

Comitato esecutivo del 25 giugno 2019

**Punto 5 all' ODG
Attività delle Commissioni Tecniche e dei Gruppi di lavoro**

**ALLEGATO 5.2
Osservatorio della giurisprudenza in materia di factoring
2/2019**

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 2/2019

INDICE:

1. **Cassazione Civile, Sez. I, 2 maggio 2019 n. 11589.....3**
(Qualificazione causale del contratto e applicabilità della esenzione da revocatoria ex L. n. 52/1991)
2. **Tribunale di Perugia, 18 luglio 2018.....11**
(Contratti bancari autoliquidanti e cessioni di crediti: la sorte nel concordato preventivo)
3. **Corte d'Appello Venezia, 29 marzo 2019, n. 1353.....18**
(Delegazione di pagamento e adempimento del terzo: disciplina in tema di revocatoria fallimentare)
4. **Tribunale Belluno, 31 gennaio, n. 53.....28**
5. **Corte d'Appello Bari, 21 marzo 2018, n. 526.....34**
(Ancora sulla nullità dei contratti "a valle" di un'intesa restrittiva della concorrenza)

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, 2 maggio 2019, n. 11589

Contratto di *factoring* – Contratto atipico – Qualificazione causale del contratto – *Causa vendendi* – Sussistenza

(Codice Civile, artt. 1260 e ss.; L. 21 febbraio 1991, n. 52)

Il factoring è un contratto atipico complesso, il cui nucleo fondamentale prevede sempre un accordo in forza del quale un'impresa specializzata (il "factor") si obbliga ad acquistare - pro soluto o pro solvendo -, per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare. Il factor paga all'imprenditore i crediti ceduti secondo il loro importo nominale, decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata, oppure gli concede delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al factor, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate.

Contratto di *factoring* – Disciplina della cessione di crediti d'impresa – Ambito applicativo

(L. 21 febbraio 1991, n. 52, art. 1)

L'ambito di applicazione della legge 21 febbraio 1991, n. 52, resta individuato con chiarezza dall'art. 1, secondo cui la cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è disciplinata ai sensi della predetta legge quando concorrono le seguenti condizioni: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; c) il cessionario è una banca o un intermediario ai sensi del Testo Unico Bancario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa, ovvero una società di capitali che svolga attività di acquisto di crediti da soggetti del gruppo di appartenenza. Solo per le cessioni di credito prive dei requisiti suddetti resta salva l'applicazione della disciplina ordinaria.

Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Atti a titolo oneroso – Rapporto di *factoring* – Esenzione da revocatoria – Presupposti – Sussistenza

(L. Fall., art. 67, comma 2; L. 21 febbraio 1991, n. 52, art. 6)

In tema di cessione dei crediti d'impresa, i pagamenti eseguiti in favore del factor cessionario non sono revocabili, ai sensi dell'art. 6 della L. n. 52 del 1991, a condizione che il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, ovvero una società che svolga l'attività di acquisto di crediti da soggetti appartenenti al proprio gruppo che non siano intermediari finanziari, e che i crediti ceduti sorgano da contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa, restando irrilevante che la cessione sia avvenuta mediante l'erogazione di una anticipazione sul valore dei crediti ceduti.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Cassazione Civile, Sez. I, 2 maggio 2019, n. 11589**

Dott. Di Virgilio Rosa Maria
Dott. Terrusi Francesco
Dott. Nazzicone Loredana

-Presidente
-Rel. Consigliere
-Consigliere

Dott. Campese Eduardo
Dott. Amatore Roberto
ha pronunciato la seguente:

-Consigliere
-Consigliere

ORDINANZA

sul ricorso 29042/2014 proposto da:

[Alfa], in Amministrazione Straordinaria in persona dei Commissari Straordinari *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che lo rappresenta e difende unitamente all'avv. (*omissis*), giusta procura a margine del ricorso;

- *ricorrente* -

contro

[Beta], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma (*omissis*), presso lo studio dell'avv. (*omissis*), che lo rappresenta e difende unitamente all'avv. (*omissis*), giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 3721/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 05/06/2014; udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 06/02/2019 dal Cons. Dott. (*omissis*)

RILEVATO CHE

nell'agosto 2003 il tribunale di Roma, ai sensi del D. Lgs. n. 270 del 1999, art. 3, dichiarava lo stato d'insolvenza di (Alfa); con atto notificato a luglio 2008 la società in amministrazione straordinaria proponeva un'azione revocatoria, L. Fall., ex art. 67, comma 2, di pagamenti eseguiti in beneficio [Beta], per complessivi 15.142.274,48 Euro; radicatosi il contraddittorio l'adito tribunale di Roma accoglieva la domanda per la minor somma di 11.752.750,71 Euro, oltre accessori;

la sentenza veniva riformata dalla corte d'appello di Roma, su gravame della sola; in particolare la corte d'appello condivideva la doglianza con la quale la società appellante aveva obiettato che i versamenti erano relativi "a crediti d'impresa (...) ceduti alla [Beta] dalle società [Gamma] e [Delta]", con conseguente non assoggettabilità a revocatoria in base alla L. n. 52 del 1991, art. 6;

per quanto ancora rileva la corte d'appello, premesse le nozioni basilari sul *factoring*, sosteneva che quelli stipulati con le società suddette erano contratti articolati in clausole (generali e particolari) che rendevano "palese la finalità ultima, prevalente anche se non necessariamente esclusiva, di cessione (dei crediti) con possibilità di eventuali anticipazioni del corrispettivo"; talchè appariva sussistere "la piena coerenza della complessiva evoluzione del rapporto con l'intento delle parti volto all'effettivo definitivo trasferimento dei crediti d'impresa dal fornitore cedente al factor"; per la cassazione della sentenza, depositata il 5-6-2014 e non notificata, ha proposto ricorso la società [Alfa] in amministrazione straordinaria, articolando quattro motivi;

[Beta] ha replicato con controricorso;
le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO CHE:

I. - coi primi tre motivi di ricorso, tra loro connessi e suscettibili di unitario esame, la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di molteplici norme del codice civile (gli artt. 1322 e segg., artt. 1362 e segg., artt. 1260, 1266, 1267, 1185 e segg.), della L. n. 52 del 1991, art. 6 e successive modificazioni, della L. Fall., art. 67, comma 2 e degli artt. 115 e 116 c.p.c.;

nella sostanza lamenta che la corte d'appello abbia delineato la fattispecie contrattuale astratta del *factoring* senza alcuno specifico riferimento al contenuto effettivo e alle clausole dei contratti esaminati, a fronte del fatto che, invece, l'assetto negoziale effettivo e le singole prestazioni previste nei contratti medesimi erano del tutto incompatibili con la funzione di scambio; a dire della ricorrente gli anticipi previsti dai contratti avevano assolto la diversa funzione di finanziamento, mentre le cessioni avevano avuto il fine di garanzia onde dotare [Beta] della legittimazione occorrente all'esercizio dei diritti verso i terzi; sicché la corte d'appello avrebbe dovuto ricostruire la volontà delle parti nella conformazione del contratto sulla base dell'interpretazione delle distinte clausole, alla luce dei criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 e 1363 c.c. e fornendo in proposito adeguata motivazione;

II. - i motivi sono inammissibili; la L. 21 febbraio 1991, n. 52, recante "Disciplina della cessione dei crediti di impresa", prevede, all'art. 6, che "il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non è soggetto alla revocatoria prevista dall'art. 67 del testo delle disposizioni sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione

controllata e della liquidazione coatta amministrativa, approvato con R.D. 16 marzo 1942, n. 267"; tuttavia "*tale azione può essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore trovi che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario*";

nel caso di specie la corte d'appello ha posto a base della decisione la circostanza che i pagamenti di cui si discute erano stati eseguiti nel contesto di distinti rapporti di *factoring* nei quali la [Alfa] aveva rivestito la qualità di debitore ceduto; al fondo delle prime tre censure v'è di contro la tesi che i rapporti, nel cui contesto erano stati eseguiti i pagamenti, non erano contraddistinti dalla *causa vendendi* sebbene da quella di finanziamento, e che tanto si sarebbe dovuto ricavare dalle pattuizioni dei contratti medesimi, nell'ambito di una loro interpretazione complessiva e sistematica; è però da considerare che in tal senso la ricorrente prospetta una tesi incompatibile con l'accertamento di fatto, senza specificare in qual senso sarebbero stati dalla corte d'appello violati i canoni interpretativi genericamente richiamati;

III. - occorre dire che il *factoring* è un contratto atipico complesso, il cui nucleo fondamentale prevede sempre un accordo in forza del quale un'impresa specializzata (il *factor*) si obbliga ad acquistare - *pro soluto o pro solvendo* -, per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare; di conseguenza il *factor* paga all'imprenditore i crediti ceduti secondo il loro importo nominale, decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata, oppure gli concede delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al *factor*, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate (cfr. sul tema Cass. n. 16850-17); in quest'ultimo caso - che poi sostanzialmente corrisponde a quanto delineato dalla stessa ricorrente - si rimane sempre all'interno dello schema negoziale di cui alla L. n. 52 del 1991; difatti l'ambito di applicazione della legge suddetta resta individuato con chiarezza dall'art. 1, secondo cui la cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è in quel modo disciplinata quando concorrono le seguenti condizioni: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; c) il cessionario è una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi della L. 19 febbraio 1992, n. 142, art. 25, comma 2, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa o un soggetto, costituito in forma di società di capitali, che svolge l'attività di acquisto di crediti, vantati nei confronti di terzi, da soggetti del gruppo di appartenenza che non siano intermediari finanziari oppure di crediti vantati da terzi nei confronti di soggetti del gruppo di appartenenza, ferme restando le riserve di attività previste ai sensi del citato testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; solo per le cessioni di credito prive dei requisiti suddetti resta salva l'applicazione della disciplina ordinaria; nel caso concreto la corte d'appello ha specificato che i pagamenti erano stati eseguiti nel contesto di un rapporto di *factoring* soggetto alla legge citata, tenuto conto del contenuto dei contratti secondo le loro clausole, generali e particolari; va ricordato che l'interpretazione di un atto negoziale è tipico accertamento in fatto riservato al giudice del merito, e che esso è incensurabile in sede di legittimità se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale; come da ultimo questa Corte ha chiarito, la doglianza in ordine all'interpretazione del contratto non è deducibile neppure in vizio di motivazione, dal momento che questo è oggi limitato all'omesso esame di un fatto storico decisivo (Cass. Sez. U n. 8053-14), mentre la questione sottesa non concerne il fatto storico sebbene - e appunto - gli elementi meramente interpretativi del contratto (Cass. n. 20718-18, Cass. n. 579717); senonchè onde far valere una violazione sotto il primo profilo, quello cioè della violazione dei criteri legali di ermeneutica, occorre non solo fare puntuale riferimento alle regole legali d'interpretazione, mediante specifica indicazione dei canoni asseritamente violati e ai principi in esse contenuti, ma occorre, altresì, precisare in qual modo e con quali considerazioni il giudice del merito se ne sia discostato, con l'ulteriore conseguenza dell'inammissibilità del motivo di ricorso che si fondi - come quello di specie - sull'asserita violazione delle norme ermeneutiche ma che si risolva, in realtà, nella proposta di una interpretazione contrattuale diversa da quella ritenuta (cfr. Cass. n. 10554-10, Cass. n. 22536-07);

IV. - col quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1260, 1266, 1267, 1185 c.c., L. n. 52 del 1991, art. 6 e norme correlate, L. Fall., art. 67, comma 2, per avere la corte d'appello ritenuto in ogni caso applicabile l'art. 6 anzidetto a tutti i pagamenti, mentre la stessa (Beta), sin dalla comparsa di risposta in primo grado, aveva affermato che solo alcuni dei versamenti in questione, quantificabili in complessivi 14.774.568,28 Euro, erano stati eseguiti dalla [Alfa] in qualità di

debitore ceduto; inoltre la ricorrente sostiene che anche con riferimento ai sopra detti pagamenti era mancata ogni evidenza documentale o probatoria atta a confermare che gli stessi fossero riconducibili a cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo e comunque ai contratti di *factoring* prodotti in giudizio; anche il quarto motivo è inammissibile;

nella prima parte esso è invero assorbito da quanto già esposto, dirimente essendo che il tribunale aveva contenuto la condanna in somma inferiore a quella suddetta e che la sentenza era stata appellata soltanto da [Beta]; ne consegue che la notazione sulla quale poggia la censura si presenta infine non proficua per ordine di grandezza, oltre che generica sul versante del riferimento a ben precisi pagamenti tra quelli esaminati dal giudice d'appello in relazione quanto era stato fatto oggetto di revocatoria da parte del giudice di primo grado;

nella seconda parte la doglianza si risolve invece in una critica - peraltro genericissima - alla valutazione della prova, notoriamente insuscettibile di trovare ingresso in cassazione;

le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente alle spese processuali, che liquida in Euro 25.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre accessori e rimborso forfetario di spese generale nella percentuale di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 6 febbraio 2019.

Depositato in Cancelleria il 2 maggio 2019

* * *

IL CASO

La Corte di legittimità, con la sentenza in commento, torna a occuparsi, seppure con sintetica motivazione, della nota problematica della qualificazione causale del contratto di factoring, questa volta al fine di decidere sulla revocabilità – ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. f. – di pagamenti effettuati dal debitore ceduto in favore del factor.

Il ricorso era stato proposto dal debitore ceduto Alfa ed era volto a censurare la sentenza della Corte d'Appello di Roma, la quale – in riforma della decisione del Tribunale di Roma di accoglimento dell'azione revocatoria ex art. 67, comma 2, l. f. – aveva riconosciuto l'applicabilità, in favore del factor Beta, della esenzione da revocatoria di cui all'art. 6 della L. n. 52 del 1991.

La Corte d'Appello era giunta a ritenere applicabile la L. n. 52 del 1991 ai contratti in essere tra Beta e i creditori di Alfa cedenti sulla base dell'interpretazione complessiva dell'assetto contrattuale concretamente voluto dalle parti: tali contratti, infatti, secondo il Giudice di merito, erano articolati in clausole (generali e particolari) che rendevano palese la finalità ultima, prevalente anche se non necessariamente esclusiva, di cessione dei crediti con possibilità di anticipazioni del corrispettivo.

Il debitore ceduto in amministrazione straordinaria, pertanto, ha lamentato in sede di ricorso in Cassazione, tra gli altri motivi, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 c.c., nonché dell'art. 6 L. n. 52 del 1991 e dell'art. 67, comma 2, l. f., per aver la Corte d'Appello delineato la fattispecie contrattuale di factoring senza specifico riferimento al contenuto effettivo e alle clausole dei contratti oggetto di causa: l'assetto negoziale, nella prospettiva di Alfa in amministrazione straordinaria, infatti, si sarebbe presentato incompatibile con la funzione di scambio, posto che gli anticipi previsti dal contratto assolvessero funzione di finanziamento e le cessioni avessero il fine di garanzia, onde dotare Beta della legittimazione all'esercizio dei diritti verso terzi. In definitiva, gli atti di cessione non sarebbero, dunque, stati contraddistinti dalla causa vendendi ma da quella di finanziamento (assente, comunque, una effettiva cessione del credito).

La Suprema Corte, innanzitutto, ribadisce una delle definizioni del contratto di factoring presenti nella sua giurisprudenza, quale contratto atipico e complesso, costituito nel suo nucleo fondamentale, dall'obbligo del factor di acquistare – pro soluto o pro solvendo – la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare, per cui il factor pagherà all'imprenditore i crediti ceduti secondo l'importo nominale, decurtato di una commissione (il corrispettivo dell'attività prestata), ovvero concederà anticipazioni sui crediti ceduti.

Di seguito, la Sentenza richiama l'ambito di operatività delineato dalla L. n. 52 del 1991, menzionando la precisazione di cui al comma 2, dell'art. 1, per cui: "solo per le cessioni di credito prive dei requisiti suddetti resta salva l'applicazione della disciplina ordinaria". Le condizioni, dunque, in presenza delle quali il rapporto concreto è disciplinato dalla legge sulla cessione dei crediti di impresa sono quelle di cui al comma 1, art. 1, L. n. 52 del 1991: i) il cedente è un imprenditore; ii) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; iii) il cessionario è una banca o un intermediario ai sensi del Testo Unico Bancario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa, ovvero una società di capitali che svolga attività di acquisto di crediti da soggetti del gruppo di appartenenza.

A tale inquadramento della fattispecie segue il rilievo assorbente e dirimente per cui, ricorda la Cassazione, l'interpretazione dell'atto negoziale è un accertamento riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale: tale violazione necessiterebbe, in ogni caso, per essere fatta valere, di un puntuale riferimento del ricorrente ai canoni d'interpretazione asseritamente violati e della precisazione in merito al modo in cui il giudice di merito se ne fosse discostato.

Ne consegue, posta la genericità della doglianza, l'inammissibilità del motivo di ricorso in quanto fondato su una diversa interpretazione contrattuale rispetto a quelle formulata dal giudice di merito e non sull'asserita violazione di norme ermeneutiche da parte di quest'ultimo.

COMMENTO

La sentenza affronta una declinazione della problematica giuridica relativa all'inquadramento causale del contratto di factoring, in questo caso al fine di verificare l'applicabilità della esenzione da revocatoria disposta, dall'art. 6 della L. n. 52 del 1991¹, per i pagamenti effettuati dal debitore ceduto al factor.

In altri termini la Corte, sulla base delle censure della procedura concorsuale aperta nei confronti del debitore ceduto, è chiamata a chiedersi se contratti di factoring con i cedenti Delta e Gamma - aventi a oggetto i crediti poi pagati dal debitore ceduto in bonis nel periodo sospetto - fossero caratterizzati da una causa di scambio (e quindi disciplinati dalla legge sulla cessione dei crediti di impresa ivi inclusa la sopra menzionata esenzione da revocatoria) o da una causa di finanziamento (e quindi, secondo il ricorrente, soggetti alla disciplina ordinaria in materia di revocatoria fallimentare).

La Cassazione conferma l'opzione della Corte territoriale per la prima delle suddette alternative e riconosce dunque l'operatività dell'esenzione.

Come noto, i diversi aspetti funzionali che possono risultare di volta in volta privilegiati nel rapporto di factoring incidono sullo schema contrattuale nel senso di renderlo articolabile in una pluralità di sottotipi a seconda del particolare assetto di interessi che le parti contrattuali intendono conseguire con la pattuizione.

Il prevalere nei singoli contratti di factoring dell'uno o dell'altro aspetto funzionale legittimerebbe, secondo le molteplici ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali emerse, differenziate qualificazioni causali del rapporto in relazione alla fattispecie concreta, con conseguenti inevitabili incertezze interpretative sulla qualificazione causale della figura negoziale del factoring. A tal riguardo, l'introduzione di una disciplina ad hoc delle cessioni dei crediti d'impresa (L. n. 52 del 1991) – emanata in ragione della inadeguatezza della disciplina generale del codice civile sulla cessione del credito di cui agli artt. 1260 e ss. a regolare la fattispecie – non ha avuto l'esito di fornire nel dibattito giurisprudenziale sul factoring un sicuro canone ermeneutico di riferimento.

