

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 3/2019

INDICE:

1. **Cassazione Civile, Sez. I, 13 luglio 2018, n. 18729.....3**
(cessioni pro solvendo e revocatoria fallimentare)
2. **Cassazione Civile, Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11202.....15**
(Cessione di crediti al factor e procedura ad evidenza pubblica)
3. **Tribunale Pescara, 28 marzo 2019, n. 557.....28**
(Nullità del rinvio al tasso Euribor nella determinazione degli interessi)
4. **Consiglio di Stato, Sezione III, 11 giugno 2019, n. 3902.....48**
(Notifica al debitore ceduto ed interruzione della prescrizione)

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, 13 luglio 2018, n. 18729

Fallimento – Contratto di cessione del credito – Revocatoria fallimentare cessioni solutorie
(Codice Civile, artt. 1260 e ss.; L. Fall., art. 67, primo comma, nn. 2, 3 e 4)

La cessione di credito è un negozio a causa variabile - potendo essere stipulata anche a fine di garanzia, oltre che di pagamento - e poiché sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie, l'effettiva funzione solutoria della cessione pro solvendo di un credito va accertata in concreto, in ragione della sua eventuale destinazione all'estinzione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva: destinazione che peraltro dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione stessa, e non già da quello del successivo pagamento del credito ceduto.

Fallimento – Azione di inefficacia dei pagamenti ex artt. 167 e 168 L.F
(L. Fall., art. 167 e art. 168)

La L. Fall., art. 167, si limita a dichiarare l'inefficacia degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza autorizzazione "durante la procedura" senza fare riferimento al decreto di ammissione; l'art. 168 L. Fall., parallelamente ma più precisamente, fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore "dalla data della presentazione del ricorso": le due norme sono accomunate dalla medesima ratio, presupponendo la regola, funzionale al principio della par condicio creditorum, di moratoria di tutti i pagamenti per tutto il tempo della procedura. E dunque, comune essendo lo scopo sotteso a tali disposizioni, la diversa formulazione letterale (il fatto cioè, che la prima norma usi l'espressione "durante la procedura" e la seconda più incisivamente faccia riferimento alla "data della presentazione della domanda") non appare decisiva, dovendosi semmai ritenere che la sanzione di inefficacia riguardi anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e quella del decreto di ammissione, si verifichino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla par condicio che rischierebbero d'altronde di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame del Tribunale.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Cassazione Civile, Sez. I, 13 luglio 2018, n. 18729

Dott. Didone Antonio
 Dott. Ferro Massimo
 Dott. Terrusi Francesco
 Dott. Pazzi Alberto
 Dott. Ceniccola Raffaele
 ha pronunciato la seguente:

Presidente
 Consigliere
 Consigliere
 Consigliere
 Est. Consigliere

ORDINANZA

sul ricorso n. 3144/2013 proposto da:

[Alfa], in persona del legale rapp.te p.t., nella qualità di proponente il concordato fallimentare del Fallimento [Beta], rapp.ta e difesa per procura in calce al ricorso dall'avv. (omissis) e dall'avv. (omissis), elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma;

- ricorrente -

contro

[Gamma], in persona del legale rapp.te p.t., rapp.ta e difesa per procura in calce al controricorso dagli avv.ti (*omissis*) unitamente agli avv.ti (*omissis*), elettivamente domiciliati presso lo studio di questi ultimi in Roma

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1011/2012 depositata in data 21.3.2012 dalla Corte di Appello di Napoli; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 dal relatore dr. (*omissis*).

RILEVATO IN FATTO

che:

Con sentenza n. 1011 del 21.3.2012 la Corte di Appello di Napoli in riforma della sentenza emessa dal Tribunale di S. Maria C.V. in data 14.5.2007 ed accogliendo l'appello proposto da [Alfa] rigettava l'azione revocatoria L. Fall., ex art. 67, comma 1, n. 2, e l'azione di inefficacia L. Fall., ex artt. 167 e 168, proposte dal Fallimento [Beta] ed in parziale accoglimento dell'appello incidentale e dell'azione revocatoria L. Fall., ex art. 67, comma 2, dichiarava l'inefficacia dei pagamenti ricevuti dalla banca, condannando quest'ultima al pagamento di Euro 62.982,18 oltre interessi legali dalla domanda fino al saldo.

Osservava la Corte, per quanto ancora di interesse, che le operazioni compiute dalla società poi fallita [Beta] nel secondo anno antecedente il decreto di ammissione al concordato preventivo lungi dal configurare, come ritenuto dal primo giudice, delle cessioni di credito in funzione solutoria, costituivano invece delle cessioni con funzione di garanzia ovvero mandati irrevocabili all'incasso con medesima funzione, in quanto erano state caratterizzate dall'addebito a [Beta] degli insoluti dei crediti ceduti.

