le modalità di cui al d.lgs. cit., la pretesa per gli interessi trova pur sempre un limite oggettivo di legge quando venga esercitata nei confronti di una procedura concorsuale;
- fermo restando il giudicato del decreto ingiuntivo nei confronti del debitore tornato successivamente *in bonis* o di altri eventuali terzi condebitori (es. fideiussore);
- tale interpretazione è supportata dalla considerazione che la definitività del decreto ingiuntivo non poteva (prima dell'apertura della procedura) essere impedita dal debitore, mediante opposizione, per questo specifico motivo, che non lo riguardava, né avrebbe potuto impedirla il curatore, perché non era stato ancora nominato, quindi il giudicato sul punto specifico si è ben formato nei confronti del debitore, ma non anche del curatore;
- in altre parole, il decreto ing. definitivo non estende la sua efficacia, per la parte relativa agli interessi previsti dal D.Lgs. n. 231/2002, alle procedure concorsuali, in virtù di una precisa disposizione di legge, la quale si applica a prescindere dal titolo (convenzionale o giudiziale) della pretesa creditoria;
- sotto altro profilo, la norma riguarda sia gli interessi scaduti prima della apertura della procedura concorsuale, sia quelli che maturano dopo, in quanto essa usa l'espressione "*debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore*", e quindi si applica a tutti i crediti sorti nei confronti di un debitore fallito, anche privilegiati, prima e dopo la dichiarazione di fallimento, considerato che la disciplina degli interessi in ambito fallimentare è esaustivamente contenuta negli artt. 54 e 55 L.F., ed è volta ad assicurare indistintamente la *par condicio omnium creditorum*, e che, comunque, nel corso della procedura fallimentare non si può configurare una responsabilità per ritardo del debitore fallito;

La *voluntas legis* è dunque nel senso di evitare che le norme sulla lotta ai pagamenti eseguiti in ritardo possano incidere sulla disciplina del concorso fra creditori ammessi al passivo del fallimento, e ciò in via generale, non solo con riferimento alla fase posteriore all'avvenuto accertamento del credito, bensì, necessariamente, anche con riguardo a quella, anteriore, della verifica del passivo.

Si consideri inoltre che: a) la norma non distingue se ci sia o no il titolo esecutivo; b) se c'è, esso varrà senz'altro nei confronti dei coobbligati e del debitore tornato *in bonis*; c) il curatore è terzo e non era in carica quando si è formato il titolo, dunque non poteva far valere la norma di esenzione per farne escludere l'applicazione al fallimento; d) si tratta appunto di una norma di esenzione, che esclude i fallimenti *tout court* dalla sua portata; e) di conseguenza, neppure il d. ing. definitivo dovrebbe essere di ostacolo all'esclusione di questa quota di interessi dallo stato passivo, che nulla hanno a che fare con il concorso, comunque si pongano, per espressa volontà legislativa; f) se non ci fosse la norma di esenzione, il decreto ing. produrrebbe l'ammissione al passivo degli interessi fino al fallimento o oltre (se privilegiati) senza alcuna differenza rispetto agli interessi-base; g) la stessa cosa avverrebbe senza decreto.

In sostanza, il titolo esecutivo rende indiscutibile la pretesa per il debitore ed i coobbligati, ma non per il terzo curatore, espressamente esentato. Dunque, se un senso deve avere, la norma deve operare con o senza titolo esecutivo.

Si aggiunga che questi interessi hanno natura risarcitoria/sanzionatoria e quindi essere ammessi al passivo, per il principio di cristallizzazione del patrimonio concorsuale, debbono essere stati domandati giudizialmente prima dell'apertura del concorso.

Senza titolo esecutivo formatosi anteriormente, o senza una domanda giudiziale anteriormente notificata, essi non verrebbero ammessi, anche in assenza di norma esentatrice, la quale dunque serve ad escluderli proprio in presenza, e maggiormente, di un titolo esecutivo o di una domanda giudiziale anteriori, cioè proprio nei casi di pretesa già cristallizzata.

Altrimenti non servirebbe.

Potius ut valeat, quam ut pereat.

Ritiene conclusivamente il collegio di non aderire all'orientamento che valorizza il dato temporale e che si impernia sulla distinzione fra interessi pre e post fallimentari poiché il precetto dell'art. 1 D.Lgs.

231/2002 è chiaro nella sua portata, estesa a tutti gli interessi sia che essi siano maturati prima della dichiarazione di fallimento sia che essi maturino dopo l'apertura della procedura concorsuale.

La norma, infatti, prevede un ambito di non applicazione delle disposizioni contenute nel decreto legislativo nei confronti non tanto di taluni interessi quanto piuttosto di "debiti", oggetto "di procedure concorsuali aperte a carico del debitore comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito".

In sostanza, nel caso di concorso di creditori, l'obbligazione, sorta nei confronti di un debitore sottoposto a procedura concorsuale, non è più disciplinata dalle disposizioni del decreto legislativo 231/02 e in particolare, non è più riconoscibile che tale obbligazione, se di natura pecuniaria, certa e liquida, possa generare interessi al saggio di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 231/2002.