La dottrina dominante ritiene infatti che la L. n. 52 del 1991 non abbia comportato la tipizzazione del contratto di factoring, in considerazione della mancanza di disciplina in relazione a tratti caratterizzanti del negozio (obbligazioni del fornitore e del factor, servizi complementari, esecuzione e patologia del rapporto; manca anche una definizione, generalmente prodromica alla tipizzazione normativa di un contratto già socialmente tipico)².

¹ Art. 6, comma 1, L. n. 52 del 1991, secondo cui "Il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non è soggetto alla revocatoria prevista dall'articolo 67 del testo delle disposizioni sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Tuttavia tale azione può essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore provi che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario". Cfr sul tema. D'AMARO, *Il contratto di factoring*, in *Contratti d'impresa*, Buonocore - Luminoso (a cura di), II, Milano, 1993, 1750; AMATO, *Annotazioni alla legge 21 febbraio 1991 n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Quadrimestre*, 1992, 501.

² Cfr. ex multis DE NOVA, *I nuovi contratti*, Torino, 1999, 121; FOSSATI – PORRO, *Il factoring*, IV ed., Milano, 1994, 164; AMATO, *Annotazioni alla legge 21 febbraio 1991 n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Quadrimestre*, 1992, 1392; APICE, *Factoring e procedure*

La giurisprudenza successiva all'introduzione della L. n. 52 del 1991 ha dunque continuato a ritenere la figura negoziale del factoring quale contratto atipico, la cui qualificazione dipende dalle specificità che in concreto lo connotano, con particolare riferimento agli effetti giuridici del contratto – e non a quelli pratico-economici – e all'intento negoziale delle parti³.

Al fine di inquadrare il percorso interpretativo della giurisprudenza in materia di factoring, e di collocarvi la decisione in commento, è utile porre l'accento sul rilievo che il giudice di merito, nel valutare le singole specificità del rapporto contrattuale di factoring di volta in volta in esame, si trova a scrutinare le clausole contrattuali che sono diffuse nella prassi commerciale e che si riscontrano nella gran parte dei singoli contratti di factoring costituendo, nel loro insieme, un modello socialmente tipico di factoring. Con riferimento a tali clausole, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ha inquadrato il negozio quale contratto di scambio, la cui funzione qualificante è la vendita dei crediti: il cedente trasferisce al factor la sua posizione creditoria in maniera definitiva e il factor si obbliga al pagamento del corrispettivo al momento dell'incasso o alla scadenza pattuita, salvo la facoltà di concedere anticipazioni sul prezzo⁴.

L'interpretazione, in tali ipotesi, ha ricondotto la disciplina delle singole fattispecie contrattuali di factoring alla L. n. 52 del 1991, incentrata sulla cessione dei crediti verso corrispettivo.

Un filone giurisprudenziale minoritario ha proseguito tuttavia, in continuità con decisioni antecedenti alla introduzione della legge sulla cessione dei crediti di impresa, a ricondurre le fattispecie di factoring poste alla sua attenzione allo schema causale del mandato⁵.

Secondo tale tesi, il contratto di factoring avrebbe il suo nucleo in un mandato senza rappresentanza, con il quale il cedente conferisce al factor mandato a compiere atti giuridici in nome e nel proprio interesse per la gestione dei crediti. Nella prospettiva il factor, dunque, si obbliga ad accreditare al fornitore cedente l'importo dei crediti ceduti solo dopo la riscossione, mentre l'acquisizione della disponibilità delle somme riscosse sarebbe qualificabile come obbligo del mandatario, il quale è tenuto a riscuotere il credito alla scadenza e a rimettere al mandante, solo allora, la somma riscossa.

concorsuali, Fallimento, 1999, 1291; BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising e leasing*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 63.

³ In senso conforme v. già Cass. civ., 15 febbraio 2013, n. 3829, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. civ., 28 febbraio 2008, n. 5302, in *Foro pad.*, 2008, 303; Cass. civ., 11 maggio 2007, n. 10833, in *Foro it.*, 2008, I, 1220. Nella giurisprudenza di merito, v. da ultimo, Trib. Benevento, 2 febbraio 2018, n. 226, in questo Osservatorio n. 3/2018, 11.

⁴ In dottrina, v. ALBANESE – ZEROLI, *Leasing e factoring*, Milano, 2011, 230 ss; BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising e leasing*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 2004, 91; DE NOVA, *Factoring in D. disc. priv., Sez. Comm.*, V, Torino, 1990, 354; ID., *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 126; ID., *La nuova disciplina della cessione dei crediti (factoring)* in MUNARI (cur.), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, 83; FRIGNANI, *Il Factoring*, in *Trattato di diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, 11, Torino, 2000, 77-81. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 2 ottobre 2015, n. 19716, in questo Osservatorio n. 1/2017, 18; Cass. civ., 7 luglio 2017, n. 16850, in questo Osservatorio, n. 4/2017, 15; Cass. civ., 15 febbraio 2013, cit.; Cass. civ., 3 dicembre 2012, n. 21603, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 12 (secondo la quale, qualora – ad esempio sulla base della disciplina in conto corrente delle reciproche partite tra fornitore e factor –, il Giudice di merito ritenga la fattispecie concreta riconducibile allo schema del mandato, la sentenza deve adottare sul punto una specifica motivazione); Cass. civ., 6 luglio 2009, n. 15797, in *Dir. giust. online*; Cass. civ., 7 marzo 2008, n. 6192, in *Foro it.*, 2009, I, 395; Cass. civ., 27 agosto 2004, n. 17116, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass. civ., 2 febbraio 2001, n. 1510, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 197; Cass. civ., 12 aprile 2000, n. 4654, in *Dir. fall.*, 2001, II, 767 (secondo la quale il contratto di factoring è una convenzione complessa nella quale confluiscono elementi sia di finanziamento, sia di trasferimento dei crediti, sia di gestione della totalità dei crediti, con prevalenza delle prime due funzioni di finanziamento e di trasferimento dei crediti); per la giurisprudenza di merito v. App. Lecce, 17 settembre 2001, in *Arch. civ.*, 2002, 581; Trib. Genova, 16 maggio 1994, in *Fallimento*, 1995, 315; App. Genova, 19 marzo 1993, in *Riv. it. leasing*, 1994, 377; Trib. Genova, 17 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 279 (con nota di BONAVERA); Trib. Genova, 19 novembre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 605 (con nota di DIMUNDO).

Secondo questo orientamento, i singoli negozi di cessione del credito sono lo strumento centrale ed essenziale per il conseguimento dello scopo comune perseguito dalle parti e, pertanto, tali da incidere sulla configurazione della causa giuridica del contratto di factoring il cui dato qualificante è quello dell'effetto traslativo della cessione (in tal senso, v. App. Genova, 19 marzo 2003, in *Vita not.*, 1994, 682).

⁵ PICCININI, *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 614; F. DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, in *Giur. comm.*, 1999, 567 e, prima della L. 52/1991, ALPA, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nei confronti della procedura fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 190; A. DIMUNDO, *Fallimento e factoring*, *Dir. Fall.*, 1989, I, 243; LIBONATI, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 317; in giurisprudenza, *ex multis*, App. Milano, 10 settembre 2018, in questo Osservatorio n. 4/2018, 3; App. Milano, 24 aprile 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 610; App. Lecce, 17 settembre 2001, in *Arch. Civ.*, 2002, 581; Trib. Genova, 10 agosto 2000, in *Fallimento*, 2001, 517; Trib. Vicenza, 10 settembre 1998, in *Dir. fall.*, 1999, II, 237; Trib. Genova, 17 ottobre 1994, in *Fallimento*, 1995, 315; Trib. Genova, 17 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 279.

In quest'ottica, anche recente giurisprudenza ha ritenuto di valorizzare nell'interpretazione del contratto il comportamento complessivo delle parti (art. 1362, comma 2, c.c.) giungendo ad affermare che, nella fattispecie, le parti avessero voluto attribuire al factor la sola legittimazione all'incasso del credito, attribuendogli un mandato in rem propriam e ciò, in particolare, sulla base del valore delle anticipazioni, ritenute quantitativamente insufficienti per poter rappresentare l'anticipazione del corrispettivo e corrispondenti a un mero finanziamento⁶.

Analogamente nel caso in esame, a quanto si evince dalla motivazione della sentenza, il ricorrente ambiva a valorizzare lo scopo di finanziamento delle anticipazioni erogate, ritenendo la causa di finanziamento non compatibile con una effettiva e definitiva cessione del credito⁷.

La Cassazione non ha tuttavia accolto la prospettazione del ricorrente. La sentenza in commento si colloca invece nell'alveo della giurisprudenza maggioritaria, la quale tende a ritenere applicabile la L. n. 52 del 1991 allo schema contrattuale del factoring diffuso nella prassi commerciale, individuandone il tratto distintivo e preminente nella cessione della titolarità dei crediti d'impresa al factor.

Il giudice di legittimità, infatti, pur premettendo che il factoring è un contratto atipico complesso, riporta la questione alla clausola di cui al comma 2, art. 1, L. 52 del 1991, a norma della quale resta salva l'applicazione della disciplina ordinaria solo per le cessioni di credito prive dei requisiti di cui comma 1.

In altre parole, se, come disciplinato ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. n. 52 del 1991: i) il cedente è un imprenditore; ii) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; iii) il cessionario è una banca o un intermediario ai sensi del Testo Unico Bancario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa, ovvero una società di capitali che svolga attività di acquisto di crediti da soggetti del gruppo di appartenenza, allora il rapporto sarà disciplinato dalla medesima legge, a norma della quale la cessione dei crediti di impresa avviene attraverso un contratto dalla trasparente causa di scambio⁸.

La Corte, nella sintetica motivazione, pare quindi quasi invertire l'ordine dei problemi come generalmente affrontati in giurisprudenza, nella misura in cui sembra non porsi il problema della qualificazione causale ai fini della applicabilità della L. n. 52/1991, ma, viceversa, far discendere l'esistenza di una effettiva cessione dalla sussistenza nel rapporto di factoring dalla mera presenza dei requisiti di cui all'art. 1, L. n. 52 del 1991.

Il giudice comunque non si pronuncia sulla proposta di riqualificazione del contratto avanzata dall'Amministrazione Straordinaria del debitore ceduto, avendo ritenuto inammissibile la censura perché di fatto veniva richiesta, in sede di giudizio di Cassazione, un'interpretazione contrattuale alternativa rispetto a quella indicata dal giudice di merito⁹.

Con il rigetto del ricorso, in ogni caso, è riconfermata l'applicabilità della disciplina speciale di cui alla L. n. 52/1991 al contratto di factoring oggetto di causa, e quindi l'operatività della relativa esenzione da revocatoria per i pagamenti ricevuti nel periodo sospetto dal factor da parte del debitore ceduto successivamente divenuto insolvente.

La sentenza pare dunque da accogliere favorevolmente in quanto si inserisce nel filone giurisprudenziale di legittimità, arricchendolo, che offre conferma della applicabilità della L. n. 52/1991 ai contratti di factoring socialmente tipici.

Peraltro la laconicità della motivazione, determinata anche dalla inammissibilità dei motivi, rimette ancora una volta alla valutazione del giudice di merito e al suo apprezzamento della causa concreta del singolo negozio¹⁰, la decisione circa i profili

⁶ Cfr. App. Milano, 10 settembre 2018, cit.

⁷ In questo senso INZITARI, *Cessione strumentale dei crediti e finanziamento del fornitore quali finzioni assorbenti la causa di finanziamento e gestione del contratto di factoring*, in Fall., 2001, 515, ma in senso contrario, per la piena compatibilità tra causa di finanziamento e cessione del credito, v. CLARIZIA, *Contratti di factoring*, in *I contratti del mercato finanziario* (a cura di GABRIELLI-LENER), II, Torino, 1674 e 1677-1681.

⁸ Cfr. App. Milano, 10 settembre 2018, cit.

⁹ Cfr. Cass. civ., 13 agosto 2018, n. 20718 in *Giust. civ. Mass.* 2018; Cass. civ., sez. lav., 30 aprile 2010, n.10554, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 5, 660; Cass. civ., 26 ottobre 2007, n. 22536, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 10; Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12946, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6.

¹⁰ I margini di sindacato del giudice di legittimità sulla motivazione dei giudici di merito risultano peraltro oggi estremamente ridotti in seguito alla soppressione del motivo di ricorso in Cassazione costituito dal vizio di motivazione ad opera del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134. Secondo quanto precisato dalle Sezioni Unite nell'interpretare la novella, il sindacato sulla motivazione è oggi ridotto al "minimo costituzionale". È dunque denunciabile in Cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella «motivazione apparente», nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione. Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n.8053, in *Foro it.*, 2015, I, 209.

causali del contratto di factoring. Con il conseguente rischio di decisioni contrastanti anche su testi contrattuali sostanzialmente analoghi.

Avv. Massimo Di Muro

massimo.dimuro@munaricavani.it

Dott.ssa Giampaola Marcello

giampaola.marcello@munaricavani.it

2. Tribunale di Perugia, 18 luglio 2018

Concordato preventivo – Contratti pendenti – Sospensione – Presupposti – Contratto di *factoring* – Sospensione – Esclusione(L. Fall., artt. 72, 161, comma, 6, 169-*bis*)

In tema di concordato preventivo, le anticipazioni bancarie vanno distinte dall'istituto della cessione del credito (o factoring), il quale, in virtù dei suoi effetti traslativi, è fuori dall'ambito di applicazione dell'art 169-bis L. F, nel senso che le cessioni perfezionate prima della domanda di concordato sono validamente opponibili alla procedura.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Tribunale di Perugia
Terza Sezione Civile
Ufficio Fallimentare**

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

dott. Umberto Rana

-Presidente rel.\est.

dott.ssa Arianna De Martino

- Giudice

dott.ssa Giulia Maria Lignani

-Giudice

PREMESSO CHE

a seguito di ricorso depositato in data 8.6.2018, la società *[Alfa]* (di seguito per brevità *(omissis)* con sede in *(omissis)* (C.F. *(omissis)*) ha chiesto ed ottenuto termine di 120 gg., decorrenti dalla data di pubblicazione del ricorso al registro delle imprese (8.6.2018), per presentare proposta, piano e relativo corredo documentale ex art. 161 co 6° L.F.;

che con il medesimo ricorso la *[Alfa]* ha chiesto la sospensione per 60 gg delle convenzioni di apertura di credito gestite in conto corrente e\o con il meccanismo del c.d. castelletto indicate nell'elenco costituente l'allegato nr. 9 e dei contratti di *factoring* con le società elencate nell'allegato nr. 10;

preso atto del parere espresso dai *(omissis)*;

lette le memorie difensive dei creditori *(omissis)*, *(omissis)*, *(omissis)*, *(omissis)*, *(omissis)*, *(omissis)*;

a scioglimento della riserva assunta dal GD all'udienza del 10.7.2018

OSSERVA

L'istanza di sospensione ex art. 169 *bis* l. f. merita accoglimento.

Premesso che la domanda di sospensione dei contratti in corso può essere depositata anche in caso di domanda cd. prenotativa di concordato, come da espressa disposizione normativa (art. 169 *bis* l. f.) che prevede la proponibilità della domanda con il ricorso ex art. 161 l. f. senza distinguo tra primo e sesto comma, ritiene il Collegio, secondo l'indirizzo interpretativo che quest'ufficio da segue da tempo (v. ad es. Decreto 7.1.2015 nella procedura Nr.Prec.C. 34\14) che l'art. 169 *bis* l. f., quale norma autosufficiente, abbia portata più ampia nell'art. 72 l. f. ove si consideri: il dato letterale che parla di "*contratti in corso di esecuzione*", che è un concetto diverso da quello espresso dall'art. 72 (che menziona il "*contratto (omissis) ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti*") e non richiede che entrambe le parti debbano ancora adempiere alle proprie obbligazioni, ma solo che almeno una delle parti debba completare la propria obbligazione; la combinazione del primo e dell'ultimo comma dell'art. 169 *bis* l. f., da cui si ricava che tutte le categorie di contratti ad eccezione di quelli esclusi possono essere oggetto di richiesta di risoluzione; il mancato richiamo, da parte dell'art. 169 *bis* l. f., dell'art. 72 l. f. che impedisce pertanto di

utilizzare in via di interpretazione sistematica l'art. 72 l. f. per limitare l'area dei contratti oggetti dell'art. 169 *bis* l. f.

Ritenuto, pertanto, che lo scioglimento dal contratto *ex art. 169 bis* l. f. possa essere richiesto per tutti i contratti non espressamente esclusi dalla norma in cui almeno una parte debba adempiere alle proprie obbligazioni, nei contratti oggetto di possibile sospensione\scioglimento rientrano anche i contratti bancari di conto corrente, di anticipo su fatture o su ricevute bancarie, anche se la banca (che non ha ancora provveduto all'incasso) abbia già erogato il credito.

Va considerato che a differenza del fallimento, la procedura concordataria non determina l'automatica sospensione dei contratti in corso e quindi il rapporto di conto corrente bancario e quelli di volta in volta in esso confluenti proseguono salvo il caso in cui il debitore chieda ed ottenga la sospensione *ex art. 169 bis* l.f.; sospensione che non potrà che riguardare il rapporto nella sua interezza e, dunque, estendersi a tutte le clausole pattizie che lo regolano, ivi compresa quella con le quali le parti abbiano attribuito alla banca il diritto di incamerare le somme riscosse.

Detta clausola, infatti, è essenzialmente interdipendente al negozio di credito connesso al mandato a riscuotere, nel senso che attenendo esso alla regolamentazione delle modalità di soddisfazione del credito della banca, in sua carenza l'operazione non sarebbe stata posta in essere, sicché negozio e patto non possono che rimanere inscindibilmente connessi.

Risulta pertanto inammissibile, prima ancora sul piano logico che su quello giuridico, qualsiasi prospettazione incentrata sulla prosecuzione - nel corso di una procedura concorsuale - del complesso unitario rapporto di conto corrente bancario, compresa l'obbligazione di dar esecuzione al mandato all'incasso, ma con esclusione del patto (inscindibile rispetto a quel rapporto) della c.d. "*compensazione*".

I contratti bancari autoliquidanti possono essere oggetto di sospensione\scioglimento *ex art. 169 bis* l.f. e con essi anche la relativa clausola o patto di "*compensazione*" con conseguente impossibilità da parte della banca di incamerare i pagamenti ricevuti da terzi compensandoli *ex art. 56* l. f. con lo scoperto di conto corrente.

A differenza della cessione di credito, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, bensì solo l'obbligo di quest'ultimo di restituire al mandate la somma riscossa.