Con riferimento, poi, all'azione revocatoria promossa dalla curatela ai sensi della L. Fall., art. 67, comma 2, osservava che l'unico serio indizio della conoscenza dello stato di insolvenza poteva essere identificato nell'emissione, su richiesta della banca, del Decreto Ingiuntivo del 29.6.1993 e dunque solo da tale data poteva ritenersi sussistente la "*scientia decoctionis*" della banca, sicché potevano essere revocate solo le rimesse avvenute in epoca successiva per un importo complessivo pari ad Euro 62.982,18.

Infine, quanto ai pagamenti avvenuti nel corso della procedura di concordato preventivo, poiché risultava che essi erano avvenuti dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato ma prima del relativo decreto di apertura, gli stessi potevano essere aggrediti con l'azione revocatoria ex art. 67 e non con quella di inefficacia ai sensi della L. Fall., artt. 167 e 168, in quanto la linea di confine tra le due fattispecie è rappresentata non dalla domanda ma dal decreto di ammissione alla procedura concorsuale alternativa al fallimento.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione [Alfa], nella qualità di proponente del concordato fallimentare del Fallimento [Beta] attraverso tre mezzi; resiste la [Gamma] mediante controricorso; quest'ultima ha depositato memoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

che:

Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione della L. Fall., art. 67, comma 1, n. 2, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, avendo la Corte di Appello erroneamente considerato compatibile la cessione di credito o il mandato all'incasso, in funzione di garanzia, con la possibilità della banca, effettivamente sussistente nel caso concreto, di procedere al riaddebito degli insoluti dei crediti ceduti, venendo al contrario in rilievo nel caso di specie un sistema per consentire alla banca di intercettare flussi di denaro destinati da terzi all'impresa senza dover subire il rischio dell'insoluto ed ottenere dunque in modo anomalo il soddisfacimento del proprio credito.

In altri termini, secondo il ricorrente, la Corte territoriale, dopo aver correttamente posto in evidenza che nel caso in esame la Banca ([Gamma], n.d.r.) provvedeva a riaddebitare gli insoluti alla cedente, avrebbe erroneamente qualificato la fattispecie in esame come cessione in garanzia o mandato irrevocabile all'incasso (con la medesima funzione), in quanto il meccanismo del riaddebito automatico degli insoluti

sarebbe del tutto estraneo alla struttura tipica di quei due istituti: sarebbe radicalmente assente nel mandato irrevocabile all'incasso e sarebbe presente nella cessione del credito ma solo dopo la preventiva ed infruttuosa escussione del debitore ceduto (mancante nel caso in esame).

Il motivo è fondato.

In realtà, esaminando la sentenza impugnata, emerge come la Corte territoriale abbia desunto unicamente dalla previsione contrattuale del riaddebito degli insoluti la funzione di garanzia della cessione (come tale non revocabile ai sensi della L. Fall., art. 67, n. 2), evidenziando che se le anticipazioni avessero avuto funzione solutoria dei singoli crediti oggetto delle stesse, la banca non avrebbe potuto riaddebitare a [Beta] gli insoluti dei crediti ceduti.

Al contrario deve osservarsi che il meccanismo del riaddebito dei costi costituisce un naturale riflesso della qualificazione della cessione come "*pro solvendo*" che, in quanto diretta alla estinzione di una obbligazione del cedente come effetto finale di un negozio giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello in virtù del quale il pagamento è dovuto, integra un mezzo non normale per il pagamento stesso (Cass. n. 23261 del 2014 e n. 15955 del 2005).

Posto che il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria di cui alla L. Fall., art. 67, si computa dalla data della cessione e non da quella del pagamento, quale che sia la natura e la funzione dell'atto (Cass. n. 575 del 1995), deve rilevarsi che anche la cessione di credito "*pro solvendo*", che si perfeziona col solo consenso dei contraenti, produce immediatamente l'effetto reale tipico di trasferire al cessionario la titolarità del credito (indipendentemente dal fatto che il contratto venga stipulato in funzione solutoria o a scopo di garanzia), benché l'effetto liberatorio del cedente si realizzi solo al momento del pagamento da parte del terzo.

Considerato, dunque, che nella cessione "*pro solvendo*" il credito viene immediatamente trasferito al cessionario al momento della cessione, l'unico discrimine, rilevante al fine di stabilire le condizioni di assoggettamento alla revocatoria fallimentare, è costituito dalla verifica dello scopo pratico perseguito dalle parti.

E' stato infatti ulteriormente precisato che "*poiché la cessione di credito è un negozio a causa variabile - potendo essere stipulata anche a fine di garanzia, oltre che di pagamento - e poiché sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie, l'effettiva funzione solutoria della cessione "pro solvendo" di un credito va accertata in concreto, in ragione della sua eventuale destinazione all'estinzione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva: destinazione che peraltro dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione stessa, e non già da quello del successivo pagamento del credito ceduto*" (cfr. Cass. n. 15955 del 2005).