Va infatti evidenziato che nella procedura concorsuale fallimentare gli interessi sono soggetti ad autonoma disciplina prevista dagli artt. 54 e 55 L.F. e il limite (relativo all'ambito di applicazione del saggio degli interessi di cui al D.Lgs. n. 231/2002) posto dall'art. 1 del D.Lgs. n. 231/2002 si pone proprio in armonia con il sistema normativo italiano vigente in materia concorsuale (che è disciplina di rilievo pubblicistico).

In conclusione, con il fallimento il debito, contratto da soggetto poi sottoposto a procedura concorsuale, subisce una mutazione che determina il venir meno del presupposto per l'applicazione del maggior saggio per la mora di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231/2002.

Con riferimento al caso di specie, ritiene il Collegio che la portata limitativa dell'ambito di operatività del D.Lgs. n. 231/2002 posta dall'art. 1 D.Lgs. n. 231/2002 non venga scalfita dal giudicato ossia da un titolo giudiziale definitivo che il creditore abbia conseguito ante fallimento.

Il giudicato, infatti, ai sensi dell'art. 2919 c.c. "*fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*".

Orbene in sede di formazione dello stato passivo del fallimento si manifesta un conflitto tra i terzi creditori (che chiedono di insinuarsi al passivo) ed il curatore che, in sede di verifica dei crediti, agisce proprio a tutela dell'interesse terzo della massa dei creditori già ammessi che diventano concorrenti.

Pertanto, poiché il curatore in sede di accertamento del passivo non agisce "*utendo iuribus*" del fallito ma a tutela dell'interesse terzo della massa dei creditori concorrenti ammessi, non gli può essere opposto il giudicato formatosi prima della dichiarazione di fallimento (tra il singolo creditore e il fallito) sulla misura degli interessi, fattispecie che è invece regolata dagli artt. 54 e 55 L.F.

E proprio l'art. 1 D.Lgs. laddove recita: "*...Le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito; acquista significato solo ed in quanto espressione dei principi ricavabili dal suindicato quadro normativo che consente agevolmente di superare l'eccezione di giudicato sul punto misura degli interessi*".

Diversamente opinando, alla luce dei limiti posti dagli artt. 54, 55 L.F. e dall'art. 1 D.Lgs. n. 231/2002, con l'ammissione al passivo degli interessi nella misura di cui al D.Lgs. n. 231/2002 (solo perché coperti dal giudicato che si è formato prima del fallimento) anziché in quella di legge e nei limiti di cui agli artt. 54 e 55 L.F. si verrebbe a creare in sede di accertamento del passivo una ingiustificata disparità di trattamento tra creditori ammessi, in quanto si consentirebbe che il curatore, in sede di verifica del passivo, possa di volta in volta qualificarsi come legittimato alla stregua dei creditori terzi (che sono titolari di una posizione giuridica di soggetti terzi rispetto al fallito) ovvero come legittimato alla stregua del debitore (vale a dire "*utendo iuribus*" del fallito) ed ammettere gli interessi ora nella misura di legge ora nella misura stabilita dal D.Lgs. n. 231/2002 così violando quanto previsto dall'art.1 dello stesso D.Lgs. n. 231/2002 (ribadiamo, violazione che verrebbe posta in essere soltanto perché la misura degli interessi del debito è "coperta" dal giudicato che tuttavia non si è formato nei confronti del curatore che nell'accertamento del passivo opera quale rappresentante degli interessi di un terzo che è la massa dei creditori ammessi).

Va chiarito, comunque, che non viene posto in discussione il giudicato sulla misura degli interessi che, eccettuata la parentesi del fallimento del debitore, conserva efficacia nei confronti del debitore fallito tornato *in bonis* nonché degli eventuali fideiussori e garanti.

In pratica si ritiene che il giudicato in forza di quanto stabilito dall'art.1 D.Lgs. n. 231/2002 subisca una mera limitazione temporale e soggettiva, a livello di inesigibilità relativa (come avviene per la quota degli interessi divenuti *pro tempore* usurari per effetto delle oscillazioni del tasso soglia), in forza della norma di

legge (di rilievo pubblicistico) che espressamente eccettua le procedure concorsuali dal novero dei destinatari di tale debenza.

L'opposizione va pertanto rigettata.

Il contrasto di giurisprudenza sulla questione oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

visto l'art. 99 L.F.;

ogni altra istanza rigettata;

rigetta l'opposizione e per l'effetto conferma il provvedimento impugnato;

compensa le spese processuali.

Si comunichi.

Vicenza, 5 settembre 2019

* * *

IL CASO

Con il decreto/sentenza in commento il Tribunale di Vicenza si pronuncia in tema di ammissione allo stato passivo di una procedura concorsuale di fallimento degli interessi di mora di cui al D.Lgs. n. 231/2002 maturati prima della dichiarazione di fallimento del debitore, o comunque dall'assoggettamento a diversa procedura concorsuale.