E tale obbligo non sorge al momento del conferimento del mandato ma soltanto all'atto di riscossione del credito per cui se la riscossione è avvenuta o dovrà avvenire dopo il deposito della domanda di concordato la banca non potrà invocare a proprio favore la compensazione *ex art. 56* l. f. che richiede che i rispettivi crediti siano entrambi preesistenti all'apertura della procedura concorsuale.

La banca facendo affluire, secondo il meccanismo del conto corrente, sul conto passivo la somma ricevuta dal terzo diventa l'effettiva beneficiaria della rimessa e ciò comporta una variazione quantitativa del debito del correntista.

L'acquisizione da parte della banca di somme di terzi (es. i clienti individuati nelle fatture) ed il successivo versamento su un conto corrente con saldo passivo produce l'effetto di ricostituire la provvista (castelletto) o estingue il debito (immediatamente esigibile) dello sconfinamento dal fido.

Si tratta di una rimessa con effetti solutori con la conseguenza che un singolo creditore beneficerebbe di un pagamento successivo in violazione della *par condicio creditorum* ed in contrasto con la finalità propria del concordato in continuità (qual'è quello che la (*omissis*) ha comunicato che intenderà proporre nei concessi termini) drenando liquidità ed attivo da destinare non ad un singolo creditore chirografario ma alla stessa continuità aziendale essendo detto denaro, al pari dei flussi di cassa generati nel corso della prosecuzione della continuità funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori concorsuali.

I Commissari Giudiziali nel loro parere danno atto di aver valutato come la richiesta della [Alfa] "*sia supportata da una disclosure sullo sviluppo del cash flow nel periodo giugno-dicembre 2018 (cfr. all.8 del ricorso) in cui sono esposti gli effetti sulla liquidità della mancata concessione della sospensione o del suo accoglimento in particolare dei contratti di factoring. Nel primo caso i flussi di cassa di periodo sarebbero costantemente negativi arrivando a toccare la massima esposizione a dicembre 2018 con un deficit di (7,8mln) mentre viceversa, con l'accoglimento della sospensione, l'incasso dei crediti in scadenza non sottoposti a compensazione porterebbe un importante flusso di liquidità (+ 13mln) chiudendo nello stesso periodo con un surplus di 1,2mln*". Le anticipazioni bancarie vanno distinte dall'istituto della cessione del credito il quale, in virtù dei suoi effetti traslativi, è fuori dal perimetro del 169 *bis* l. f. nel senso che le

cessioni perfezionatesi (ossia accettate o notificate al debitore ceduto) prima della domanda di concordato sono validamente opponibili alla procedura.

Va pertanto esclusa la possibilità di ottenere la sospensione *ex art. 169 bis l. f.* dei contratti di anticipazione bancaria assistiti da cessione dei crediti e dei contratti di *factoring* le cui cessioni si siano perfezionate prima della data di deposito domanda di concordato contenente l'istanza *ex art. 169 bis l. f.*

Va invece disposta la sospensione per 60 giorni dei contratti di bancari di anticipo fatture e di *factoring*, limitatamente alle cessioni non opponibili alla Procedura, elencati negli allegati 9 e 10 dell'istanza in esame. L'effetto sospensivo decorrerà dal momento in cui il debitore ha manifestato la volontà di avvalersi della disciplina dettata dall'*art. 169 bis l. f.* e quindi la sospensione disposta con il presente provvedimento retroagisce sino alla data di deposito del ricorso contenente l'istanza *ex art. 169 bis l. f.*

Si rileva, infine, che non è questa la sede in cui discutere dell'*an* e del *quantum debeatur* dell'indennizzo.

P.Q.M.

dispone la sospensione per 60 giorni decorrenti dalla data di deposito della istanza *ex art. 169 bis l. f.* dei contratti di bancari di anticipo fatture e di *factoring* elencati negli allegati 9 e 10 dell'istanza in esame, escluse le cessioni di credito perfezionate prima della data di deposito domanda di concordato contenente l'istanza *ex art. 169 bis l. f.*

Si comunichi a cura della cancelleria alla ricorrente, ai (*omissis*) e ai creditori costituitisi innanzi al GD; per gli altri creditori interessati la comunicazione avverrà a cura e spese della (*omissis*).

Perugia 12.7.2018

Depositata in cancelleria il 18/07/2018.

* * *

IL CASO

La Società Alfa richiede di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. f. Contestualmente alla domanda di concordato, Alfa richiede la sospensione ex art. 169-bis l. f., per sessanta giorni, sia delle convenzioni di apertura credito gestite in conto corrente e/o con il meccanismo del c.d. castelletto, sia dei contratti di factoring.

Nel decidere la questione, il Tribunale di Perugia rileva, in primo luogo, che l'art. 169-bis l. f., in tema di sospensione e scioglimento di contratti pendenti nel concordato, avrebbe una portata più ampia del corrispondente art. 72 l. f., in tema di rapporti pendenti nel fallimento. Conseguentemente il Tribunale afferma che i contratti di conto corrente, di anticipo su fatture o su ricevute bancarie, anche se la banca ha già erogato il credito (ma non ha ancora provveduto all'incasso) sono contratti pendenti e possono rientrare nel campo di applicazione dell'art. 169-bis l. f.

In secondo luogo il Tribunale di Perugia differenzia la cessione di credito (e quindi il factoring) dal mandato all'incasso confermando che, mentre il secondo è qualificabile come contratto pendente ed è compreso nell'ambito di applicazione dell'art. 169-bis l. f., il primo, al contrario, non può essere colpito dagli effetti risolutivi della medesima disposizione.

Precisamente, con il mandato sorge in capo alla banca, nel momento della riscossione del credito (e non nel momento di conferimento dell'incarico), l'obbligo di restituzione al mandante della somma riscossa e già anticipata al cliente, ne deriva che, se la riscossione è avvenuta o dovrà avvenire dopo il deposito della domanda di concordato preventivo, opera l'art. 169-bis l. f. che a sua volta richiama l'art. 56 l. f., impedendo che nella fattispecie possa compiersi la compensazione tra i debiti del cliente e i crediti dello stesso vantati.

Con i contratti di anticipazione bancaria assistiti da cessione dei crediti e con il factoring, invece, l'erogazione dell'anticipazione da parte della banca - avvenuta prima della domanda di concordato preventivo - costituisce il corrispettivo di una cessione di credito con effetti traslativi del credito, con conseguente inapplicabilità dell'art. 169-bis l. f.

Il Tribunale di Perugia ha quindi accolto l'istanza della società Alfa e ha disposto la sospensione delle linee di credito autoliquidanti assistiti da mandato all'incasso; al contrario ha escluso la possibilità di ottenere la sospensione ai sensi

dell'art. 169-bis l. f. dei contratti di anticipazione bancaria assistiti da cessione dei crediti o dei contratti di factoring, le cui cessioni si sono perfezionate prima della data di deposito della domanda di concordato.

COMMENTO

La decisione in commento affronta questioni dibattute in giurisprudenza e in dottrina, di notevole interesse in ragione delle incertezze interpretative che le caratterizzano. La sentenza traccia inoltre, sinteticamente ma con pregevole chiarezza, la differente sorte, in sede concordataria, del contratto di factoring e dei contratti bancari autoliquidanti fondati sul mandato all'incasso, contratti cui il factoring potrebbe per certi versi essere accostato sotto il profilo funzionale.

Appare dunque opportuno ripercorrere sinteticamente l'iter argomentativo tracciato dal Tribunale di Perugia nel risolvere problematiche assai frequenti in occasione dell'apertura di procedure concorsuali ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. f. nei confronti di società che hanno in essere rapporti c.d. autoliquidanti con le banche.

Il concordato ex art. 161, comma 6, l. f. – denominato nella prassi concordato “in bianco” o “prenotativo” o “con riserva” – è costituito da una procedura che prende avvio con una domanda incompleta sia del piano sia della proposta. La Legge Fallimentare consente dunque all'imprenditore di presentare la proposta di concordato preventivo, il relativo piano e l'ulteriore documentazione prevista entro un termine compreso fra sessanta e centotrenta giorni – e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni – decorrenti dalla pubblicazione del ricorso al registro delle imprese. E' dal momento della presentazione della domanda in bianco, tuttavia, che il debitore può beneficiare degli effetti protettivi (divieto di azioni cautelari ed esecutive) derivanti dall'apertura della procedura concordataria, il tutto per la tutela del principio della par condicio creditorum, volto ad evitare che alcuni dei creditori della società in stato di insolvenza abbiano a trovare soddisfacimento dei propri crediti al di fuori del meccanismo concorsuale.

L'imprenditore in crisi ha generalmente in essere, al momento della presentazione della domanda, linee di credito autoliquidanti.

Le linee di credito autoliquidanti o contratti di anticipazione bancaria si caratterizzano per l'anticipo effettuato dalla banca, entro un determinato plafond, di crediti commerciali a fronte della presentazione di idonea documentazione da parte del soggetto richiedente (generalmente fatture e/o Ri.ba) e il rimborso dell'anticipazione avviene in un secondo momento attraverso l'incasso da parte della banca delle somme di cui ai titoli presentati dalla cliente. Tali contratti sono infatti sempre accompagnati dalla prestazione di una o più garanzie (mandato all'incasso in rem propriam o cessione del credito pro solvendo) e dalla proporzionalità della somma posta a disposizione dall'istituto di credito rispetto alla garanzia prestata¹. I suindicati contratti contengono altresì una clausola di compensazione che legittima la banca a trattenere le somme incassate in dipendenza dei crediti ceduti o per le quali abbia ricevuto un mandato all'incasso, compensandole con gli anticipi concessi alla cliente.

Il Tribunale di Perugia si è occupato dunque della sorte dei contratti bancari autoliquidanti e dei contratti di factoring dei quali il debitore chieda la sospensione (o lo scioglimento) a seguito della domanda di concordato².

La decisione in commento, in primo luogo, ha trattato il tema legato alla nozione di pendenza contrattuale ai sensi dell'art. 169-bis l. f., e precisamente il Tribunale si è soffermato sulla qualificazione dei contratti bancari autoliquidanti come pendenti ove l'erogazione sia avvenuta prima della presentazione del ricorso, senza che la banca abbia proceduto all'incasso del credito ceduto.

¹ Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8089, in *Fallimento*, 2001, 636 nota di DI BRIZZI

² L'art. 169-bis, rubricato *Contratti pendenti*, così dispone: “1. Il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente. 2. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161. 3. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. [...]”

Secondo il tribunale umbro il dato letterale “contratti in corso di esecuzione” di cui all’art. 169-bis l. f. ha, nel concordato, una portata più ampia del corrispettivo “rapporti pendenti” di cui all’art. 72 l. f.³ nel fallimento, poiché la prima disposizione normativa “non richiede che entrambe le parti debbano ancora adempiere alle proprie obbligazioni, ma solo che almeno una delle parti debba adempiere alle proprie obbligazioni”.

Sul punto appare opportuno ricordare che la riforma del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in L. 6 agosto 2015, n. 132 - secondo quanto rilevato dai primi commentatori della novella⁴ avrebbe voluto - in adesione all’orientamento giurisprudenziale di merito già prevalente, equiparare, sotto il profilo nozionistico, gli artt. 72 e 169-bis l. f., (posto che dalla difformità lessicale tra i “rapporti pendenti” di cui all’art. 72 l. f. e i “contratti in corso di esecuzione” di cui all’art. 169-bis l. f. parte della dottrina e della giurisprudenza avevano giustificato una diversa portata applicativa, consentendo appunto lo scioglimento anche dei contratti bancari eseguiti integralmente dall’istituto di credito). Tuttavia i dubbi interpretativi sulla portata normativa di cui all’art. 169-bis l. f., come dimostrato dalla pronuncia del Tribunale di Perugia, non sono stati superati. Difatti, il Tribunale di Perugia sostiene che se le fattispecie sopracitate non sono perfettamente sovrapponibili, poiché lo scioglimento e la sospensione ai sensi dell’art. 169-bis l. f. possono essere richiesti per tutti i contratti – ad eccezione di quelli espressamente esclusi dalla norma – in cui almeno una parte debba ancora adempiere le proprie obbligazioni, nell’ambito di applicazione di tale disposizione rientrano anche i contratti di anticipazione bancaria assistita da mandato all’incasso in rem propriam. Tale contratto sarebbe qualificabile come pendente se al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo la banca ha proceduto con l’erogazione dell’anticipazione ma non ha provveduto alla riscossione del credito in forza del mandato all’incasso.

In questa ipotesi, infatti, l’obbligazione facente capo alla banca non può dirsi esaurita con conseguente possibilità di applicazione dell’art. 169-bis l. f. e venir meno del diritto della banca di incamerare i crediti ai sensi del mandato all’incasso⁵.

Successivamente il Tribunale di Perugia esamina la questione dell’operatività e della validità della compensazione connessa ai contratti bancari autoliquidanti dopo lo scioglimento o sospensione del mandato all’incasso con annesso patto di compensazione tra il credito restitutorio derivante dalle anticipazioni della banca ed il debito che trova titolo nelle riscossioni: il patto di compensazione deve considerarsi anche esso coinvolto unitamente al contratto e quindi essere sciolto e/o sospeso ai sensi dell’art. 169-bis l. f. o deve invece ritenersi che lo stesso sopravviva siccome stipulato prima dell’ammissione della società alla procedura?

³ L’art. 72 l. f., rubricato “Rapporti pendenti”, così dispone: “1. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l’esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. 2. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. 3. La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell’articolo 72-bis. 4. In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. 5. L’azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l’efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V. 6. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

⁴ Cfr. ad esempio LAMANNA, Speciale Decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: concordato preventivo – finanziamenti e contratti pendenti, in *Ifallimentarista.it*, 2015, 11-12.

⁵ Nello stesso senso del Tribunale di Perugia, con diversa prospettazione ma in senso sostanzialmente analogo negli effetti, Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *Ifallimentarista.it*, 2017 per il quale “La Banca non ha esaurito le sue obbligazioni mediante l’anticipazione all’imprenditore dell’importo di un credito, posto che quest’ultima deve ancora completare la prestazione di incasso in virtù del mandato in rem propria e del patto di compensazione. Pertanto, alla luce della natura di negozi complessi, non si può ritenere esaurito unilateralmente il rapporto con la mera messa a disposizione del denaro, e conseguentemente rientrano nel novero dell’art. 169-bis l. f. sia il contratto principale di servizio sia i patti accessori, quali il mandato in rem propria ed il patto di compensazione”; in senso contrario, in dottrina, già prima della riforma PATTI, Contratti pendenti nel concordato preventivo, in *Fallimento*, 2015, 560 e STANUOVO-POLACCO, Preconcordato: sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, in *Ifallimentarista*, 2014, nonché, in giurisprudenza, App. Venezia, 23 dicembre 2014, in *Ifallimentarista.it*, 2015 per il quale “Nell’ambito di un concordato preventivo, devono essere escluse dalla nozione di rapporto pendente, rilevante ai sensi dell’art. 169 bis l. fall., le situazioni in cui residui unicamente un debito o credito, essendosi già verificati tutti gli effetti del contratto, ad eccezione della prestazione di uno dei due contraenti. Di conseguenza non possono essere concessi la sospensione o lo scioglimento di contratti bancari inerenti linee di credito cd. autoliquidanti, trattandosi di rapporti in cui la Banca ha esaurito la propria prestazione, mediante anticipazione dei crediti su fatture, così che l’unica prestazione residua concerne il pagamento da parte del debitore”.

Secondo la giurisprudenza prevalente, anche quella in commento, il contratto di anticipazione e il patto di compensazione vanno valutati quale insieme unitario di pattuizioni connesse e dipendenti, conseguentemente con la sospensione e/o lo scioglimento di cui all'art. 169-bis l. f. viene meno sia il diritto della banca di incassare i crediti ai sensi del mandato all'incasso sia la possibilità per la banca di effettuare la compensazione nei confronti della società.

L'inefficacia del patto di compensazione a seguito di scioglimento/sospensione del rapporto principale del credito bancario determina l'obbligo in capo alla banca di riversare alla procedura le somme incassate dopo lo scioglimento.

Tale orientamento giurisprudenziale, nell'ottica del tradizionale principio della par condicio creditorum⁶, favorisce il debitore in concordato. L'acquisizione diretta da parte dell'imprenditore della liquidità riveniente dall'incasso dei crediti anticipati dalla banca consente all'imprenditore di costituire le disponibilità necessarie per l'attuazione nel piano concordatario a carico dei creditori finanziari⁷.

In aggiunta, l'operatività del patto di compensazione viene ritenuta in contrasto con l'art. 56 l. f., così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità⁸, secondo cui la compensazione non può operare quando i fatti genetici dei rispettivi crediti che vogliono portarsi a compensazione non siano entrambi persistenti all'apertura della procedura concorsuale. Tale anteriorità mancherebbe nella fattispecie in cui l'incasso del credito da parte della banca avvenga dopo la presentazione della domanda di concordato. La giurisprudenza in commento aderisce dunque alla tesi (minoritaria), i.e. applicabilità dell'art. 169-bis l. f. anche ai contratti non eseguiti da uno dei soli contraenti, e non ha dubbi nel ritenere applicabile alle linee di credito c.d. autoliquidanti l'art. 169-bis l. f., in ipotesi di mandato all'incasso.

Successivamente, il Tribunale si occupa della richiesta del debitore di estendere il provvedimento di sospensione anche ai contratti che prevedevano una cessione del credito e, in particolare, ai contratti di factoring.

La domanda è respinta, sul presupposto dell'inquadramento giuridico del factoring quale contratto di scambio, in cui la funzione qualificante il negozio è la vendita, reale ed effettiva, dei crediti.

Ne consegue che l'orientamento giurisprudenziale relativo alla sospensione e scioglimento dei contratti prima della presentazione del piano di concordato preventivo seguito dalla sentenza in commento non è applicabile alle operazioni di factoring.

La fattispecie di anticipazione bancaria assistita da cessione di credito o factoring non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 169-bis l. f., poiché la cessione di credito produce effetti traslativi immediati e, se perfezionata precedentemente alla domanda di concordato, non è qualificabile come contratto "pendente": ne deriva che il factor o il cessionario potrà procedere all'incasso del credito. Il factor dunque è legittimato a incassare un credito che si è trasferito nel suo patrimonio con un effetto traslativo realizzatosi al momento del contratto consensuale e opponibile alla procedura di concordato preventivo, ex artt. 169 e 45 l.f. nei modi previsti dal Codice Civile⁹. Analogamente le obbligazioni dedotte nel contratto di anticipazione bancaria con cessione del credito possono considerarsi esaurite all'atto del trasferimento e il creditore cessionario può procedere a trattenere il credito ceduto, anche dopo l'apertura della procedura concorsuale.