La fattispecie sottoposta all'attenzione del Tribunale riguarda un'opposizione allo stato passivo promossa da un creditore Alfa di una società fallita Beta ex art. 98 L.F., cui, in sede di ammissione al passivo ex art. 93 L.F. non sarebbero stati riconosciuti gli interessi di mora maturati prima della dichiarazione di fallimento del debitore, seppur portati da un titolo giudiziale definitivo, id est un decreto ingiuntivo passato in giudicato prima del fallimento dell'ingiunto.

Ebbene, il Tribunale, dopo aver premesso che l'art. 1, secondo comma, lett. a) del D.Lgs. n. 231/2002, secondo cui le disposizioni normative in materia di lotta ai ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali "non trovano applicazione per debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore", ha portata applicativa generalizzata, ossia estesa a tutti gli interessi, sia che essi siano maturati prima della dichiarazione di fallimento sia che essi maturino dopo l'apertura della procedura concorsuale, e che "l'esclusione di cui all'art. 1, co. 2, lettera a) del D.Lgs. n. 231/2002 si deve presumere che abbia valenza oggettiva e che si riferisca alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore, a prescindere dal titolo convenzionale o giudiziale della pretesa creditoria", ha rigettato l'opposizione svolta da Alfa, con conseguente esclusione del credito per interessi di mora dal passivo fallimentare di Beta.

COMMENTO

Con la pronuncia in esame, il Tribunale vicentino, sulla scorta di un'interpretazione letterale della portata applicativa della previsione di cui all'art. 1, comma secondo, lett. a), del D.Lgs. n. 231/2002, assume una posizione assai distante, di spaccatura, rispetto a quella più volte assunta dalla giurisprudenza, anche recente, e soprattutto di legittimità, con riferimento all'ammissione al passivo fallimentare degli interessi di mora maturati prima della dichiarazione di fallimento del debitore.

Secondo il Giudice di Vicenza il precetto contenuto nell'art. 1, comma secondo, lett. a), del D.Lgs. n. 231/2002, a mente del quale "le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore", andrebbe inteso nel senso che la norma faccia riferimento agli interessi di mora già maturati, ossia maturati prima dell'assoggettamento del debitore a procedura concorsuale, e non anche a quelli maturati dopo, atteso che quest'ultimi non maturerebbero in ragione di quanto previsto dall'art. 55 L.F.

Per il Tribunale di Vicenza, pertanto, ed in ragione di un necessario coordinamento tra quanto previsto dall'art. 1 del D.Lgs. n. 231/2002 e dell'art. 55 L.F., in ipotesi di fallimento del debitore, al suo creditore non sono mai dovuti gli interessi di mora, né quelli maturati prima, né quelli maturati dopo l'apertura della procedura.

Detti interessi non sarebbero dovuti, né prima né dopo, anche qualora il titolo fatto valere dal creditore in sede di ammissione al passivo sia definitivo.

Secondo la decisione in commento, infatti, gli interessi di mora maturati prima della dichiarazione di fallimento del debitore non spetterebbero al creditore stante la portata applicativa di natura oggettiva dell'art. 1, secondo comma, lett. a) del D.Lgs. n. 231/2002, estesa cioè a tutti i debiti contratti dal debitore poi fallito, a prescindere dal titolo su cui sono fondati, sia esso stragiudiziale o giudiziale, e in quest'ultimo caso anche se definitivo per l'inopponibilità di esso ex art. 2919 c.c. nei confronti del Curatore quale soggetto terzo rispetto al fallito, mentre gli interessi post fallimentari, a loro volta, in virtù della previsione di cui agli artt. 54 e 55 non possono che essere ammessi solo nella misura legale e, peraltro, limitatamente ai soli crediti privilegiati.

Per una migliore comprensione della vicenda appare quindi opportuno chiarire la portata applicativa della normativa dettata dal Legislatore in materia di lotta ai ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali ed in particolare la ratio sottesa alla medesima.

Il D.Lgs. 231/2002, come noto, disciplina la maturazione degli interessi moratori relativamente a rapporti di credito/debito traenti origine da "transazioni commerciali", con ambito di applicazione definito e limitato dagli artt. 1 e 2¹. La normativa in esame, laddove concretamente applicabile, in quanto avente carattere speciale, deroga così alla disciplina codicistica (avente carattere generale) in ambito di mora del debitore, inerente alle modalità di decorso e la misura del tasso di interesse². In particolare, l'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 231/2002 prevede la decorrenza degli interessi di mora commerciali sin dal giorno successivo alla scadenza dell'obbligazione e senza obbligo di preventiva messa in mora da parte del creditore, decorrendo gli stessi ipso iure. Inoltre, il tasso di interesse ex art. 5 D.Lgs. n. 231/2002 risulta significativamente maggiorato.

L'obiettivo della normativa de qua, adottata in attuazione alla Direttiva 2000/35/CE, è infatti quello, da un lato, di disincentivare pratiche scorrette di sistematico ritardo nel pagamento delle transazioni commerciali tra imprese e, dall'altro, di compensare (grazie al tasso di interesse maggiorato) gli eventuali costi ed interessi passivi che il creditore abbia a sostenere per il ricorso ad aperture di linee di credito per poter fare fronte alla mancanza di liquidità dovuta al ritardo nella riscossione dei propri crediti.

Una delle questioni di non poco conto che si sono poste all'indomani dell'entrata in vigore della sopracitata normativa è stata la corretta interpretazione del disposto di cui all'art. 1, comma secondo, lett. a). Più precisamente, i dubbi hanno riguardato l'ammissione al passivo della procedura di fallimento, e più in generale di una qualunque procedura concorsuale

¹ Art. 1, Ambito di applicazione: "1. Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale. 2. Le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito; b) pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore"; Art. 2 Definizioni "1. Ai fini del presente decreto si intende per: a) "transazioni commerciali": i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo; b) "pubblica amministrazione": le amministrazioni di cui all'articolo 3, comma 25, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e ogni altro soggetto, allorché svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) "imprenditore": ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione; d) "interessi moratori": interessi legali di mora ovvero interessi ad un tasso concordato tra imprese; e) "interessi legali di mora": interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali; f) "tasso di riferimento": il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali; g) "importo dovuto": la somma che avrebbe dovuto essere pagata entro il termine contrattuale o legale di pagamento, comprese le imposte, i dazi, le tasse o gli oneri applicabili indicati nella fattura o nella richiesta equivalente di pagamento".

² Secondo la disciplina codicistica di cui all'art. 1219 e ss. c.c., il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, conseguente all'inosservanza del termine per l'adempimento, dà luogo ad una provvisoria inesecuzione della prestazione che può sfociare in un adempimento tardivo o in un inadempimento definitivo (ad es., la prestazione è divenuta impossibile, è scaduto il termine essenziale o il ritardo è diventato obiettivamente intollerabile). In mancanza di una causa che renda l'inadempimento definitivo, l'infruttuosa scadenza del termine di adempimento non impedisce, normalmente, l'adempimento dell'obbligazione e non legittima, pertanto, il rifiuto della prestazione eseguita con ritardo (salvo il diritto del creditore al risarcimento del danno). Il ritardo indica l'inosservanza del termine, che può non essere imputabile al debitore (ad es., il creditore non accetta la prestazione legittimamente offerta dal debitore) oppure può essere imputabile al debitore, ossia dovuto a un suo comportamento doloso o colposo. La mora indica, appunto, il ritardo imputabile al debitore. È il rimedio previsto dall'ordinamento per l'ipotesi di ritardo nell'adempimento della prestazione da parte del debitore. In tal caso, infatti, il creditore, con un atto formale (intimazione o richiesta fatta per iscritto), mette in mora il debitore, il quale ex art. 1221 e ss. del c.c.: - dovrà risarcire il danno derivante dal ritardo; - dovrà corrispondere gli interessi moratori; - sarà gravato dal rischio del perimento della cosa, anche se l'impossibilità non dipende da causa a lui imputabile. I presupposti della mora sono: a. l'esigibilità del credito, che deve essere scaduto; b. l'intimazione formale ad adempiere; c. l'inadempimento ingiustificato da parte del debitore. Cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, 441; BRECCIA, *Le obbligazioni*, *Tr. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 595; BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2018.

di gestione delle crisi di impresa, degli interessi moratori commerciali relativi al periodo antecedente la dichiarazione di insolvenza del debitore.

Problema che, naturalmente, non si è posto con riferimento agli interessi maturati successivamente, atteso che la normativa fallimentare espressamente prevede la sospensione della maturazione degli stessi a far data dalla dichiarazione di insolvenza del debitore ex art. 55 L.F.³.

Ebbene, sul punto si sono formati due diversi orientamenti.

Secondo una prima tesi⁴, assai restrittiva e negativa, cui aderisce la sentenza in commento, l'interpretazione letterale della norma non lascerebbe adito ad alcun dubbio: in ipotesi di debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, la disciplina speciale del D.Lgs. 231/2002 non si applica, con conseguente applicazione delle regole generali dettate dal codice civile sia in termini di decorso che di tasso di interesse.

I fautori di tale tesi, muovendo unicamente dal dato letterale della disposizione, concludono nel senso della non applicabilità tout court della normativa alle procedure concorsuali, ritenendo che la disposizione contenuta nell'art. 1, secondo comma, lett. a), del D.Lgs. n. 231/2002, la quale prevede la non applicazione della speciale normativa sulle transazioni commerciali ai "debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore", andrebbe intesa, per quanto riguarda il tasso di interesse applicabile, nel senso che l'esclusione riguarda tutti gli interessi maturati anche prima della dichiarazione di fallimento.

A fronte del fallimento del debitore viene negato al creditore il diritto a poter beneficiare della disciplina speciale e, soprattutto, del tasso di interessi maggiorato, vedendosi riconosciuti (solo per il periodo antecedente all'apertura della procedura) interessi unicamente nella misura legale ex art. 1284 c.c.

Tra i sostenitori della tesi restrittiva non sono però mancate delle pronunce in cui venivano considerati ammissibili al passivo gli interessi calcolati secondo il decreto legislativo citato solamente laddove questi fossero stati oggetto di liquidazione con titolo giudiziale passato in giudicato.