La decisione appare sotto questo profilo condivisibile, confermando che l'orientamento giurisprudenziale estensivo circa la possibilità di sospensione dei contratti bancari c.d. autoliquidanti garantiti da mandato all'incasso non è applicabile alle operazioni di factoring, poiché il trasferimento del credito, perfezionatosi anteriormente all'apertura del concordato preventivo, non consente di qualificare il contratto come pendente, per l'immediatezza dell'effetto traslativo.

Avv. Alessandra Fossati

alessandra.fossati@munaricavani.it

Dott.ssa Nataly De Pace

nataly.depaci@munaricavani.it

⁶Trib. Monza, 27 novembre 2013, in *Il fallimentarista*.it, 2014.

⁷Cfr. CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 l. f. ai contratti bancari autoliquidanti*, in *Fallimento*, 2014, 800.

⁸Cass., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, *Foro it.*, 2000, I, 2892.

⁹Cass. civ., 27 giugno 2017, n. 15943 in questo Osservatorio, 2017, n. 3, 2 e Cass. civ., 8 luglio 2015, n. 1420, in *Fallimento*, 2016, 164.

3. Corte d'Appello Venezia, 29 marzo 2019, n. 1353

Azione revocatoria fallimentare – Pagamenti anomali - Delegazione di pagamento - Adempimento del terzo – Condizioni e limiti

(Codice Civile, art. 1269; art. 1180; L. Fall., art. 67, primo comma)

La delegazione, al di là della nota questione relativa all'indole unitaria o meno della fattispecie, è comunque caratterizzata dal diverso ruolo assunto dai tre soggetti nell'unitaria operazione economica ad essa sottesa che, nella delegazione di debito, si risolve nella modificazione soggettiva passiva dell'obbligazione di valuta, e nella delegazione di pagamento nell'attuazione della stessa obbligazione per mezzo di un soggetto terzo rispetto ai titolari del rapporto giuridico. L'intervento del delegato – tuttavia – estingue l'obbligazione non ai sensi dell'art. 1180 c.c. bensì per conto del debitore originario ed è l'iniziativa di costui che concorre in modo determinante alla identificazione della fattispecie delegatoria di pagamento, nel senso che il richiamo a tale iniziativa operato dal delegato all'atto del pagamento vale ad attribuire alla delegazione il suo tratto differenziale rispetto all'adempimento del terzo disciplinato dall'art. 1180 c.c.. L'atto di delega al terzo contemplato nell'art. 1269, primo comma, n. 1, c.c. rappresenta l'iniziativa da parte del debitore originario che vale, ad un tempo, a connotare la specificità della delegazione di pagamento e a rendere il pagamento operato dal delegato effettuato per conto del delegante e non già frutto di una sua autonoma iniziativa.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Corte appello Venezia, 29 Marzo 2019, n. 1353
Sezione prima civile**

riunitasi in camera di consiglio, nelle persone di

Dott. Guido Santoro

Dott. Caterina Passarelli

Dott. Alberto Valle

Ha pronunciato la seguente

-Presidente rel.

-Consigliere

-Consigliere

SENTENZA

nella causa promossa con atto di citazione da [Alfa], in persona del commissario straordinario, rappresentato e difeso in causa dall'avv. (omissis) e dall'avv. (omissis); con domicilio eletto: (omissis)

- parte appellante -**CONTRO**

[Gamma] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso in causa dagli avv.ti (omissis); con domicilio eletto: (omissis)

- parte appellata -

Avente a oggetto: Azione revocatoria fallimentare (artt. 67 e ss. l. fall.) – appello avverso la sentenza n. 171/14 pronunciata dal tribunale di Padova in data 9-1-2014 e depositata in cancelleria in data 15-1-2014. Causa riservata in decisione all'udienza del 8-11-2018 sulle seguenti conclusioni delle parti

PARTE APPELLANTE

“Come in atto di citazione”.

Si riportano le conclusioni dell'atto di citazione:

"Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Ve., richiamate le domande, eccezioni ed istanze tutte già formulate nel giudizio di primo grado - da intendersi qui ritrascritte, anche per gli effetti cui all'art. 346 c.p.c. - riformare integralmente la sentenza resa dal Tribunale di Padova, Sezione Seconda civile, Dott. Am. il 9-15.1.2014, n. 171/2014 (Cron. 513/14, Rep.

296/14) resa nella causa e notificata il 6.6.2014, e in accoglimento delle conclusioni già formulate da [Alfa], in Amministrazione Straordinaria nel giudizio di primo grado, reietta e disattesa ogni contraria domanda, istanza, ragione od eccezione, per tutti i motivi meglio evidenziati in atti, accertare e dichiarare l'inefficacia e pertanto revocare ex art. 67, c. 1, n. 2, previgente del R.D. n. 267 del 1942, tutti i pagamenti effettuati da [Alfa] con mezzi anormali di pagamento a favore di [Gamma] (quale incorporante la società (omissis) a sua volta incorporante la società (omissis) nel periodo dal 12.7.2002 al 12.7.2004, tra cui quelli meglio indicati in atti e, per l'effetto, condannare [Gamma] (quale incorporante la società omissis) a sua volta incorporante la società omissis) in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento a favore di [Alfa] in A.S. della somma complessiva di Euro 3.623.493,25 e/o della maggiore o minore somma risultante dall'espletanda istruttoria, oltre rivalutazione e interessi dalla data dei singoli pagamenti al saldo, o in subordine, oltre rivalutazione e interessi dalla data della domanda al saldo.

Previo ogni pronuncia necessaria attesa la decadenza di controparte ex artt. 166 e 167 c.p.c. per tardiva costituzione in giudizio e senza accettazione del contraddittorio sulle avversarie domande nuove.

In via istruttoria:

1. ammettere la richiesta prova orale sui capitoli testimoniali di cui in atti con i testi ivi indicati;
2. in via subordinata disporre l'esperimento di Consulenza Tecnica d'Ufficio di natura contabile sui documenti in atti e sugli altri documenti in possesso delle parti, inclusi quelli di cui agli ordini di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c.;
3. emettere gli ordini di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. per la produzione in giudizio di tutta la documentazione meglio indicata in atti;
4. con riserva di ulteriori istanze istruttorie in replica, controprova e/o prova contraria.

Senza accettazione del contraddittorio sulle avversarie domande nuove”.

Parte appellata

“Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, previo ogni opportuno accertamento e/o declaratoria, rigettare l'appello ex adverso formulato in quanto inammissibile e/o comunque infondato in fatto ed in diritto per i motivi tutti indicati nella memoria di costituzione in giudizio nonché nelle comparse conclusionali e di replica già in atti e per l'effetto confermare la sentenza di primo in subordine, in ogni caso, previo ogni opportuno accertamento e/o declaratoria, dichiarare in via preliminare prescritta e/o inammissibile e/o tardiva la domanda di revocatoria relativa al presunto pagamento di € 516. 456,90 del 31.03.03 e per l'effetto rigettare la domanda di parte attrice; nel merito rigettare tutte le domande in revocatoria proposte da [Alfa] nei confronti della convenuta [Gamma] in quanto del tutto infondate in fatto e in diritto, per tutte le ragioni esposte nel presente atto; in ulteriore subordine in ogni caso dichiarare ed accertare che le suddette somme sono state compensate ai sensi degli art. 56 L.F., 1241,1242, 1243 e 1252 c.c. con irrevocabilità della compensazione stessa ed estinzione dell'obbligazione. In via istruttoria rigettare tutte le istanze istruttorie così come richieste da parte appellante per inammissibilità della domanda e decadenza della attrice dalla articolazione della prova; in subordine in ogni caso rigettare le avverse istanze istruttorie in quanto comunque inammissibili e/o irrilevanti per tutti i motivi indicati nella memoria di costituzione e risposta nonché nella comparsa conclusionale e di replica già in atti, e come ribadito nei verbali di causa; dichiarare nulla e/o inammissibile la testimonianza resa dal teste Ing. So., alla udienza del 16.10.2018, per incapacità a testimoniare del teste ed inattendibilità dello stesso per i motivi tutti dedotti in comparsa di costituzione e risposta, nelle comparse conclusionali e di replica in atti, nonché alle udienze del 26.6.2018 e 16.10.2018. Con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio”.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In fatto.- 1. Con la sentenza qui appellata il tribunale di Padova ha respinto la domanda formulata dalla amministrazione straordinaria di [Alfa] e diretta alla revocatoria ex art. 67, co.1, n. 2, l. f. (testo previgente) dei pagamenti effettuati dalla società - nel corso dei due anni anteriori alla data del decreto ministeriale con il quale era stata aperta la procedura di amministrazione straordinaria - in favore di [Gamma] (quale - 2- incorporante di (omissis) a sua volta incorporante la società (omissis) e indicati nella somma di € 3.623.493,25.

La prospettazione della parte attrice deduceva trattarsi di pagamenti eseguiti con mezzi non normali, in quanto effettuati da [Alfa] mediante una delegazione di pagamento.

Il primo giudice ha ritenuto non comprovata in causa la invocata delegazione di pagamento, non risultando la prova scritta dell'accordo delegatorio fra [Alfa] e [Beta] e non essendo “verosimile la tesi che il c.d. insum sarebbe stato reso in forma orale”.

2. Avverso tale sentenza la procedura di amministrazione straordinaria ha proposto appello, affidato a un unico motivo (esposto alle pagine da 8 a 14 dell'atto di citazione d'appello).

Con tale motivo si deduce che erroneamente il tribunale ha escluso la ricorrenza di una delegazione di pagamento, alla stregua della documentazione versata in atti (docc. 3 e 31).

Ricordato, inoltre, che nessuna disposizione normativa richiede la forma scritta per l'accordo di delegazione, l'appellante ha reiterato l'istanza di ammissione della prova per testimoni già articolata in primo grado, nel caso di ritenuta insufficienza della prova documentale al proposito invocata.

3. Si è costituita in giudizio [Gamma], opponendosi all'accoglimento dell'appello e chiedendone il rigetto, con conferma dell'impugnata sentenza.

4. Riservata la causa in decisione all'udienza del 14-12-2017 la Corte, con ordinanza 3-5-2018 ha disposto l'ammissione della prova per testimoni richiesta da [Alfa] in a.s. di cui al capitolo n. 3 della memoria ex art. 183, n. 2, c.p.c. del 5-8 febbraio 2010 con i testimoni ivi indicati, abilitando l'appellata alla richiesta prova contraria con i testimoni indicati a pag. 19 della comparsa di risposta 20-11-2014.

5. Assunte le prove orali ammesse, la causa, all'udienza del 8-11-2018, precisate dalle parti le rispettive conclusioni, come in epigrafe ritrascritte, previa assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, è stata nuovamente riservata per la decisione.

In diritto.- 1. La controversia si incentra, alla stregua della decisione impugnata e del motivo di appello formulato, sulla questione inerente alla sussistenza o meno di una delegazione di pagamento da parte di [Alfa] a [Gamma], delegazione in esecuzione della quale sarebbero stati compiuti i pagamenti in favore di [Gamma] e oggetto di revocatoria.

Benché la domanda sia diretta contro tutti i pagamenti eseguiti nel biennio antecedente l'entrata in amministrazione straordinaria, [Alfa] ha concretamente individuato tre pagamenti, segnatamente i seguenti tre:

I.) € 1.557.685,65 del 31-3-2002;

II.) € 516.456,90 del 31-3-2003;

III.) € 1.549.370,70 del 20-12-2002.

-3- 2. Secondo la procedura di a.s. i documenti prodotti sub n. (*omissis*) e (*omissis*) – e fotoriprodotti in atto di appello così come in comparsa conclusionale – rivelerebbero l'esistenza di una delegazione di pagamento con riguardo ai pagamenti ivi previsti di € 1.557.685,65 e di € 516.456,90.

I documenti richiamati consistono in due missive redatte da [Beta] e dirette a [Delta] (factor della [Gamma]) in data 27-3-2003 portanti come oggetto, rispettivamente “pagamento acconto su rata acquisto società eur 2.074.142,55 [Alfa]” e “pagamento a saldo rata acquisto società euro 2.074.142,55 [Alfa]”.

Il testo di entrambe – di analogo tenore – è il seguente. “Con la presente Vi autorizziamo a trasferire a [Gamma] l'importo di euro” rispettivamente 1.557.685,65 e 516.456,90 “prelevando da nostre disponibilità sui conti factoring. Detto trasferimento deve intendersi in nome e per conto della società [Alfa], che ci legge in copia”. Secondo l'a.s. tale documento conterrebbe la delegazione di pagamento e l'alternativa ricostruzione proposta nella sentenza – ossia quella del pagamento frutto di un autonomo intervento del terzo [Beta] ex art. 1180 c.c. – non troverebbe alcun riscontro, in quanto nelle lettere è precisato che il pagamento veniva effettuato “in nome e per conto di [Alfa]”.

3. L'appellata contesta la ricostruzione proposta da [Alfa], evidenziando in particolare che, se di effettiva delegazione di pagamento si fosse trattato, [Beta] avrebbe dovuto dichiarare di pagare in nome proprio su delega di [Alfa] e non già in nome di questa.

Soggiunge [Gamma] che la lettera non è nemmeno diretta al creditore [Gamma] (bensì a [Delta], vale a dire alla società di *factoring*), il che varrebbe a confermare come nella fattispecie si tratti di un pagamento del terzo, che agisce di propria iniziativa indipendentemente dalle ragioni sottostanti.

4.

Osserva la corte che la delegazione, al di là della nota questione relativa all'indole unitaria o meno della fattispecie, è comunque caratterizzata dal diverso ruolo assunto dai tre soggetti nell'unitaria operazione economica ad essa sottesa che, nella delegazione di debito, si risolve nella modificazione soggettiva passiva dell'obbligazione di valuta e, nella delegazione di pagamento, nell'attuazione della stessa obbligazione per mezzo di un soggetto terzo rispetto ai titolari del rapporto giuridico.

L'intervento del delegato – tuttavia – estingue l'obbligazione non ai sensi dell'art. 1180 c.c. bensì per conto del debitore originario ed è l'iniziativa di costui che concorre in modo determinante alla identificazione

della fattispecie delegatoria di pagamento, nel senso che il richiamo a tale iniziativa operato dal delegato all'atto del pagamento vale ad attribuire alla delegazione il suo tratto differenziale rispetto all'adempimento del terzo disciplinato dall'art. 1180 c.c. L'atto di delega al terzo contemplato nell'art. 1269, co. 1, c.c., rappresenta l'iniziativa da parte del debitore originario che vale, ad un tempo, a connotare la specificità della delegazione di pagamento e a rendere il pagamento operato dal delegato effettuato per conto del delegante e non già frutto di una sua autonoma iniziativa.

5. Orbene, calati tali principi nella concreta fattispecie dedotta in questa controversia, va osservato che dalla documentazione prodotta non emerge in maniera sufficientemente certa che i pagamenti siano stati compiuti da parte di [Beta] su delega di [Alfa], -4- risultando dagli atti dimessi formulazioni letterali equivoche ed espresse in termini la cui tecnica non è neppure certa.

Ciò che si può - con relativa certezza - assumere dal tenore dei documenti è che [Beta] intese pagare il debito di [Alfa].

In tal senso depona la indicazione che il pagamento venne operato da [Beta] “per conto” di [Alfa] e, dunque, per estinguere un debito di quella società, oltre che la indicazione presente nell'oggetto, la quale pure fa riferimento al debito di [Alfa].

Peraltro trarre da tale indicazione che non si tratti di un pagamento del terzo, in quanto ipotesi caratterizzata dall'autonomo intervento da parte del terzo il quale non potrebbe effettuare il pagamento che “in proprio” e, dunque, del tutto a prescindere da una partecipazione attiva del debitore (come sostiene la parte appellante), non pare un approdo ermeneutico agevolmente traguadabile alla luce del concreto contenuto del documento in disamina.

E ciò non solo per la non sicura utilizzazione di espressioni in accezione rigorosamente tecnica, ma anche in quanto la espressione usata può ben essere intesa anche soltanto in termini di segnalazione che si intendeva pagare il debito di altro soggetto, ossia proprio di [Alfa], senza - per ciò solo - che da un tanto sia dato ricavare l'esistenza di una previa delega da parte del debitore.

[Gamma] richiama l'ulteriore espressione, pure presente nel documento, ove si esplicita che il pagamento oltre che “in conto” era effettuato anche “in nome” di [Beta] per dedurre che farebbe difetto il profilo dell'effettuazione del pagamento “in nome proprio del delegato” e sulla base di una delega del debitore principale, evidenziandosi che si tratterebbe di circostanza incompatibile con la fattispecie delegatoria.

In ogni caso tale ulteriore precisazione, ossia che il pagamento veniva effettuato non solo per conto, ma anche “in nome” di [Alfa] parrebbe propriamente più compatibile con il pagamento da parte di un soggetto il quale agisse in virtù di poteri rappresentativi tali da far ricadere gli effetti dell'atto direttamente sul rappresentato in nome e per conto del quale il pagamento è stato effettuato, circostanza invero neppure dedotta da alcuna delle parti e pur tuttavia compatibile con il tenore letterale delle espressioni recate nel documento in rassegna.

Il che ribadisce vieppiù la equivocità delle espressioni recate nel documento invocato dalla amministrazione straordinaria e la loro inidoneità a dare di per sé sole la dimostrazione in causa della delegazione assunta dalla parte appellante.

In definitiva, sul punto, la corte ritiene che dalla documentazione prodotta non emerge in maniera sufficientemente chiara chi abbia assunto l'iniziativa dei pagamenti e se ad essi sia sottesa una delegazione di pagamento o non piuttosto un adempimento del terzo (o altre ipotizzabili figure giuridiche, quali l'espromissione).

6. E in tale situazione, nella quale dalla documentazione prodotta non è sufficientemente chiara e comprovata la effettuazione dello *insum* da parte di [Alfa] a [Beta], evidenziandosi così la necessita di un approfondimento per individuare l'effettiva strutturazione della concreta fattispecie, la corte, sul presupposto che la delegazione di pagamento non richiede la forma scritta *ad substantiam* né *ad probationem* (e della -5- mancata eccezione da parte di [Gamma] ex art. 2721 c.c.), ha disposto l'ammissione delle prove orali che la procedura ha articolato proprio al fine di dare la prova in causa della delegazione da parte di [Alfa] da essa invocata.

Segnatamente è stato ammesso il seguente capitolo di prova testimoniale: “vero che nel periodo dal 2001 in avanti [Alfa] ha delegato altre società del Gruppo [Beta] ad effettuare per proprio conto pagamenti di propri debiti scaduti a [Gamma] nei soli casi relativi ai pagamenti di Euro 1.549.370,70 del 20-12-2002 nonché di Euro 1.557.665,65 e di Euro 516.456,90 del 31-3-2003”.