In sostanza, la cristallizzazione degli interessi nella misura del tasso di mora commerciale nel provvedimento giudiziale, divenuto cosa giudicata, non veniva rimessa in discussione in sede di ammissione al passivo, sulla base del richiamo ai principi in tema di giudicato⁵.

Senonché, neppure sulla salvezza degli interessi moratori commerciali riconosciuti con provvedimento passato in giudicato, la giurisprudenza di merito si è dimostrata sempre concorde, potendo rinvenirsi sia pronunce favorevoli al riconoscimento dei tassi maggiorati in caso di giudicato, che pronunce invece contrarie, per cui il divieto di riconoscimento degli interessi

³ Ai sensi di tale norma: "La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente. I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento. I crediti condizionali partecipano al concorso, a norma degli articoli 96, 113 e 113 bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale". La norma enuncia la regola, di carattere generale, della sospensione degli interessi, siano essi legali o convenzionali, corrispettivi, compensativi o moratori, sui crediti chirografari. Gli interessi continuano a decorrere senza alcuna sospensione nei rapporti tra debitore e singoli creditori, e cioè fuori dal fallimento, e possono essere pretesi da quest'ultimi in caso di revoca del fallimento ovvero dopo la chiusura del medesimo ex art. 120 L.F., salvi i casi di concordato fallimentare e preventivo che determinano la definitiva estinzione delle obbligazioni del debitore, o anche di esdebitazione del fallito ex art. 142 e ss. L.F. La dottrina suole giustificare la sospensione degli interessi come effetto della c.d. cristallizzazione della massa passiva dalla data di dichiarazione di fallimento, cfr. DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988.

⁴ Cfr. APICE – MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 125; SINISI – TRONCONE, *Gli interessi e la rivalutazione monetaria*, Milano, 2012, 406.

⁵ Cfr. Trib. Pescara, 10 febbraio 2009, in www.ilcaso.it ha negato il riconoscimento agli interessi moratori ex D.Lgs. n. 231/2002 maturati sino alla declaratoria di fallimento, salvo che gli stessi non siano stati già liquidati con titolo giudiziario passato in giudicato: "La disposizione contenuta nell'art. 1 del D.Lgs. n. 231/2002, il quale prevede la non applicazione della speciale normativa sulle transazioni commerciali ai "debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore" deve essere intesa, per quanto riguarda il tasso di interesse applicabile, nel senso che l'esclusione riguarda gli interessi maturati fino alla dichiarazione di fallimento; il tasso non potrà, quindi, essere determinato ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. citato, a meno che gli interessi in questione non siano stati liquidati con provvedimento giudiziario passato in giudicato"; conforme Trib. Mantova, 13 maggio 2014, in www.ilcaso.it: "La previsione dell'art. 1 del D.Lgs. n. 231/2002 [omissis] deve essere interpretata nel senso che deve escludersi in sede fallimentare il debito per interessi di mora al tasso cosiddetto commerciale, potendo quindi il creditore essere ammesso al passivo del fallimento per gli interessi sui crediti commerciali scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento solo nei limiti del tasso legale di cui all'art. 1284 c.c., fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui la debenza di detti interessi sia affermata da un titolo giudiziale passato in giudicato".

In dottrina cfr. PERRINO, *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro Sandulli Santoro, Torino, 2010, 820.

moratori commerciali in caso di apertura di procedura concorsuale opera sempre e comunque e nonostante eventuali precedenti titoli giudiziali di liquidazione passati in giudicato.

Difatti il Tribunale di Vicenza, con la pronuncia in commento, ha affermato che “Va infatti evidenziato che nella procedura concorsuale fallimentare gli interessi sono soggetti ad autonoma disciplina prevista dagli artt. 54 e 55 L.F. e il limite (relativo all’ambito di applicazione del saggio degli interessi di cui al D.Lgs. n. 231/2002) posto dall’art. 1 del D.Lgs. n. 231/2002 si pone proprio in armonia con il sistema normativo italiano vigente in materia concorsuale (che è disciplina di rilievo pubblicistico). In conclusione con il fallimento il debito, contratto da soggetto poi sottoposto a procedura concorsuale, subisce una mutazione che determina il venir meno del presupposto per l’applicazione del maggior saggio per la mora di cui all’art. 5 del D.Lgs. n. 231/2002. Con riferimento al caso di specie, ritiene il Collegio che la portata limitativa dell’ambito di operatività del D.Lgs. n. 231/2002 posta dall’art. 1 D.Lgs. n. 231/2002 non venga scalfita dal giudicato ossia da un titolo giudiziale definitivo che il creditore abbia conseguito ante fallimento. Il giudicato, infatti, ai sensi dell’art. 2919 c.c. “fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”. Orbene in sede di formazione dello stato passivo del fallimento si manifesta un conflitto tra i terzi creditori (che chiedono di insinuarsi al passivo) ed il curatore che, in sede di verifica dei crediti, agisce proprio a tutela dell’interesse terzo della massa dei creditori già ammessi che diventano concorrenti”⁶.

Il Tribunale di Vicenza aderisce quindi all’orientamento che nega riconoscimento agli interessi moratori commerciali, sia per il periodo antecedente che successivo alla apertura della procedura concorsuale, prevedendo invece che gli interessi siano regolati unicamente dalla disciplina di cui agli artt. 54 e 55 L.F. posto che la materia concorsuale ha rilevanza pubblicistica. Il debito muterebbe natura e verrebbe meno qualsivoglia applicazione della normativa in tema di transazioni commerciali.

Al contempo, sempre secondo la pronuncia in commento, l’esclusione della operatività del D.Lgs. n. 231/2002 non sarebbe neppure toccata dall’intervenuto passaggio in giudicato di un titolo che riconosca gli interessi secondo il tasso di mora commerciale.

Il giudicato, infatti, potendo esplicitare i propri effetti solo nei confronti delle parti, eredi ed aventi causa, non sarebbe opponibile al curatore fallimentare, da considerarsi nella fase di accertamento del passivo quale terzo rispetto al fallito. Il creditore munito di un titolo passato in giudicato, che abbia accertato il suo diritto alla corresponsione di interessi moratori commerciali, secondo tale tesi, vedrebbe comunque frustrato il proprio diritto a seguito della apertura della procedura, potendo al massimo fare valere il giudicato o nei confronti del fallito (eventualmente tornato in bonis) oppure nei confronti di eventuali fideiussori e garanti.

La tesi negativa sopra richiamata è stata però più volte, ed anche recentemente, sconfessata dalla Suprema Corte, secondo cui al creditore del debitore poi fallito devono essere riconosciuti gli interessi moratori ex D.Lgs. n. 231/2002 come maturati dal dì del dovuto sino alla dichiarazione di fallimento, mentre per il periodo successivo gli interessi non sono dovuti⁷.

⁶ Sul punto, si richiama anche un precedente decreto del Tribunale di Vicenza del 28 novembre 2013 (in *Fallimenti e Società.it.*) per cui il giudicato formatosi prima della dichiarazione di fallimento tra il creditore ed il fallito, con cui è stata riconosciuta a favore del creditore la liquidazione degli interessi di mora commerciali, non sarebbe opponibile al curatore, terzo rispetto al giudicato stesso.

⁷ Cfr. Trib. Milano, 21 gennaio 2008, in *www.ilcaso.it*, secondo cui “Con il D.Lgs. n. 231/02 il legislatore ha dato applicazione nel nostro ordinamento alla direttiva europea adottata in materia di lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali. L’art. 1 del citato decreto delimita l’ambito di applicazione del decreto ad “ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale”. E’ previsto che tale disposizione non si applichi “ai debiti oggetto di procedura concorsuali aperte a carico del debitore”. Appare indubbio che gli interessi non siano dovuti per il periodo successivo all’apertura della procedura concorsuale e, coerentemente, il ricorrente ha formulato la propria domanda limitando la richiesta del riconoscimento degli interessi dalla data di scadenza delle fatture fino al fallimento. Viceversa prima della dichiarazione di fallimento, le obbligazioni contratte dal debitore producono, ai sensi dell’art. 4 del citato decreto, interessi moratori automaticamente, senza necessità di formale messa in mora, dal primo giorno successivo al mancato pagamento. Proprio la ratio della normativa esaminata è stata quella di approntare una più efficace tutela a fronte dei ritardi nell’adempimento delle transazioni commerciali sicché alla produzione degli interessi dipendenti corrisponde il perfezionarsi del diritto alla obbligazione accessoria. La natura sostanziale della norma esaminata e il suo tenore letterale non consentono una interpretazione tale da condurre all’affermazione di una inopponibilità alla massa dei crediti di interessi moratori da obbligazione pecuniaria già maturati”. Tesi riaffermata e meglio precisata, sempre dal Giudice meneghino, anche in tempi recenti: “La ricorrente si duole poi dell’ammissione al passivo degli interessi calcolati al saggio previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2002. Detti interessi decorrono, per i debiti contratti nell’ambito delle transazioni commerciali individuate dall’art.2 della legge citata, in modo automatico dalla data della scadenza dell’obbligazione, senza necessità di previa costituzione in mora, avendo il legislatore inteso