Alla udienza del 15 febbraio 2018, il testimone di parte *[Alfa]* (*omissis*), già dirigente dell'ufficio servizi di *[Beta]*, ha dichiarato di “*non sapere nulla sulla circostanze oggetto del capitolo di prova*”, mentre l'altro testimone introdotto dall'appellante - (*omissis*) – già impiegato dell'ufficio tesoreria della *[Beta]*, ha specificato di avere “*effettuato i vari pagamenti che mi venivano ordinati*” ma di non essere “*in grado di ricordare le vicende di cui al capitolo, ossia chi dava l'ordine originario*”.

Il testimone di parte appellata (*omissis*), liquidatore della società di *factoring* *[Delta]* ed ex (*omissis*) di *[Gamma]*, ha dichiarato di non aver “*alcun ricordo di operazioni di delegazione da parte di [Alfa] ad altre società del gruppo [Beta] per pagare debiti nei confronti di [Gamma] e quindi tendo ad escludere la sussistenza di questo tipo di operazioni*” e “*non ho ricordi di pagamenti diretti da [Alfa] a [Gamma]*”.

Con specifico riguardo al documento prodotto da *[Alfa]* con il numero 31 questo testimone ha affermato che si tratta “*di una delle varie disposizioni di pagamento impartite da [Beta] a valere sulle disponibilità della [Beta] presso [Delta] per pagamento in questo caso di un debito di [Alfa]*”.

L'altro testimone introdotto da *[Alfa]* (*omissis*), escusso alla udienza del 16-10- 2018, ha precisato di essere divenuto amministratore di *[Alfa]* solo nel luglio 2003 e pertanto di non poter “*ricordare i fatti di cui al capitolo*” di prova, pur potendo ricordare che “*in alcune circostanze [Alfa] ebbe a delegare società del gruppo [Gamma] a pagamenti a terzi con operazioni finanziarie da parte del direttore finanziario*”.

Sui documenti n. 4 e 31 di parte *[Alfa]*, il testimone ha precisato trattarsi di “*atti di [Beta]*” e che per quanto era in grado di ricordare “*questo tipo di operazioni partivano dalla capogruppo [Beta] al momento di pagare i debiti*”.

7. I riportati esiti dell'indagine testimoniale non hanno in alcun modo corroborato la prospettazione della parte appellante, non avendo nessuno dei testimoni assunti chiarito che nei pagamenti oggetto di domanda era stata *[Alfa]* a ordinare a *[Beta]* il pagamento a favore di *[Gamma]*.

Certamente a tal fine non può valorizzarsi – come tenta, ma vanamente, la difesa dell'appellante – il generico e del tutto indeterminato ricordo del testimone (*omissis*), circa l'essersi verificato “*in alcune circostanze*” che *[Alfa]* abbia delegato “*a società del gruppo [Beta]*” dei pagamenti a terzi.

Si tratta di dichiarazione che per la sua intrinseca vaghezza non consente di far appurare che proprio i pagamenti oggetto di domanda siano quelli alla cui base vi sia stata la -6- delegazione di pagamento da parte di *[Alfa]*.

Tanto più che lo stesso testimone ha premesso che all'epoca non era neppure divenuto amministratore di *[Alfa]* e avendo altresì pure riferito che “*questo tipo di operazioni partivano dalla capogruppo [Beta] al momento di pagare i debiti*”.

In disparte che gli ulteriori riscontri testimoniali sono di segno del tutto negativo rispetto alla prospettazione della procedura di a.s. 8. In definitiva, non risultano acquisiti in causa sufficienti elementi per ritenere comprovato che *[Alfa]* abbia pagato a *[Gamma]* mediante una delegazione di pagamento, in quanto la documentazione prodotta è compatibile anche con alternative ipotesi (adempimento del terzo, espromissione, ecc.) e non essendo altrimenti risultati adeguati riscontri alla tesi dello iussum da parte di *[Alfa]* stessa a *[Beta]*, neppure in esito alla disposta indagine testimoniale. Il che vale ad assorbire ogni altra questione e domanda, precludendo l'accoglimento dell'appello.

9. La sentenza non merita, pertanto, censura e va confermata.

10. Le spese processuali, liquidate come in dispositivo sulla base dei parametri prossimi al minimo (attesa la relativa semplicità della controversia) per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria-trattazione e decisione con riferimento allo scaglione di valore fra 2.000.001 e 4.000.000, seguono la soccombenza della parte appellante e vanno poste a suo integrale carico.

Va dato della sussistenza in capo all'appellante del presupposto procedimentale di cui all'art. 13, co. 1 quater, DPR 115/2002.

P.Q.M.

definitivamente provvedendo sull'appello proposto da *[Alfa]* in amministrazione straordinaria avverso la sentenza n. 171/14 del tribunale lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

condanna *[Alfa]* in amministrazione straordinaria, in persona del commissario straordinario *pro tempore*, a rifondere a *[Gamma]*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, le spese processuali da queste sostenute e che liquida in € 24.000,00 per compenso, oltre al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15% del compenso e agli oneri fiscali e previdenziali se e come per legge dovuti;

dà atto della sussistenza in capo a [Alfa] in a.s. del presupposto procedimentale di cui all'art. 13, co. 1 quater DPR 115/2002.

Venezia, 20-3-2019.

Il presidente est. Guido Santoro -7-.

* * *

IL CASO

Il caso esaminato dalla Corte di Appello di Venezia con la pronuncia in commento inerisce al tema della revocabilità o meno a norma dell'art. 67, primo comma, n. 2 l.f. dei cosiddetti “pagamenti indiretti”, ossia dei pagamenti effettuati da un terzo per conto del debitore, poi fallito.

Più precisamente, la Corte è stata chiamata a decidere sulla revocabilità di pagamenti effettuati dalla società Alfa in favore della società Gamma a mezzo di un soggetto terzo Beta nei due anni anteriori alla data di emissione del decreto ministeriale con cui Alfa era stata ammessa alla procedura concorsuale di amministrazione straordinaria.

A quanto è dato desumere dalla sintetica esposizione del fatto nella sentenza, Alfa e Beta appartengono allo stesso gruppo; Alfa è debitrice nei confronti di Gamma; nel contempo Beta ha in essere un rapporto di factoring con Delta, società di factoring collegata al gruppo Gamma. I pagamenti erano stati, infatti, effettuati da Beta con ordine diretto a Delta, factor di Gamma (creditore originario), del seguente tenore: “Con la presente Vi autorizziamo a trasferire a [Gamma] l'importo di Euro [...] prelevando da nostra disponibilità sui conti factoring. Detto trasferimento deve intendersi in nome e per conto della società [Alfa]”.

Secondo la prospettazione offerta dal Commissario Straordinario della società attrice Alfa in A.S. i pagamenti in esame avrebbero dovuto essere revocati poiché effettuati con un “mezzo anormale di pagamento”, ossia la delegazione di pagamento ex art. 1269 c.c.: i pagamenti erano stati effettuati dal terzo delegato Beta “in nome e per conto” della Società originaria debitrice Alfa e in favore di Gamma.

Secondo invece la prospettazione della Società Gamma, convenuta in revocatoria, i pagamenti non erano revocabili poiché eseguiti dalla società Gamma non già “su delega” della Società originaria debitrice Alfa, bensì da Beta di propria autonoma iniziativa.

La Corte a fronte delle diverse prospettazioni offerte dalle parti in causa ha ritenuto che la controversia dovesse essere decisa distinguendo l'ipotesi in cui i pagamenti oggetto di revocatoria fossero stati eseguiti dal terzo Beta, in presenza di un delega proveniente dalla società insolvente Alfa e dunque ex art. 1269 c.c. ovvero in assenza di essa e dunque ex art. 1180 c.c..

Il diverso inquadramento giuridico dei pagamenti eseguiti dal terzo Beta (delegatio solvendi o adempimento del terzo), costituiva quindi l'elemento dirimente ai fini delle revocabilità o meno di essi.

La Corte di Appello è passata dunque ad esaminare la documentazione prodotta in giudizio, oltre che disporre l'assunzione delle prove orali richieste da parte appellante.

Quanto alla documentazione in atti ed in particolare al tenore letterale dell'ordine di pagamento indirizzato dal terzo Beta al factor di Gamma, la Corte ha osservato come le espressioni recate nel documento de quo fossero equivocate ed inidonee a dare di per sé la dimostrazione in causa della sussistenza di un rapporto di delegazione di pagamento tra Alfa e Gamma, non emergendo in maniera chiara chi abbia assunto l'iniziativa dei pagamenti e se ad essi sia sottesa una delegazione di pagamento o un adempimento del terzo.

Allo stesso modo neppure le dichiarazioni rese dai testimoni esaminati sono state ritenute sufficienti a dare prova della sussistenza o meno di un rapporto di delegatio solvendi tra Alfa e Beta.

La Corte, quindi, non risultando “acquisiti in causa sufficienti elementi per ritenere comprovato che Beta (il terzo, n.d.r.) abbia pagato Gamma (il creditore, n.d.r.) mediante una delegazione di pagamento in quanto la documentazione prodotta è compatibile anche con alternative ipotesi (adempimento del terzo)”, ha rigettato l'appello di Alfa, con conferma della sentenza di primo grado di non revocabilità dei pagamenti eseguiti da Beta.

COMMENTO

La Corte Veneziana con la pronuncia in commento sembrerebbe ritenere assorbente, nella prospettiva della revocabilità dei “pagamenti indiretti” ex art. 67, primo comma, n. 2 l.f., la sussistenza o meno dell’ordine di pagamento dato dal debitore originario al terzo, di talché, ove tale ordine (iussum) sia sussistente il pagamento, eseguito dal terzo sarebbe revocabile, diversamente non lo sarebbe.

La ratio decidendi della Corte appare tuttavia collocabile in una prospettiva di più ampio respiro, alla luce dei principi di diritto afferenti alla funzione dell’azione revocatoria fallimentare e alla diversa natura e struttura dell’istituto della delegazione di pagamento ex art. 1269 c.c. e quello dell’adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.

In generale, l’azione revocatoria fallimentare si caratterizza come rimedio volto a ripristinare la parità di trattamento tra i creditori (sia pur nel rispetto delle eventuali cause di prelazione) e a rendere inefficaci nei confronti della massa passiva della società insolvente gli atti di disposizione compiuti dal fallito anteriormente alla dichiarazione di fallimento e in un arco di tempo predeterminato ex lege.

L’azione revocatoria è dunque uno strumento utilizzabile dal curatore fallimentare allo scopo di ricostituire il patrimonio del fallito destinato alla soddisfazione dei suoi creditori, facendovi rientrare quanto ne era uscito nel periodo antecedente al fallimento (il cosiddetto periodo sospetto): essa consente di colpire gli atti del debitore insolvente che hanno in concreto inciso sul suo patrimonio depauperandolo, in violazione del principio della par condicio creditorum. Suo tramite il curatore può rendere inefficaci gli atti di disposizione, i pagamenti e le garanzie poste in essere dal fallito nell’anno o nei sei mesi antecedenti al fallimento, imponendo ai terzi, che hanno ottenuto beni o denaro, di restituire quanto ricevuto, o, se hanno ottenuto garanzie, retrocedendoli dal rango privilegiato a quello chirografario. Non tutti gli atti compiuti da soggetti insolventi, tuttavia, possono venire colpiti dalla revocatoria, perché la legge prevede un ampio numero di esenzioni: tra di esse la vendita a giusto prezzo di immobili destinati ad abitazione principale dell’acquirente o di suoi stretti parenti od affini, i pagamenti effettuati nell’esercizio normale dell’impresa, i pagamenti per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti, i pagamenti in esecuzione¹. Per quanto rileva in questa sede, l’art. 67, primo comma, n. 2 l.f., stabilisce che “sono revocati, salvo che l’altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o mezzi normali di pagamento, se compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento”.

Nella nozione di pagamento anomalo rientra ogni atto solutorio che non sia direttamente compiuto dal fallito mediante danaro o altro strumento di pagamento ad esso assimilabile, ma piuttosto attraverso operazioni ed atti giuridici che in via mediata e indiretta estinguono suoi debiti verso i propri creditori, così che l’estinzione di una precedente passività costituisce lo scopo ultimo conseguito dal fallito².

È considerato pagamento “anomalo”, tra altri, anche il pagamento di un debito del fallito effettuato da un terzo: tale atto solutorio laddove si presenti idoneo a ledere la par condicio, e quindi ad incidere sul patrimonio del fallito depauperandolo, sarà suscettibile di revocatoria, mentre in assenza di tale relazione, detto pagamento assume la veste di atto del tutto “neutro” rispetto ai creditori, non comportando né una riduzione dell’attivo, né un incremento del passivo, con conseguente, strutturale inidoneità ad incidere sulla par condicio³.

¹ PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 283 e ss. L’art. 67 l.f., rubricato “Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie”, alla lett. e) così dispone: “gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata, nonché dell’accordo omologato ai sensi dell’articolo 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 161”.

² Cfr. Cass. civ., 3 febbraio 2006, n. 2441, in *Fallimento*, 2006, 1332; Cass. civ., 23 dicembre 2015, n. 25928, in *Fallimento*, 2016, 1380: “secondo la giurisprudenza di questa corte, al fine della esperibilità dell’azione revocatoria prevista dalla L. Fall., art. 67, comma 1, n. 2, mezzi normali di pagamento, diversi dal denaro, sono soltanto quelli comunemente accettati nella pratica commerciale in sostituzione del denaro, come gli assegni circolari e bancari ed i vaglia cambiari. Ne consegue che, ai sensi della suddetta disposizione di legge, va affermata la revocabilità, quale mezzo anormale di pagamento idonea a ledere la par condicio creditorum, di una delegazione che il debitore abbia posto in essere allo scopo di estinguere la preesistente obbligazione pecuniaria, già scaduta ed esigibile (Cass., sez. 1, 17 gennaio 2003, n. 649, m. 559841, Cass., sez. 1, 15 luglio 2011, n. 15691, m. 619006)”.

³ Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 570, in *Fallimento*, 2000, nota di TEREINGHI.

Nel novero dei pagamenti indiretti effettuati dal fallito con mezzi “anormali di pagamento” possono rientrare dunque quelli eseguiti a mezzo delegazione di pagamento di cui all'art. 1269 c.c.⁴ o adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.⁵.

Si ha delegazione di pagamento quando il debitore originario (il delegante), ordina al delegato (il terzo) di pagare in sua vece al creditore delegatario quanto dovutogli⁶. La delegazione presuppone la sussistenza di due rapporti sottostanti intercorrenti tra delegante e delegatario (c.d. rapporto di valuta) e tra delegante e delegato (rapporto di provvista).

Elemento caratterizzante la delegatio solvendi è quindi che il delegante abbia un debito nei confronti del delegatario (rapporto di valuta) e un credito nei confronti del delegato (rapporto di provvista) e che entrambe le obbligazioni possano essere estinte attraverso l'adempimento del delegato nei confronti del delegatario. Il pagamento eseguito dal terzo estingue contemporaneamente sia il debito del delegante nei confronti del delegatario sia il debito del delegato nei confronti del delegante. Quando il delegato paga, la prestazione adempiuta nelle mani del delegatario ha una duplice valenza⁷: è come se essa fosse stata eseguita al creditore delegatario direttamente dal delegante (rapporto di valuta) e allo stesso tempo vale come effettuata dal delegato al delegante per quanto riguarda i loro rapporti (rapporto di provvista).

In caso invece di adempimento del terzo, il solvens non solo paga un debito sua sponte, ossia in assenza di un ordine ad hoc da parte dell'originario debitore⁸, ma anche in assenza di un suo rapporto di debito con quest'ultimo.

L'elemento discrezionale tra le due ipotesi di pagamento indiretto è dunque rappresentato dal fatto che la prestazione eseguita dal delegato per conto del delegante è imputabile direttamente al delegante, mentre nell'ipotesi di adempimento del terzo la prestazione da questi eseguita è interamente riferibile alla propria sfera giuridica⁹.

L'adempimento del terzo condivide con la delegazione di pagamento la funzione immediatamente solutoria, ma se ne distingue perché in essa il terzo dichiara di adempiere su incarico del delegante, cui è imputato direttamente il pagamento.

Ed allora è in ragione di tutto quanto precede che la Corte di Appello di Venezia ha ritenuto di dover verificare se i pagamenti oggetto di revocatoria, eseguiti dal terzo Beta per conto di Alfa, fossero stati eseguiti in presenza di una delegazione di pagamento oppure in assenza di essa, poiché solo nel primo caso il pagamento di Beta avrebbe avuto l'effetto di depauperare il patrimonio del fallito, sottraendogli il credito vantato proprio nei suoi stessi confronti (rapporto di provvista¹⁰), con lesione

⁴ A norma dell'art. 1269 c.c. “Se il debitore per eseguire il pagamento ha delegato un terzo questi può obbligarsi verso il creditore, salvo che il debitore l'abbia vietato. Il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante. Sono salvi gli usi diversi”.

⁵ A norma dell'art. 1180 c.c. “L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione”.

⁶ “La delegazione è una figura a tre lati consistente nell'iniziativa di un soggetto (delegante) il quale incarica un altro soggetto (delegato) di obbligarsi nei confronti di un terzo soggetto ovvero di limitarsi a eseguire a quest'ultimo (delegatario) un pagamento (nel primo caso la delegazione è di debito; nel secondo caso è di pagamento)”: QUATRARO, GIORGETTI, FUMAGALLI, *Azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tomo II, 1150 e ss.; cfr. anche BIANCA, *L'obbligazione*, 4, Diritto Civile, 1998, 652.

Costituiscono esempi di delegazione di pagamento la cambiale tratta e l'assegno bancario.

⁷ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 598.

⁸ La norma ammette l'adempimento del terzo anche se questi non abbia alcun interesse in tal senso ed agisca spontaneamente. Il limite è dato dalla eventuale opposizione del debitore: pertanto, in capo al terzo non può riconoscersi un vero diritto ad adempiere ma solo un potere. Tuttavia, secondo la dottrina, può configurarsi un diritto se il terzo ha prestato garanzia reale, mediante costituzione di un pegno (v. 2784 c.c.) o un'ipoteca (v. 2808 c.c.) su un suo bene. In tal caso il legislatore privilegia l'interesse del terzo a non subire l'espropriazione del bene. Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1980.

⁹ GALGANO, *Trattato di diritto Civile*, II, 2009, 116.

¹⁰ Cfr. Trib. Milano, 6 giugno 2018, in www.ilcaso.it: “Nel concordato preventivo, a meno non vi sia applicazione dello strumento dello scioglimento dei contratti pendenti di cui all'art. 169-bis legge fall., non si verifica lo scioglimento della delegazione di pagamento. Pertanto, in caso di pagamento di cambiali tratte, l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria a carico del traente e in favore del beneficiario (credito anteriore, costituente il rapporto di valuta) - ancorché attuata mediante un meccanismo di delegatio solvendi (ossia dando il traente incarico al trattario, obbligato nei confronti del traente in virtù del rapporto di provvista) - comporta che il trattario assolva contestualmente sia al debito di provvista nei confronti del traente (credito dell'imprenditore concordante o credito di massa) sia, contestualmente, al rapporto di valuta corrente tra beneficiario e traente (debito concorsuale). Secondo la prospettiva del traente in concordato, dunque, il traente riceve indirettamente il pagamento effettuato dal trattario, il quale è efficace nei confronti del traente in quanto l'imprenditore ammesso al concordato preventivo conserva l'amministrazione dei beni ed è quindi legittimato a ricevere pagamenti, direttamente o indirettamente. Tuttavia, l'assolvimento del rapporto di valuta tra traente in concordato e beneficiario creditore concorsuale deve reputarsi inefficace, in quanto comporta violazione della par condicio creditorum, perché integra l'esecuzione di un pagamento di creditori concorsuali indipendentemente dall'ordine di graduazione previsto dal concordato e ciò per il solo fatto di essere in possesso di uno strumento di pagamento cartolare”.

della *par condicio creditorum*. La Corte ha rigettato la domanda per revocatoria, confermando la pronuncia di primo grado, poiché non vi era prova in atti che nei rapporti tra Alfa, Beta e Gamma ricorresse la fattispecie di cui all'art. 1269 c.c. Appare utile precisare che, in assenza di delegatio solvendi, il pagamento di un debito del fallito da parte di un terzo non può ex se ritenersi non revocabile a norma dell'art. 67, primo comma, n. 2, l. f., occorrendo pur sempre indagare in concreto in merito alla idoneità di tale pagamento a depauperare in concreto il patrimonio del debitore fallito, depauperamento sterilizzato appunto con l'esercizio dell'azione revocatoria.

La predominante posizione giurisprudenziale sul punto è solita affermare che il pagamento del terzo va ritenuto revocabile allorché ricorre, alternativamente, una delle seguenti fattispecie: a) il terzo utilizza, nel proprio adempimento, denaro o mezzi messi a disposizione del fallito, e provenienti dal patrimonio di questo; b) il terzo, pur attingendo a proprie risorse personali, esercita prima della dichiarazione di fallimento il diritto di rivalsa riconosciutogli dall'ordinamento, ottenendo quindi dal fallito il rimborso di quanto in precedenza versato al creditore¹¹. Anche da ultimo, infatti, la Cassazione ha ribadito che "ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l. f. va affermata la revocabilità, quale mezzo anormale di pagamento idonea a ledere la *par condicio creditorum*, del pagamento di un terzo per conto del debitore poi fallito (Cass., sez. 1, 17 gennaio 2003, n. 649, m. 559841, Cass., sez. 1, 15 luglio 2011, n. 15691, m. 619006), ogni qual volta il terzo abbia pagato il debito con danaro dell'imprenditore fallito, ovvero con danaro proprio, sempre che, dopo aver pagato, abbia esercitato azione di rivalsa¹² prima dell'apertura del fallimento, con recupero del relativo importo, essendo in tali casi ravvisabile una potenziale idoneità di detto pagamento ad incidere sulla "*par condicio*", stante la configurabilità di una effettiva interazione con il patrimonio del fallito (Cass., sez. 1, 10 gennaio 2003, n. 142, n. 59534, Cass., sez. 1, 17 aprile 2007, n. 9143, n. 596649). Per stabilire dunque se è revocabile il pagamento eseguito dal terzo è determinante accertare se la provvista dell'operazione incida direttamente o indirettamente sulla garanzia patrimoniale dei creditori concorsuali"¹³.

Sullo sfondo è invece rimasta invece la posizione del factor Delta, non citato in giudizio dall'Amministrazione Straordinaria di Alfa in quanto considerato come mero esecutore del pagamento attribuibile al terzo (asserito delegato) Beta. Conclusivamente il pagamento di un debito del fallito effettuato dal terzo è revocabile sia in ipotesi di delegazione di pagamento ex art. 1269 c.c., sia anche in ipotesi di adempimento del terzo ex art. 1180 c.c., sempreché, in tale ultimo caso, al pagamento del solvens segua una riduzione della consistenza patrimoniale del fallito lesiva della *par condicio creditorum*.

Appare dunque dirimente la natura del pagamento del terzo ed ai suoi effetti sul patrimonio del fallito.

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

¹¹ Si vedano Cass. civ., 16 novembre 1998, n. 11520, in *Fallimento* 1999, 650, con commento di TARZIA; Cass. civ., 2 maggio 1996, n. 4040, *ivi*, 1996, 993; Cass. civ. 24 marzo 1994, n. 2899, *ivi*, 1994, 892; Cass. 22 marzo 1991, n. 3110, in *Foro it.* 1992, I, 153, con nota di FABIANI. Come poi osservato da TARZIA, *Considerazioni sulla revoca fallimentare del pagamento del terzo*: in caso di pagamento con danaro proprio non potrebbe nemmeno a rigore essere qualificata come pagamento del terzo, in quanto quest'ultimo assume una figura equiparabile a quella di un *nuncius* del debitore, di modo che il versamento dev'essere considerato come eseguito direttamente da quest'ultimo. Nella giurisprudenza di merito affiora talvolta una posizione ancora più rigida nei confronti dell'*accipiens*, secondo la quale il pagamento in questione dovrebbe considerarsi revocabile anche qualora il terzo possa esercitare la propria rivalsa nei confronti del fallito attraverso l'insinuazione al passivo fallimentare ed il conseguente riparto: cfr. Trib. Torino, 10 giugno 1991, in *Fallimento* 1991, 1202; Trib. Genova, 25 gennaio 1984, *ivi*, 1985, 54. La Cassazione ha però ripetutamente manifestato il proprio dissenso in relazione a tale impostazione: si veda Cass. civ., 29 novembre 1985, n. 5956, in *Foro it.* 1986, I, 451.

¹² Si consideri, a tale proposito, che la susseguente rivalsa pure presenta requisiti di revocabilità, in quanto ha sicuramente l'effetto di depauperare il patrimonio del fallito.

¹³ Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2015, n. 25928, in *Fallimento*, 2016, 1380.

4. Tribunale Belluno, 31 gennaio 2019, n. 53

Concorrenza (Disciplina della) – Intesa vietata – Violazione della normativa *antitrust* – Nullità di singole clausole – Estensione della nullità all'intera fideiussione – Condizioni – Sussistenza

(L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 2; Codice Civile, artt. 1418, 1419, 1956, 1957 e 1938)

In tema di accertamento della nullità del contratto fideiussorio, sono nulle le clausole contrattuali di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c. e di sopravvivenza di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale ABI e contenute nelle fideiussioni bancarie: tale vizio, come rilevato da Banca d'Italia quale Autorità garante, deriva dalla loro natura meramente riproduttiva degli schemi contrattuali uniformi ABI, censurabili per il loro scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca e degli atti estintivi della stessa, nonché per carenza di "un legame di funzionalità" col negozio fideiussorio e – dunque – nulli quali intese vietate dalla normativa antitrust, per il disposto degli artt. 2, c. 2, lett. A), e 3 della L. n. 287/1990. La nullità - che attinge inizialmente solo tre clausole in esame - è suscettibile di estendersi all'intero negozio fideiussorio, a norma dell'art. 1419 comma 1 c.c. (applicabile ex art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali, Cass. 10690/2005) laddove non sia possibile la sostituzione di diritto di tutte le clausole con norme imperative, ex art. 1419, comma 2 c.c.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Belluno, 31 Gennaio 2019, n. 53**

In persona del giudice unico Dott. Ruben D'Addio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 446/2014 del Ruolo Generale Affari contenziosi, trattenuta in decisione l'11/10/2018 e vertente

TRA[Tizia] rappresentata e difesa, in forza di procura in calce alla citazione, dell'Avv. (*omissis*), con domicilio eletto nella Cancelleria dell'istituto Tribunale,**- opponente -**[Beta] Banca di Credito Cooperativo – Società cooperativa, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa, in forza di mandato a margine della comparsa di intervento, dall'Avv. (*omissis*), con domicilio eletto presso il suo studio in Belluno alla (*omissis*)**- opposto -**[Gamma] in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa, in forza di mandato a margine della comparsa di intervento, dall'Avv. (*omissis*), con domicilio eletto presso il suo studio in Belluno alla (*omissis*).**- intervenuta -**Oggetto: opposizione a D.I. n. 62/2014 del 03/02/2014 emesso dal Tribunale di Belluno (R.G. (*omissis*)). – notificato il 15/02/2014) – fideiussione.**RAGIONI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE**Con atto di citazione notificato il 26/03/2014 [Tizia] ha convenuto in giudizio [Beta] (di seguito *omissis*) in opposizione al D.I. n. n. 62/2014 del 03/02/2014 emesso dal Tribunale di Belluno (*omissis* – notificato il 15/02/2014).

Tale D.I. è stato emesso con formula di provvisoria esecuzione in favore di [Beta] ed a carico solidale di [Alfa] s.n.c. nonché di [Tizia] quale fideiussore e terza datrice di ipoteca sino alla concorrenza della somma

di € 117.00,00, rispetto alla complessiva pretesa di € 248.548,71, derivante da rapporti di conto corrente, mutuo e fideiussori facenti capo alla prima s.n.c. (doc. n. 1, 2 e 3 fasc. mon.).

L'opponente ha formulato le seguenti conclusioni: "1) *Accertare e dichiarare la nullità delle fideiussioni fatte sottoscrivere alla Sig.ra [Tizia] poiché gli artt. 2, 7 e 9 presenti nelle stesse ricalcano le clausole di "reviviscenza", di deroga all'art. 1957 c.c. e di "sopravvivenza", di cui allo schema contrattuale ABI dichiarate lesive della concorrenza dall'Antitrust, con parere del 20.04.2005, nonché censurate anche da Banca d'Italia con provvedimento n.55 del 2.05.2005 (doc. n.9);*

2) *Accertare e dichiarare previa revoca di ogni contrario provvedimento, la propria incompetenza per territorio relativamente al presente procedimento in ragione di espressa pattuizione contrattuale di deroga convenzionale alla competenza per territorio, riconoscendo la competenza a conoscere dello stesso in capo al Tribunale di Trento nella cui circoscrizione ha la sede legale [Beta];*

3) *Accertare e dichiarare la sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire della convenuta opposta ed altresì dei soggetti giuridici a cui ha ceduto il proprio credito, a seguito della totale soddisfazione del credito, come risulta dai documenti n. 5 e n. 6 (allegati alle note conclusive depositate in data 15.3.2018), nei limiti per cui è stato concesso il decreto ingiuntivo qui opposto e conseguentemente accertare e dichiarare la liberazione della Sig.ra [Tizia] dalla garanzia fideiussoria di cui al decreto ingiuntivo opposto, o in via subordinata la riduzione dell'importo preteso in considerazione delle somme ricavate dalla convenuta opposta a seguito delle esecuzioni immobiliari sui beni immobili dei fideiussori di cui ai docc. n. 5 e n. 6;*

4) *Accertare e dichiarare inammissibile il mutamento della domanda nel quantum formulato dalla convenuta di cui al decreto ingiuntivo opposto, alle stesse conclusioni formulate dalla convenuta opposta nella comparsa di costituzione e risposta ed alle risultanze documentali.*

5) *Accertare e dichiarare la tardività dell'atto di intervento ex art. 111 c.p.c. di [Gamma] quale procuratrice di (omissis) avvenuto solo in data 26.03.2018 in quanto successivo alla precedente udienza di precisazione 27.3.2017.*

In via principale nel merito:

1) *Accogliere la presente opposizione e revocarsi e/o annullarsi e/o dichiararsi nullo, inefficace e destituito di qualsivoglia fondamento il decreto ingiuntivo n. (omissis) R.G. e n. (omissis) Ing. Emesso dal Tribunale di Belluno in data 31.01.2014 e notificato il 15.02.2014, per quanto argomentato e dedotto in causa, dichiarandosi che nulla deve la sig.ra [Tizia] in virtù del predetto.*

2) *Accertare e dichiarare la nullità delle fideiussioni prestate in virtù di quanto si è eccepito sopra e comunque la liberazione del fideiussore Sig.ra [Tizia] anche ai sensi dell'art. 1959 c.c. in virtù di tutto quanto provato, dedotto ed argomentato in causa, o, in via subordinata, ridurre l'importo dell'obbligazione in ragione delle somme ricevute dalla Banca convenuta opposta con le esecuzioni immobiliari sui beni dei fideiussori e datori d'ipoteca.*

3) *Accertare e dichiarare la sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire della convenuta opposta a seguito della totale soddisfazione del credito, come risulta dai documenti m. 5 e n. 6, nei limiti per cui è stato concesso il decreto ingiuntivo qui opposto e conseguentemente accertare e dichiarare la liberazione della Sig.ra [Tizia] dalla garanzia fideiussoria di cui al decreto ingiuntivo opposto, o in via subordinata la riduzione dell'importo preteso in considerazione delle somme ricavate dalla convenuta opposta a seguito delle esecuzioni immobiliari sui beni immobili dei fideiussori di cui al docc. n. 5 w n. 6;*

4) *Condannare [Gamma] e [Beta] al pagamento delle spese, diritti ed oneri di causa, oltre a spese generali, I.V.A. e C.P.A. da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore intestatario o, in subordine, compensarsi le spese, diritti ed onorari di causa alla luce del fatto che sino ad oggi la convenuta opposta non ha mai dato conto delle somme incassate a seguito delle esecuzioni sugli immobili dei fideiussori".*

Con comparsa depositata il 18/07/2014 si è costituita in giudizio [Beta] chiedendo: "nel merito: in via principale: previo rigetto dell'istanza di sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, per motivi esposti in atti, respingere le domande e le eccezioni tutte avanzate dall'opponente, in quanto infondate in fatto e in diritto e/o comunque non provate, e, per l'effetto, rigettare l'opposizione proposta dalla Sig.ra [Tizia] avverso il decreto ingiuntivo n. 62/2014 Es. emesso dal Tribunale di Belluno il 31.1.2014 che dovrà essere conseguentemente confermato; in via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi di revoca del decreto ingiuntivo opposto, respingere le domande e le eccezioni attoree in quanto inammissibili e/o improcedibili e/o nulle e comunque infondate e/o non provate e, conseguentemente, condannare l'opponente al pagamento, in favore della [Gamma], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, della somma di € 248.548,71 o della diversa eventuale somma, maggiore o minore, che dovesse risultare dovuta in base alle risultanze istruttorie, oltre ad interessi di mora dal dì del dovuto al saldo;

- in ogni caso: con vittoria di spese e compensi della fase monitoria e del presente giudizio di cognizione, oltre al rimborso spese generali 15,00% nonché C.A. ed IVA come per legge".

Successivamente, con atto di intervento del 23/03/2018, si è costituita [Gamma] esponendo di essere procuratrice di (omissis) s.r.l., a sua volta cessionaria del credito *de quo*, chiedendo “nel merito: in via principale: per i motivi esposti in atti, siano rigettate le domande e le eccezioni tutte avanzate, in via pregiudiziale e di merito, dall’opponente, in quanto infondate in fatto e in diritto e/o comunque non provate, e, per l’effetto, sia rigettata l’opposizione proposta dalla sig.ra [Tizia] avverso il decreto ingiuntivo (omissis) Es. emesso dal Tribunale di Belluno il 31.1.2014, che dovrà essere conseguentemente confermato; in via subordinata: I) nella denegata e non creduta ipotesi di revoca del decreto ingiuntivo opposto, siano respinte le domande e le eccezioni attoree in quanto inammissibili e/o improcedibili e/o nulle e comunque infondate e/o non provate e, conseguentemente, sia condannata l’opponente al pagamento, in favore della [(omissis)], e poi, in virtù del contratto di cessione stipulato in data 30.9.2015, in favore di (omissis) s.r.l. della somma di € 117.000,00 o della diversa eventuale somma, maggiore o minore, che dovesse risultare dovuta in base alle risultanze istruttorie, oltre ad interessi di mora del dovuto al saldo;

- in ogni caso: con vittoria di spese, compresi oltre a 15% spese generali, IVA e CPA come per legge della fase monitoria e del presente giudizio di cognizione. Le parti hanno precisato le conclusioni all’udienza dell’11/10/2018, dopodiché la causa è stata trattenuta in decisione con concessione dei termini di cui all’art. 190 c.p.c.

In fatto

In esito all’istruttoria, sono risultati pacifici, incontestati o provati i fatti che seguono.

Con fideiussione specifica del 07/11/2005 l’opponente [Tizia] si costituiva fideiussore di [Alfa] per l’importo di € 91.000,00 nei confronti di [Beta] in relazione all’apertura di credito in c/c n. (omissis) dell’08/11/2005 (doc. 1 fasc. mon.) successivamente aumentato fino ad € 104.000,00 con atto del 09/02/2007 e fino ad € 117.000,00 con atto del 05/10/2007 (doc. 1^{quater} fasc. mon.).

Con fideiussione specifica del 09/11/2005 (doc. 3 fasc. mon.) l’opponente [Tizia] si costituiva fideiussore di [Alfa] per l’importo di € 45.000 nei confronti di [Beta] in relazione alla fideiussione prestata da quest’ultima in favore di (omissis) s.p.a.

Con fideiussione specifica del 30/10/2008 (art. 6 contratto di mutuo ipotecario di pari data e relativo all. B, doc. 2 fasc. mon.) l’opponente [Tizia] si costituiva fideiussore di [Alfa] per l’importo di € 140.000,00 nei confronti di [Gamma] in relazione al contratto di mutuo stipulato da [Beta].

Con lettere del 01/08/2013 dirette a [Alfa], all’opponente ed all’altro fideiussore (docc. 4-6 fasc. mon.) [Gamma] ha revocato gli affidamenti concessi.

Sull’intervento di (omissis)

Le doglianze formulate dall’opponente con riferimento alla tardività dell’intervento di [Gamma] sono prive di rilievo, in quanto è evidente che quest’ultimo si è sviluppato prima dell’udienza del 28/03/2018. Quanto al *proprium* dell’intervento se ne accerta l’ammissibilità in ragione del conferimento di procura avvenuto per atto notarile del 16/12/2015 da parte della predetta (omissis) (doc. 2 intervenuta), a sua volta cessionaria del credito qui contestato in virtù di contratto di cessione di rapporti giuridici pro soluto in blocco ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 4 della Legge 30 aprile 199 n. 130 e degli art. 58 e 59 del Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia, stipulato il 30/09/2015 con CASSA, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 118 del 13/10/2015, ex art. 58 T.U.B. (doc. 3 intervenuta). Quanto sopra è conforme, infatti, al disposto dell’art. 111 commi 1, 3, e 4 c.p.c. per cui “Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie.

In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l’alienante o il successore universale può essere estromesso.

La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull’acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione”.