Secondo la Suprema Corte⁸ questa sola è la corretta interpretazione della portata applicativa sotto il profilo temporale dell'art. 1, secondo comma, lett. a) della suindicata Legge, poiché rispondente alle finalità prefissate dal Legislatore Comunitario con la Direttiva 2000/35/CE, ossia la lotta ai ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali nell'ottica del buon funzionamento del mercato interno comunitario. La finalità di tale Direttiva, a cui il D.Lgs. n. 231/2002 si propone di dare attuazione, è all'evidenza quella di contrastare condotte di rinvio dei pagamenti, adottate come tecnica finanziaria di gestione delle esposizioni debitorie dell'impresa, e ciò al fine di evitare i riflessi a cascata sull'economia europea in termini non solo di maggiori oneri finanziari e amministrativi per le imprese creditrici, ma anche di creazione di rischi di insolvenza e di perdita dei rapporti di lavoro. Il disposto della norma nazionale in commento, di attuazione della Direttiva, deve perciò essere interpretato alla luce proprio delle suindicate finalità perseguite in ambito comunitario. Il riconoscimento della maturazione degli interessi - che si acquistano giorno per giorno ex art. 821 c.c. e ai saggi previsti dal D.Lgs. n. 231/2002, artt. 4 e 5, in ragione della morosità dell'imprenditore fino all'apertura del concorso - rimane del tutto coerente con le finalità della direttiva sopra indicate. Il disposto del D.Lgs. n. 231/2002, art. 1, comma 2, lett. a), deve poi essere inteso come un'eccezione rispetto alla regola generale giustificata dal fatto che, una volta aperto il concorso, il pagamento trova causa non più nel fenomeno di procrastinazione dei pagamenti che la Direttiva europea si riprometteva di contrastare, ma nell'esigenza di dare regolare sviluppo alla procedura concorsuale nell'interesse di tutti i creditori. La speciale disciplina riservata dal D.Lgs. n. 231/2002 alle procedure concorsuali è perciò finalizzata a una gestione dei diritti acquisiti al momento dell'apertura del concorso nell'ottica di salvaguardare la par condicio creditorum. Una lettura che anticipasse la disapplicazione dei tassi cd. commerciali a un'epoca anteriore al fallimento priverebbe invece i creditori concorsuali di un diritto ormai maturato al momento dell'apertura del concorso. Per quanto sopra, quindi, la Corte ha affermato che "il peculiare statuto dei crediti nati nelle transazioni commerciali tra imprese imposto dal diritto comunitario, i cui interessi si producono automaticamente e senza la necessità formale della messa in mora del debitore secondo il meccanismo previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 4, ha natura speciale rispetto alle preesistenti disposizioni comuni nel diritto concorsuale (gli artt. 54 e 55 L.Fall.) e non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune che si pongano in contrasto con il principio di effettività della normativa europea [...]. Occorre pertanto ribadire in questa sede i principi già affermati dalla giurisprudenza di questa corte secondo cui il D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 1, comma 2, lett. a), il quale stabilisce l'inapplicabilità delle disposizioni dettate dal medesimo decreto per i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, deve essere interpretato nel senso che, conformemente alla regola dettata in via generale dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 55, l'esclusione del tasso d'interesse maggiorato previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2002, artt. 4 e 5, opera soltanto a decorrere dalla data della dichiarazione di fallimento, fermo restando il diritto al riconoscimento di quelli già maturati in epoca anteriore all'accertamento dello stato d'insolvenza del debitore (cfr. Cass. 8/2/2017 n. 3300; Cass. 5/6/2016 n. 8979); il Giudice delegato, in mancanza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a titolo di interessi moratori, dovrà compiere l'accertamento dell'ammontare degli interessi maturati in sede di ammissione al passivo del credito, secondo le regole stabilite dalla legge speciale, attuativa della direttiva comunitaria menzionata".

In sintesi, l'art. 1, D.Lgs. n. 231/2002 non esclude la maturazione degli interessi oggetto del medesimo Decreto (rectius, il diritto al loro riconoscimento in sede fallimentare), se non limitatamente a quelli maturati successivamente alla dichiarazione di fallimento dell'impresa debitrice. Per gli Ermellini una diversa interpretazione comporterebbe una abrogazione della normativa comunitaria, contraria al principio di effettività del diritto comunitario⁹.

rafforzare la tutela del creditore e gli strumenti di "lotta contro i ritardi nei pagamenti" anche con la previsione dell'automaticità della decorrenza degli interessi ad un saggio più elevato di quello legale. Ed è proprio l'automatismo previsto dalla norma insieme alla regola generale posta dall'art. 821 c.c., secondo cui gli interessi maturano giorno per giorno, a far ritenere che, ove il rapporto negoziale sottostante consenta l'applicazione del decreto legislativo citato, la sopravvenuta dichiarazione di fallimento non possa incidere su un diritto ormai quesito, qual è quello ad ottenere oltre che il pagamento del capitale, anche degli accessori maturati tra il momento della scadenza dell'obbligazione cd il fallimento. Si ammetterebbe altrimenti un'efficacia retroattiva della sentenza dichiarativa di fallimento che può invece esistere solo ove espressamente prevista dalla legge", Trib. Milano, 26 agosto 2014, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁸ Cass. civ., 6 giugno 2018, n. 14637, in *CED Cassazione*, 2018.

⁹ Cfr. Cass. civ., 31 ottobre 2018, n. 27930 in *Fallimento*, 2019, 240 secondo cui "Il motivo è fondato, alla luce del recente consolidarsi dell'orientamento di questa Corte per cui il D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 1, comma 2, lett. a), (con cui è stata data attuazione alla Direttiva 2000/35/CE) - a norma del quale "le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: a) debiti oggetto di procedura concorsuale aperta a carico del debitore" - deve essere interpretato nel senso che, conformemente alla regola dettata in via

Da ciò consegue, per la Corte di Cassazione, che gli interessi moratori commerciali debbano essere riconosciuti per il periodo precedente l'apertura della procedura concorsuale del debitore e, qualora manchi una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a tale titolo, spetterà al giudice delegato ai fallimenti compiere detto accertamento in sede di ammissione al passivo del credito, secondo le regole stabilite dalla legge speciale, attuativa della direttiva comunitaria citata.

L'inciso per cui le disposizioni del D.Lgs. n. 231/2002 non trovano applicazione per i debiti oggetto di procedure aperte a carico del debitore, va dunque interpretato nel seguente modo per gli interessi relativi a crediti da transazioni commerciali:

a) sino alla apertura della procedura concorsuale gli interessi vanno calcolati secondo il tasso previsto dal D.Lgs. n. 231/2002 e sono riconosciuti al creditore indipendentemente dal fatto che sia già intervenuto un titolo passato in giudicato.

b) successivamente alla apertura della procedura concorsuale si deve distinguere: i) se relativi a crediti chirografari opera la sospensione del loro decorso ex artt. 54 e 55 L.F.; ii) se relativi a crediti privilegiati questi continueranno a decorrere, ma verranno calcolati non secondo la disciplina speciale ex D.Lgs. n. 231/2002, bensì secondo il combinato disposto di cui agli artt. 54 e 55 comma 3 L.F.

Avv. Nello D'Agostino
nello.dagostino@munaricavani.it

generale dalla L. Fall., art. 55, l'esclusione del tasso d'interesse maggiorato previsto dagli artt. 4 e 5, del D.Lgs. cit. opera soltanto a decorrere dalla data della dichiarazione di fallimento, fermo restando il diritto al riconoscimento di quelli già maturati in epoca anteriore all'accertamento dello stato d'insolvenza del debitore (Cass. n. 8979/2016, n. 3300/2017; conf. da ultimo, Cass. Sez. I, Ordinanza 06/06/2018, n. 14637 - ud.15/03/2018). Può dunque ritenersi superato il diverso orientamento che interpretava la menzionata previsione nel senso che "è da escludere in sede fallimentare il debito per interessi di mora al tasso c.d. commerciale (di cui all'art. 5), potendo quindi il creditore essere ammesso al passivo del fallimento per gli interessi sui crediti commerciali scaduti anteriormente alla dichiarazione di insolvenza solo nei limiti del tasso legale di cui all'art. 1284 c.c., fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui la debenza di detti interessi sia affermata da un titolo giudiziale passato in giudicato", e ciò sul rilievo che non avrebbe avuto senso "una diversa ricostruzione dell'istituto, come delimitativo della produzione degli interessi post fallimentari, in quanto si tratta di effetto normativo già posto con la L. Fall., art. 55, con la mera instaurazione della procedura" (Cass. Sez. 1, Sentenza 18/02/2016, n. 3193); argomento cui si è replicato che la L. Fall., art. 55, mantiene comunque la sua utilità, stabilendo non solo la regola generale della sospensione del corso degli interessi, ma anche quella della scadenza anticipata dei debiti del fallito ai fini del concorso e, soprattutto, il protrarsi del decorso degli interessi per i crediti privilegiati o garantiti da pegno o ipoteca"; ed ancora Cass. civ., 5 maggio 2016, n. 8979, in CED Cassazione 2016, secondo cui "A) con riferimento all'interpretazione letterale della disposizione, il divieto di riconoscimento degli interessi al tasso maggiorato nelle ipotesi, come questa, in cui esso è dovuto, decorre - come nella generalità dei casi afferenti ai crediti chirografari - solo a decorrere dal momento della dichiarazione di fallimento, fermo restando il diritto al riconoscimento di quelli già maturati antecedentemente all'accertata insolvenza del debitore; B) infatti, tali interessi, secondo il meccanismo previsto dalla cit. L. n. 231, art. 4, si producono automaticamente e senza la necessità formale della messa in mora del debitore; C) che tale disciplina dei crediti nati nelle cd. "transazioni commerciali" tra imprese hanno un loro statuto peculiare, imposto dal diritto comunitario, che non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune; D) infatti, come questa Corte ha già affermato (Sez. 3, Sentenza n. 9862 del 2014) il principio secondo cui ogni diversa interpretazione di tali regole - nella specie, con riferimento alla misura degli interessi maturati, visto che si riconosce la misura legale di essi - si pone in contrasto con il principio di effettività del diritto comunitario ("In tema di transazioni commerciali tra soggetti domiciliati negli Stati membri dell'Unione europea, la sentenza di condanna al pagamento di interessi di mora, che indichi la sola decorrenza e non anche la natura e la misura di essi, sulla base del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, si pone in contrasto con il principio di effettività del diritto comunitario, atteso che ai sensi dell'art. 49, del Regolamento 22 dicembre 2000, n. 4412001/CE, "ratione temporis" vigente, le decisioni straniere che applicano penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se la misura sia definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine"); E) che il giudice delegato ai fallimenti, in mancanza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a titolo di interessi moratori, deve compiere detto accertamento in sede di ammissione al passivo del credito in esame, secondo le regole stabilite dalla legge speciale, attuativa della direttiva comunitaria menzionata. In conclusione, si deve disporre il giudizio camerale ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c. e art. 375 c.p.c., n. 5°. Vedi anche Cass. civ., 8 febbraio 2017, n. 3300, in CED Cassazione, 2017.