Sull’eccezione incompetenza territoriale per deroga pattizia

(omissis)

Sulla competenza ratione materiae

L’opponente eccepisce preliminarmente la nullità delle fideiussioni in quanto regolate, con specifico riferimento agli artt. 2, 7 e 9 delle loro condizioni generali, difformemente dalla normativa concorrenziale vigente, ed in particolare dall’art. 2 dalla L. n. 287/1990 e dall’art. 3, commi 1, lett. C). e 3 del D.lgs. n. 168/2003) l’accertamento in via principale e con efficacia di giudicato della nullità delle “intese” in sé.

Tuttavia, nella presente controversia, il tema della nullità dell’intesa costituisce oggetto di un accertamento

incidentale, in sede riconvenzionale *ex artt.* 34 e 36 c.p.c., all'accertamento della nullità derivata dalle specifiche clausole fideiussorie, su cui questo Tribunale è, in ogni caso, competente a giudicare trattandosi di eccezione riconvenzionale, idonea a paralizzare la domanda di pagamento introdotta con il ricorso monitorio (cfr. Cass 9174/1987, Tribunale Padova ord. del 13/11/2018 e Tribunale Salerno sent. N. 3016/2018 del 23/08/2018); in tale ambito, il vaglio della nullità negoziale è rimesso al rilievo d'ufficio, come prescritto dall'art. 1421 c.c. (Cass. n. 26242/2014).

Dunque, l'accertamento richiesto non può essere precluso in questa sede di competenza, investita com'è della controversia relativa all'efficacia della fideiussione e, prima ancora sotto il profilo logico e tenico sollevato per eccezione riconvenzionale, della sua validità.

Sulla nullità delle fideiussioni

Quanto al merito della nullità dedotta, valga il seguito.

Ai sensi dell'art. 2 della L. n. 287/1990 *“Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamenti, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.*

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 di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;*
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico ed il progresso tecnologico;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;*
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.*

Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

Con provvedimento n. B423 del 2 maggio 2005, la Banca d'Italia, quale Autorità garante *illo tempore*, premesso che *“per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di “sopravvivenza” della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dell'invalidità o dell'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa”* ha disposto che *“gli articoli 2 [che dichiara il fideiussore 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”. N.d.R.], 6 [“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 i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato”, N.d.R.] e 8 [“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogante”, N.d.R.] dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90”.*

Emerge *ictu oculi* che le clausole-tipo censurate dall'autorità coincidono nell'esatta sostanza con le condizioni nell'esatta sostanza con le condizioni generali predisposte dalla [Gamma] opposta ed accettate dall'opponente (cfr. rispettivamente gli artt. 2, 7 e 9, docc. 1, 2 all. B) e 3 fasc. mon.).

Non può non disconoscersi l'indirizzo di recente assunto dalla Suprema Corte per cui *“l'illegittimo anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso “a valle”, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2 della legge antitrust)”* anche sulla base del rilievo che *“nell'arresto delle sezioni unite di questa Corte (Sez. U. Sentenza n. 2207 del 2005) è già stato precisato che “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 fra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbobbo dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti" (Cass. 29810/2017).

Sono dunque nulle le clausole contrattuali contenute nelle tre fideiussioni prestate dall'opponente: tale vizio deriva dalla loro natura meramente riproduttiva degli schemi contrattuali uniformi ABI, censurabili per il loro *"scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti*

Dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca e degli atti estintivi della stessa" nonché per carenza di *"un legame di funzionalità"* col negozio fideiussorio e – dunque – nulli quali intese vietate dalla normativa antitrust, per il disposto degli artt. 2, c. 2, lett. A), e 3 della L. n. 287/1990 (cfr. Cass. 29810/2017).

Sull'estensione delle nullità delle fideiussioni

Viene, poi, in rilievo il profilo relativo all'estensione della nullità.

Preliminarmente, si nota che la stessa statuizione della Suprema Corte ha indicato la sanzione di nullità dell'illecito anticoncorrenziale come estesa fino a *"travolgere il negozio concluso «a valle» in quanto "l'art. 2 della legge n. 297 del 1990 ... stabilisce la nullità delle "intese", non ...[ha] inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizza un ostacolo al gioco della concorrenza"* (Cass. 29810/2017 che cita Cass. n. 827/1999).

Ma vi è altro.

Pur notando che detta nullità attinge inizialmente solo tre clausole delle fideiussioni, essa è suscettibile di estendersi all'intero negozio fideiussorio, a norma dell'art. 1419 c. 1 c.c., per cui *"la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità"* (applicabile ex art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali, Cass. 10690/2005) laddove, come nel caso di specie, non sia possibile la sostituzione di diritto di tutte le clausole con norme imperative, ex art. 1419, c. 2 c.c.

Infatti, se – sul piano astratto – *"l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità ... si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità"* (Cass. 10536/2002), allora – sul piano concreto del negozio analizzato – le clausole censurate costituivano una marcata tutela del creditore avverso i rischi da inesigibilità delle obbligazioni principale ed accessoria in deroga a quanto previsto dagli artt. 1956 e 1957 c.c.: esse dipingono elementi, essenziali nell'economia negoziale, di efficacia sostanziale e temporale della garanzia fideiussoria. Con loro si assicura la stabilità della garanzia a prescindere dalla carenza dell'obbligazione principale, il risorgere della garanzia in seguito al risorgere del credito e l'integrità dei diritti derivanti alla banca dalla fideiussione fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, con l'effetto ultimo di approssimare il negozio inizialmente stipulato ad una garanzia di tipo autonomo più che ad una fideiussione, che ha fisiologicamente carattere accessorio.

In secundis, l'inclusione di simili pattuizioni nelle condizioni generali di contratto (unilateralmente predisposte e destinate per loro natura a disciplinare in maniera uniforme quel tipo di rapporti negoziali, cfr. artt. 1341 e 1342 c.c.) contenute in formulari predisposti da [Beta] all'adesione generalizzata dei contraenti (fra cui l'opponente) induce a concludere che le parti non avrebbero stipulato il negozio senza tali clausole. Perché specificamente funzionalizzate al raggiungimento dell'obiettivo negoziale delle parti. Ne deriva il rilievo per cui le clausole colpite da nullità erano da reputarsi irrinunciabili per queste ultime, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419, c. 1 c.c.

Pertanto, anche alla luce di quanto argomento da recente giurisprudenza di merito (Tribunale Salerno n. 3016/2018 del 23/08/2018), discende la nullità integrale delle fideiussioni contestate, con travolgimento dell'obbligazione accessoria da loro portata a carico dell'opponente (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

CONCLUSIONI

Per quanto sopra, si accoglie l'opposizione con contestuale rigetto della domanda di pagamento proposta dall'opposta e dall'intervenuta.

Le spese di ambo le fasi di giudizio, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., sono compensate ricorrendo le “*gravi ed eccezionali ragioni*” giustificativa, sub specie di rilevante mutamente giurisprudenziale (Corte Cost. sent. N. 77/2018).

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, il Tribunale in composizione monocratica, ogni altra istanza, domanda ed eccezione disattese e/o assorbite, così provvede:

- Accoglie l'opposizione e, per l'effetto, revoca nei confronti dell'opponente [Tizia] il D.I. n. (omissis) del 03/02/2014 emesso dal Tribunale di Belluno ((omissis) – notificato il 15/02/2014) e rigetta la domanda di pagamento proposta nei confronti dell'opponente [Tizia] dall'opposta [Beta];
- Compensa integralmente le spese di lite fra tutte le parti.

Così deciso in Belluno, il 25/01/2019

Il Giudice

Dott. Ruben D'Addio

* * *

IL CASO

La controversia in esame è stata promossa con opposizione a decreto ingiuntivo da Tizia, in qualità di fideiussore di Alfa a garanzia di un rapporto di apertura di credito tra la banca Beta e Alfa e di un mutuo concesso da Beta ad Alfa.

Nel giudizio è poi intervenuta Gamma, cessionaria dei crediti di Beta nell'ambito di una operazione di cartolarizzazione ai sensi della Legge n. 130/1999.

A fronte del decreto ingiuntivo esecutivo ottenuto da Gamma, il garante ha chiesto al Tribunale di accertare e dichiarare la nullità delle fideiussioni sottoscritte, poiché alcune loro clausole ricalcavano le clausole di “*reviviscenza*”, di deroga all'art. 1957 c.c. e di sopravvivenza di cui allo schema contrattuale ABI, già dichiarate lesive della normativa anticoncorrenziale di cui alla Legge n. 287/1990 (di seguito Legge antitrust) dalla Banca d'Italia - in qualità di Autorità garante - con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

Nel contempo, in connessione con l'eccepita nullità delle fideiussioni, Tizia ha altresì eccepito la incompetenza per materia del Tribunale di Belluno, rientrando l'accertamento di intese anticoncorrenziali nella competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Il Tribunale ha in primo luogo respinto l'eccezione di incompetenza territoriale, in quanto, nel caso di specie, la nullità dell'intesa costituisce oggetto di un accertamento incidentale, in sede riconvenzionale ex artt. 34 e 36 c.p.c., sul cui il Tribunale è competente a pronunciarsi in quanto giudice dotato di competenza funzionale inderogabile sulla opposizione alla domanda di pagamento introdotta in sede monitoria.

Nel merito, il Tribunale di Belluno ha richiamato i principi delineati dalla giurisprudenza per cui i) la legittimazione all'accertamento della nullità per violazione delle disposizioni in materia di concorrenza deve essere riconosciuta non solo agli imprenditori, ma anche a chiunque (ivi compresi i consumatori finali) abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata; e ii) l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione non può che travolgere il negozio concluso “a valle” per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della L. n. 287 del 1990).

Sulla scorta di tali principi, il Giudice ha riconosciuto la legittimazione di Tizia a eccepire la nullità delle fideiussioni, chiedendosi quindi se tale nullità dovesse estendersi a tutto il negozio fideiussorio o restare confinata alle clausole anticoncorrenziali accertate dalla Banca d'Italia.

La risposta del Tribunale è stata favorevole a Tizia: la nullità è stata estesa a tutto il negozio sulla base dell'art. 1419, comma 1, c.c. per il quale la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte colpita da nullità.

Ne è seguita la revoca del decreto ingiuntivo e il rigetto della richiesta di pagamento di Beta e Gamma.

5. Corte d'Appello Bari, 21 marzo 2018, n. 526**Concorrenza (Disciplina della) – Intesa vietata – Violazione della normativa *antitrust* – Nullità della fideiussione – Condizioni - Sussistenza**

(L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 2; Codice Civile, artt. 1418, 1957 e 1938)

Devono ritenersi nulle le fideiussioni prestate a garanzia di operazioni bancarie che, conformandosi pedissequamente allo schema dell'ABI, contengano le clausole contrattuali di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c. e di sopravvivenza in quanto attuative di condotta anticoncorrenziale, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia. Questa nullità è rilevabile d'ufficio in appello anche se non prospettata dalle parti e non esaminata dal giudice nel primo grado di giudizio.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Corte appello Bari, 21 Marzo 2018, n. 526/2018
Sezione seconda civile**

riunitasi in camera di consiglio, nelle persone di

Dott. Egiziano di Leo

Dott. Matteo Antonio Sansone

Dott. Salvatore Grillo

Ha pronunciato la seguente

-Presidente rel.

-Consigliere

-Consigliere

SENTENZA

nella causa civile di appello avverso la sentenza n.1237 emessa dal Tribunale di Bari Quarta Sezione Civile 1'11 / 16 aprile 2013, iscritta al n. R. (*omissis*)

Oggetto : opposizione a decreto ingiuntivo

TRA

[*Tizia*], rappresentata e difesa dall'avvocato (*omissis*), giusta mandato in calce all'atto di citazione in appello, ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale dello stesso, in (*omissis*);

- parte appellante-**E**

(*omissis*), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (*omissis*), giusta mandato a margine dell'originale della comparsa di costituzione e risposta in appello, ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale dello stesso, in Bari;

- parte appellata-**NONCHE'**[*Beta*]**- parte appellata contumace-**

All'udienza collegiale del 3 novembre 2017 la causa è stata riservata per la decisione, sulle seguenti conclusioni:

per l'appellante: l'avvocato (*omissis*) in sostituzione dell'avvocato (*omissis*), precisa le conclusioni riportandosi ai propri scritti difensivi e chiede che la causa venga decisa con concessione di termini per le note conclusive;

per l'appellato: l'avvocato (*omissis*) precisa le conclusioni, riportandosi a quelle rassegnate negli scritti difensivi prodotti, insistendo per l'accoglimento integrale delle stesse, con vittoria delle spese e competenze del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n.1237 dell'11/16 aprile 2013, il Tribunale di Bari - Quarta Sezione civile, definitivamente pronunciando sulla opposizione a decreto ingiuntivo — emesso per l'importo di f 35.377,05 su ricorso della (*omissis*), nella qualità di mandataria di [Beta] — in danno di fideiussore — quale fideiussore della [Alfa] — proposta da quest'ultima, con atti di citazione ritualmente notificato, e diretta ad ottenere — previo accertamento della nullità delle clausole contenute nei contratti di conto corrente intestati alla società garantita e dell'inefficacia o inoperatività del contratto di fideiussione, nonché del comportamento illegittimo tenuto dalla [Beta] cui è subentrato il (*omissis*) — la revoca del decreto ingiuntivo opposto ovvero, in subordine, l'accertamento, mediante CTU, del reale ed effettivo importo dovuto, con condanna della società opposta alle spese e competenze legali, così statuiva:

1. <<revoca del decreto ingiuntivo opposto >>.
2. <<condanna [Tizia] al pagamento in favore di (*omissis*) della, somma di € 25.762,76, oltre e interessi legali dalla domanda sino al soddisfo >>.
3. <<compensa interamente le spese del giudizio ti a tutte le parti>>;
4. <<spese di C.TU a carico di ciascuna delle parti costituite per metà>>.

Avverso tale pronuncia proponeva appello [Tizia], con atto di citazione notificato il 02/12/2013 a (*omissis*) e a [Beta], chiedendo di accertare e dichiarare l'erronea interpretazione delle risultanze processuali operata dal primo giudice, nella misura in cui lo stesso ha riconosciuto l'esistenza di responsabilità solidale in capo all'appellante — quale fideiussore della [Alfa] — e nella parte in cui la pronuncia medesima, tra l'altro, si presenta priva di qual si voglia valutazione o motivazione circa l'asserita violazione dell'art.1956 c.c. ad opera della creditrice opposta (odierna appellata): per tali ragioni, chiedeva altresì, parte appellante di riformare in radice la statuizione condannatoria emessa dal Tribunale, con accoglimento delle conclusioni in merito all'intervenuta prescrizione del credito azionato dalla banca appellata e conseguente conferma della sola revoca del decreto ingiuntivo opposto; il tutto con vittoria di spese, diritti ed onorari del secondo grado di giudizio.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio, si costituiva in giudizio l'appellante (*omissis*) in persona del legale rappresentante p.t., la quale chiedeva il rigetto del gravame, deducendo la infondatezza dell'avversa eccezione di prescrizione del credito e di decadenza della fideiussione prestata dall'appellante, nonché della richiesta di riforma della sentenza impugnata; il tutto con vittoria di spese e competenze del secondo grado di giudizio.

All'udienza collegiale del 3 novembre 2017 la causa, sulle conclusioni di cui in epigrafe, veniva introitata a sentenza, con concessione dei termini ex art.190 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente va affrontata una questione attinente alla validità del contratto di fideiussione dedotto in giudizio dell'istituto di credito opposto (odierno appellato), sollevata, sia pure in maniera generica nella comparsa conclusionale, dall'appellante e rispetto alla quale, comunque, sussiste il dovere di questo Collegio di rilievo *ex officio*: questione che, tra l'altro, appare assorbente rispetto ai motivi di gravame proposti da parte appellante.

L'art. 1421 c.c. è chiaro nel sancire che la nullità — oltre a poter essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse — può essere rilevata d'ufficio dal giudice: sul tema, poi, le Sezioni Unite sono intervenute, a più riprese, chiarendo che la rilevabilità da parte del giudice della nullità del contratto non conosce né consente limitazioni, essendo, quindi, possibile che sia il giudice d'appello a rilevare d'ufficio, per la prima volta, una causa di nullità (Cass. civ. Sez. Unite 12/12/2014, n. 26243; n.27516/16).

In particolare, la Suprema Corte ha puntualizzato che il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia avente ad oggetto il

riconoscimento di una pretesa che presuppone la validità ed efficacia del rapporto contrattuale dedotto in giudizio - e che sia stata decisa dal giudice di primo grado, senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello. ex art. 345 c.p.c. (Cass. civ. Sez. Unite, 22/03/2017 n. 7294: ri.5541/17).

Il contratto di fideiussione, nel tempo, è stato oggetto di crescente attenzione da parte della giurisprudenza degli Ermellini, la quale, in virtù della funzione nomofilattica che la contraddistingue, ha avuto modo di fissare e chiarire vari principi; nel novero di tale giurisprudenza si colloca, per ciò che ci interessa, la recentissima pronuncia della Suprema Corte, secondo la quale la stipulazione a “valle di contratti o negozi che costituiscano applicazione di intese anticoncorrenziali, vietate dall'art. 2 della l. 287/1990, sarebbe idonea, di per sé, a fondare la nullità della fideiussione stessa e ciò anche con riguardo a quei contratti stipulati anteriormente all'accertamento da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (Cass. civ. Sez. I Ordinanza, 12/12/2017. n. 29510).

Ebbene, dall'analisi del corredo probatorio emerge con chiarezza che il contratto di fideiussione stipulato tra l'odierna appellante, a garanzia della [Alfa] e [Beta] — poi (*omissis*)— sia una riproduzione fedele dello schema contrattuale relativo alla fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana (d'ora in poi ABI); benché tale modello, come più volte è stato ribadito, fosse privo di valore vincolante per le banche associate, nella realtà concreta se ne trova frequentissima applicazione, tanto da dare luogo alla instaurazione di una prassi bancaria di applicazione uniforme di clausole assolutamente standard comuni a tutto il sistema bancario.

In pratica, si tratta di clausole predisposte unilateralmente dall'ABI ed utilizzate, tali e quali, da tutte le banche.

Tale dato sarebbe irrilevante se non vi fossero evidenti contrasti tra le clausole che compongono lo schema contrattuale e la disciplina codicistica ovvero l'impianto normativo che regola la materia concorrenziale: tuttavia, violazioni di questo tipo già furono rilevate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n.14251 del 2005, e della Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2005, giungendo alla considerazione che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie — nella misura in cui se ne desse applicazione fedele — contenessero disposizioni contrastanti con la normativa Antitrust.

In altri termini, le clausole contrattuali nelle quali si articola il modello predisposto dall'ABI - scrutinate dalla Banca d'Italia, in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra gli istituti di credito (funzione esercitata fino al 12 gennaio 2006) costituiscono il tutto di una intesa illecita intervenuta tra le banche, in quanto contraria a norme imperative.

Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche rispetto alla normativa antitrust vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative.

Ha precisato la Suprema Corte, nella citata pronuncia, che sono ricompresi anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale vietata da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione e al controllo di quel mercato, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscono la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza.

In altri termini, secondo il Supremo Collegio, la violazione dell'art. 2 della Legge Antitrust, consumatasi a monte nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati a valle in conformità allo schema, giacché questi costituiscono lo sbocco sul mercato dell'intesa illecita.

La Corte di Cassazione ha, quindi, stabilito il principio per cui può essere dichiarato nullo il contratto lesivo della legge n. 287/90, anche se sottoscritto prima del provvedimento che ne accerti il carattere anticoncorrenziale, quando tale contratto sia frutto di precedenti accordi che violano la normativa antitrust.

Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l'illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia.

La normativa antitrust mira, infatti, a sanzionare il fatto della distorsione della concorrenza ogniqualvolta essa costituisca il risultato di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche. Questo risultato è stigmatizzato qualunque sia la forma attraverso la quale viene realizzato. Assumono, pertanto, rilevanza, ai fini dell'accertamento della violazione della disciplina antitrust, non solo le fattispecie contrattuali, ma anche i comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali", purché coinvolgano la partecipazione di almeno due imprese, oppure, le fattispecie in cui l'intesa costituisce espressione del ricorso a schemi giuridici interamente "unilaterali".

Alla stregua della Legge Antitrust e del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, devono ritenersi nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie che, conformandosi pedissequamente allo schema di contratto predisposto dall'ABI, contengono la sostanza delle seguenti clausole:

<<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 e revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo>>;

<<qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate>>;

<<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 e qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a, seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato>>.

Nella specie, rileva il Collegio che la fideiussione intercorsa tra l'odierna appellante e la banca convenuta riproduce fedelmente le clausole che furono oggetto della richiamata istruttoria da parte della Banca d'Italia: si vedano, in particolare, le clausole di cui alle lettere B), F) ed H).

Alla stregua delle suesposte considerazioni, il contratto di fideiussione dedotto in giudizio deve ritenersi viziato da nullità assoluta, in quanto redatto secondo il modello standard predisposto dall'ABI e quindi stipulato in violazione dell'art.2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/90, in conformità a quanto accertato dalla Banca d'Italia con il richiamato provvedimento in data 2 maggio 2005.

Secondo l'organo di vigilanza bancaria, infatti, la predisposizione di clausole uniformi di fideiussione da parte delle banche, oltretutto peggiorative della responsabilità del garante, rispetto alla disciplina del codice civile, comporta di fatto una restrizione della possibilità di scelta da parte di chi chiede l'accesso al credito, distorcendo e vanificando, così, il meccanismo concorrenziale dell'offerta, in palese violazione della Legge Antitrust, che sanziona con la nullità ogni intesa restrittiva della libertà di concorrenza.

Tale vizio determina l'inefficacia *ex tunc* della fideiussione e comporta inevitabilmente l'infondatezza della pretesa creditoria azionata dalla banca appellata nei confronti del fideiussore, non essendo configurabile alcun diritto di credito che abbia la sua fonte giuridica nella stipulazione di un contratto nullo.

Ne consegue che, in accoglimento dell'appello proposto dalla [Tizia] e ferma restando la revoca del decreto ingiuntivo opposto, deve essere rigettata la domanda proposta dalla (omissis) nei confronti della [Beta] medesima. Avuto riguardo alla particolarità del caso e alla circostanza che vi sia stato prevalentemente rilievo ex officio di un diverso profilo di nullità dell'atto negoziale dedotto in giudizio, si ritiene di giustizia compensare integralmente tra le parti le spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bari - Seconda Sezione Civile, decidendo sull'appello proposto da [Tizia], con atto di citazione notificato il 2 dicembre 2013, avverso la sentenza n.1237 resa dal Tribunale di Bari, in composizione monocratica, in data 11/ 16 aprile 2013, nel contraddittorio con le appellate, (omissis) e [Beta], così provvede:

1) dichiara la contumacia di [Beta];

2) accoglie l'appello proposto da [Tizia] e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza - ritenuta la

nullità del contratto di fideiussione per contrarietà a norme imperative - rigetta la domanda proposta da (*omissis*) nella qualità;

3) compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio. Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 2 marzo 2018.

Il Presidente estensore

dott. Egiziano di Leo

* * *

IL CASO

Nella pronuncia in esame, la Corte d'Appello di Bari è stata chiamata a decidere nell'ambito di una controversia conclusasi in primo grado con la condanna di Tizia, fideiussore della società Alfa, al pagamento di quanto dovuto in virtù della garanzia rilasciata all'istituto di credito Beta.

Tizia ha impugnato la sentenza del Tribunale lamentando, come già nell'opposizione a decreto ingiuntivo introduttiva del giudizio, la violazione dell'art. 1956 c.c. in tema di liberazione del fideiussore per obbligazioni future per il caso di crediti sorti quando il terzo garantito era a conoscenza del peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore principale.

La Corte d'Appello ha tuttavia sollevato d'ufficio la questione relativa alla nullità della fideiussione in quanto negozio "a valle" della intesa accertata da Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

La Corte, dunque, ha verificato la presenza, nel testo di fideiussione in favore di Beta, delle note clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., previste agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI.

Nel contempo non è stata ritenuta rilevante la circostanza per cui la fideiussione fosse stata sottoscritta anteriormente all'accertamento della intesa da parte di Banca d'Italia, dovendo la sanzione della nullità colpire tutti i negozi attuativi dell'intesa anticoncorrenziale, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo.

Sulla scorta di queste premesse la Corte d'Appello ha – de plano – dichiarato la nullità della fideiussione e revocato il decreto ingiuntivo a suo tempo ottenuto da Beta nei confronti di Tizia, con conseguente liberazione di quest'ultimo.

COMMENTO

Le pronunce in commento affrontano la problematica della nullità delle fideiussioni riproducenti clausole standard dello schema contrattuale ABI, la cui illiceità ai sensi dell'art. 2 della L. n. 287/1990¹ è stata accertata dal provvedimento n. 55 della Banca d'Italia del 2 maggio 2005.

Il tema appare peraltro di rilievo anche in tema di factoring, per il caso in cui il cessionario richieda una garanzia sul plafond concesso.

La nota sentenza Corte di Cassazione n. 29810/2017² aveva lasciato aperto il tema, di centrale rilievo, circa la portata della nullità – parziale o estesa a tutto il contratto – derivante dalla presenza del negozio fideiussorio "a valle" di clausole riproduttive della intesa illecita, e quindi ritenute attuative di quest'ultima.

Appare dunque utile, preliminarmente, richiamare il contenuto della pronuncia della Cassazione che ha aperto il dibattito, per poi verificare quali soluzioni offra il panorama giurisprudenziale alle questioni interpretative aperte dalla Corte di legittimità.

¹ La normativa, ai sensi dell'art. 2 comma 2, prevede 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». La violazione di tale norma comporta - ai sensi del successivo comma - la nullità ad ogni effetto delle intese vietate.

² Cass. civ., 12 dicembre, 2017, n. 28910, in, tra gli altri, *Foro it.* 2018, I, 152; si può leggere anche questo *Osservatorio*, 2/2018, 44.

Con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, Banca d'Italia, in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi³ ha rinvenuto nell'applicazione uniforme di tre disposizioni dello schema contrattuale ABI (segnatamente, clausole di "sopravvivenza", "reviviscenza" e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., previste agli artt. 2, 6 e 8 dello schema⁴) un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2, comma 2, lett. a, della Legge n. 287 del 1990 (c.d. Legge antitrust).

La Corte, con sentenza del 12 dicembre 2017, n. 29810, ha dichiarato 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 essenziali a realizzarne gli effetti⁵.

La nullità dei negozi "a valle" di cui si discute deriva dunque dalla violazione di norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. e, in particolare, della norma di ordine pubblico-economico contenuta all'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge antitrust.

Invero la dottrina maggioritaria si era da tempo assestata nel considerare la nullità dell'intesa anticoncorrenziale quale causa dell'invalidità dei contratti "a valle" stipulati con i consumatori finali, ciò in ragione del collegamento funzionale tra i negozi, tale da implicare una interdipendenza degli atti negoziali susseguenti alle intese, per cui tali atti, secondo il paradigma dell'art. 1418 c.c., simul stabunt simul cadent⁶.

La giurisprudenza, dopo pronunce oscillanti tra la possibilità di ravvisare o meno un collegamento tra l'intesa restrittiva "a monte" e i contratti "a valle", si è consolidata sul primo orientamento a seguito dell'intervento delle Sezioni unite⁷. Questo orientamento è confermato dalla sentenza n. 29810, la quale ha dunque rilevato la nullità delle fideiussioni omnibus che costituiscano applicazione di intese illecite⁸.

L'accoglimento della tesi a favore della nullità delle fideiussioni omnibus ha tuttavia lasciato aperto il tema della estensione di tale invalidità, nel caso di specie rinviato al giudice territoriale.

Entrambe le sentenze in esame giungono a dichiarare l'estensione della nullità all'intera garanzia fideiussoria.

La Corte d'Appello di Bari dichiara la nullità della fideiussione, dopo aver sollevato d'ufficio la relativa questione, senza nemmeno l'espressa confutazione della ipotesi alternativa – verosimilmente nemmeno dedotta dalla creditore garantito nei propri atti – della limitazione della nullità alle sole clausole anticoncorrenziali.

³ Funzione esercitata fino al 12 gennaio 2006, per poi essere 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 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".

⁶ tra gli altri, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 1165 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435 ss.; PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469 ss.

⁷ Cass. civ., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

⁸ Questo orientamento – che non ha trovato unanime consenso nella giurisprudenza di merito (per la sussistenza di una tutela al più risarcitoria, v. Trib. Verona, 1 ottobre 2018, Trib. Treviso, 30 luglio 2018 e Trib. Treviso, 26 luglio 2018 tutte su *www.ilcaso.it* – è stato recentemente ribadito da Cass. civ., 22 maggio 2019 (in *www.ilcaso.it* 2019) che ha confermato anche il rilievo di prova privilegiata del provvedimento di Banca d'Italia, quale elemento di elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate

La Corte, infatti, prende le mosse dagli ampi spazi riconosciuti al giudice per il rilievo d'ufficio della nullità a seguito dell'approfondito, e solido sotto il profilo dommatico, esame della tematica da parte delle Sezioni Unite⁹, in applicazione dei cui principi il giudice barese affronta d'ufficio la questione della nullità della fideiussione, nel corso del giudizio di primo grado non oggetto delle difese delle parti e non affrontata nella sentenza di prime cure.

La Corte, dunque, menzionati gli approdi interpretativi enunciati nella sentenza n. 29810, si è limitata a rilevare la presenza nella fideiussione in forza del quale era stato emesso il decreto ingiuntivo opposto delle tre clausole dello schema ABI sanzionate dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55, ossia la clausola di reviviscenza, la clausola di sopravvivenza e la clausola di esonero al rispetto dei termini stabiliti dall'articolo 1957 c.c. a carico del creditore.

Ne consegue, secondo questa decisione, che “[...] il contratto di fideiussione dedotto in giudizio deve ritenersi viziato da nullità assoluta, in quanto redatto secondo il modello standard predisposto dall'ABI e quindi stipulato in violazione dell'art.2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/90, in conformità a quanto accertato dalla Banca d'Italia con il richiamato provvedimento in data 2 maggio 2005. Secondo l'organo di vigilanza bancaria, infatti, la predisposizione di clausole uniformi di fideiussione da parte delle banche, oltretutto peggiorative della responsabilità del garante, rispetto alla disciplina del codice civile, comporta di fatto una restrizione della possibilità di scelta da parte di chi chiede l'accesso al credito, distorcendo e vanificando, così, il meccanismo concorrenziale dell'offerta, in palese violazione della Legge Antitrust, che sanziona con la nullità ogni intesa restrittiva della libertà di concorrenza. Tale vizio determina l'inefficacia ex tunc della fideiussione e comporta inevitabilmente l'infondatezza della pretesa creditoria azionata dalla banca appellata nei confronti del fideiussore, non essendo configurabile alcun diritto di credito che abbia la sua fonte giuridica nella stipulazione di un contratto nullo”.

Il Tribunale di Belluno, al contrario, affronta espressamente il tema della estensione della nullità e sulla base di una esplicita motivazione emette una pronuncia di nullità totale delle fideiussioni oggetto della controversia.

Secondo la decisione in esame, la nullità derivante dalla violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 attinge inizialmente solo tre clausole delle fideiussioni ma successivamente la nullità “è suscettibile di estendersi all'intero negozio fideiussorio a norma dell'art. 1419 c.1.c.c. per cui “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità” (applicabile ex art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali, Cass. n. 10690/2005)¹⁰ laddove, come nel caso di specie, non sia possibile la sostituzione di diritto di tutte le clausole con norme imperative ex art. 1419, c. 2, c.c.”

Appare opportuno ricordare che, secondo la dottrina, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità costituisce l'eccezione che deve essere provata dalla parte interessata e si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità¹¹.

Sul punto, il Tribunale rileva che le clausole censurate avrebbero costituito una forte tutela del creditore avverso i rischi da inesigibilità delle obbligazioni principali e accessorie in deroga a quanto previsto dagli artt. 1956 e 1957 c.c.: posto che la ratio delle norme ex artt. 1956 e 1957 c.c. riposa sulla tutela del fideiussore dall'incertezza che deriva dal ritardo del creditore nell'escussione della garanzia¹², le clausole derogatorie in esame costituirebbero elementi essenziali nell'economia negoziale, con i quali “si assicura la stabilità della garanzia a prescindere dalla carenza dell'obbligazione

⁹ Il riferimento è a Cass. civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 2642 e n. 26243 (ad es. in *Giur. it.*, 2015, 1, 70, con nota sostanzialmente adesiva di PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, e in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di ADORNO, di PALMIERI – PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; di DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: nullità presa (quasi) sul serio*; di PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris?»*, di MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, e PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, peraltro tutte sostanzialmente favorevoli, v. anche Cass. civ., Sez. II, 30 dicembre 2016, n. 27516 in *Giust. civ. Mass.*, 2017.

¹⁰ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2005, n. 10690 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 6.

¹¹ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Pisa, 2011, 637; in giurisprudenza, Cass. civ., 21 aprile 2009, n. 9475, in *Mass. Giust. civ.* 2009, 657; Cass. civ., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5; Cass. civ. 5 maggio 2003, n. 6756 in *Rep. Foro It.*; Cass. civ., 19 luglio 2002, n.10536, *Giust. Civ.*, 2003, I, 2858.

¹² Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6498 in *Foro it.* 1986, I, 685.

iniziale”. In altri termini, il risorgere della garanzia in seguito al risorgere del credito e l'integrità dei diritti derivanti alla banca dalla fideiussione fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore avrebbero l'effetto ultimo di approssimare il negozio inizialmente stipulato a una garanzia di tipo autonomo, piuttosto che ad una fideiussione, che ha fisiologicamente carattere accessorio¹³.

Inoltre, ancora secondo il Tribunale di Belluno, l'inclusione di determinate clausole, contenute in moduli unilateralmente predisposti dalla banca opposta e subordinati all'accettazione del contraente (artt. 1341 e 1342 c.c.) indurrebbero a ritenere che le parti non avrebbero stipulato il negozio senza tali pattuizioni perché mirate al raggiungimento dell'obiettivo negoziale. Ne deriverebbe che le clausole affette da nullità, sarebbero da reputarsi irrinunciabili ai sensi dell'art. 1419 comma 1.c.c. con conseguente nullità integrale delle fideiussioni.

Le due sentenze in commento si allineano quindi a quella parte della giurisprudenza di merito che ha esteso la nullità a tutto il negozio fideiussorio¹⁴.

Tuttavia, altra parte della giurisprudenza di merito, recentemente, ha all'opposto ritenuto che la nullità di cui è affetto il contratto di fideiussione redatto sul modulo fornito ABI è solo parziale, cioè relativa alle nullità delle singole clausole.

In questo senso si è ad esempio pronunciata la Corte d'Appello di Brescia, per cui dall'accertata contrarietà di singole clausole ai principi antitrust “conseguirebbe non già la nullità totale del contratto di fideiussione bensì soltanto quella parziale riferita alle sole clausole conformi al predetto schema ABI”¹⁵.

Anche il Tribunale di Roma, con sentenza n. 9354 del 3 maggio 2019, ha rilevato che l'introduzione delle clausole contrattuali presenti nello schema di contratto predisposto dall'ABI nel 2003 nel contratto di fideiussione stipulato in favore di una banca, secondo un modello che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, aveva ritenuto essere contrastante con il divieto di intese anticoncorrenziali, può comportare unicamente la nullità parziale della fideiussione limitatamente alle relative clausole (articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI), sempre che il fideiussore abbia dato la prova che dette intese siano contenute nel contratto in questione e della lesione della sua libertà contrattuale¹⁶. E infatti, come rilevato puntualmente dal consistente filone giurisprudenziale in esame, nei casi all'attenzione della giurisprudenza di merito è più frequente l'ipotesi in cui, secondo un'indagine condotta in concreto, le parti avrebbero egualmente concluso il contratto di finanziamento e il contratto di garanzia, avendo avuto di mira, da un lato, la concessione del finanziamento alle condizioni economiche pattuite e, dall'altro, il rilascio della garanzia fideiussoria¹⁷.

E ancora, si è ritenuto di tutta evidenza che, da un lato, la banca avrebbe comunque concluso il contratto di fideiussione essendo una qualsiasi garanzia migliore della mancanza di garanzia, e, dall'altro, il fideiussore difficilmente potrà allegare le ragioni per cui l'assenza di clausole comportanti effetti gravosi nei suoi confronti avrebbe dovuto indurlo a non stipulare la garanzia¹⁸.

Il dibattito sulla determinazione dell'estensione della invalidità resta dunque ancora aperto pur avendo la giurisprudenza di merito offerto rilevanti argomentazioni nella prospettiva della tesi della nullità solo parziale.

Avv. Federico Ferraresi

federico.ferraresi@munaricavani.it

Dott.ssa Federica D'Amico

federica.damico@munaricavani.it

¹³ Per sintetici richiami di dottrina e giurisprudenza in tema di differenziazione tra fideiussione e garanzia autonoma, v. il commento a Trib. Milano, 30 gennaio 2019, in questo Osservatorio, 1/2019, 38.

¹⁴ Trib. Siena, 14 maggio 2019, in www.ilcaso.it; Trib. Salerno, 23 agosto 2018, n. 3016 in Guida al diritto 2018, 39, 43; Trib. Roma, 26 luglio 2018, in banca dati Dejure.

¹⁵ App. Brescia, 29 gennaio 2019, n. 166 banca dati Dejure.

¹⁶ in www.ilcaso.it.

¹⁷ Trib. Mantova, 16 gennaio 2019, in www.ilcaso.it.

¹⁸ Trib. Rovigo, 9 settembre 2018, in www.ilcaso.it.