La sentenza impugnata va pertanto cassata con rinvio, perché i giudici del merito accertino in concreto, indipendentemente dalla presenza del meccanismo del riaddebito dei costi, se la cessione controversa ebbe, alla luce del contesto oggettivo e soggettivo in cui venne stipulata, effettivamente funzione solutoria o di garanzia, tenendo conto dell'enunciato principio.

Con il secondo motivo il ricorrente si duole della violazione della L. Fall., art. 67, comma 2, in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5, avendo la Corte omissa di valorizzare, in relazione alla "*scientia decoctionis*", la qualità di operatore professionale e qualificato della convenuta in relazione ai vari elementi indicati dal fallimento (quali l'entità degli effetti insoluti e protestati, le risultanze dell'elaborato peritale e dei bilanci, le segnalazioni presso la Centrale dei Rischi) dai quali poteva desumersi la conoscenza dello stato di insolvenza anche per il periodo anteriore al 29.6.1993.

Il motivo è infondato.

La Corte territoriale ha correttamente preso in considerazione i singoli elementi prospettati dal ricorrente e motivato, in relazione a ciascuno, circa la loro inidoneità a fondare un giudizio positivo circa la concreta sussistenza della "*scientia decoctionis*" in capo alla banca: ha in particolare evidenziato che le risultanze della Centrale Rischi non erano state prodotte né ne era stato indicato il contenuto; che le risultanze dei bilanci, per altro prodotti solo con l'appello incidentale e trascurando il giudizio preliminare circa la loro indispensabilità *ex art. 345 c.p.c.*, non segnalavano alcuna condizione di insolvenza, emergendo una situazione di sostanziale equilibrio; che dalla ricostruzione compiuta dal c.t.u. emergeva come il saldo del conto corrente ordinario fosse stato anche per periodi prolungati in attivo nel corso degli ultimi due anni antecedenti l'ammissione al concordato preventivo.

Deve pertanto ribadirsi il consolidato orientamento di questa Corte secondo il quale *"in tema di elemento soggettivo dell'azione revocatoria proposta L. Fall., ex art. 67, comma 2, la "scientia decoctionis" in capo al terzo, come effettiva conoscenza dello stato di insolvenza, è oggetto di apprezzamento del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato, potendosi formare il relativo convincimento anche attraverso il ricorso alla presunzione, alla luce del parametro della comune prudenza ed avvedutezza e della normale ed ordinaria diligenza, con rilevanza peculiare della condizione professionale dell'accipiens" e del contesto nel quale gli atti solutori si sono realizzati"* (cfr. da ultimo Cass. n. 3081 del 2018).

Il terzo motivo evidenzia la violazione della L. Fall., artt. 167 e 168, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, essendo le disposizioni della L. Fall., artt. 167 e 168, destinate ad operare fin dal momento del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

Il motivo è fondato.

Sulla questione va in effetti segnalato il precedente contenuto in Cass. n. 22601 del 2017 secondo il quale *"gli effetti del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata retroagiscono, in forza del combinato disposto dell'art. 188, comma 2 (vigente ratione temporis), L. Fall., artt. 167 e 168, alla data di presentazione della domanda di ammissione, essendo i detti effetti di moratoria generale dei debiti d'impresa per tutta la durata della procedura funzionali al rispetto della par condicio creditorum. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'inefficacia del pagamento preferenziale, relativo a debito pregresso, effettuato dall'impresa dopo la presentazione della domanda di ammissione all'amministrazione controllata, poi sfociata nel fallimento, ma prima dell'adozione del decreto di ammissione)"*.

La pronuncia ha dunque esteso all'amministrazione controllata un principio considerato pacifico (e che poteva non apparire tale in tema di amministrazione controllata a causa dell'equivoco disposto contenuto nell'art. 188, comma 2) e cioè che in tema di concordato preventivo gli effetti del decreto di apertura sono retrodatati al momento della domanda.

Tale principio deve essere in questa sede ribadito, con specifico riferimento al concordato preventivo.

La L. Fall., art. 167, si limita a dichiarare l'inefficacia degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza autorizzazione durante la procedura senza fare riferimento al decreto di ammissione; l'art. 168 L. Fall., parallelamente ma più precisamente, fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore dalla data della presentazione del ricorso: le due norme sono accomunate dalla medesima *"ratio"*, presupponendo la regola, funzionale al principio della *par condicio creditorum*, di moratoria di tutti i pagamenti per tutto il tempo della procedura.

E dunque, comune essendo lo scopo sotteso a tali disposizioni, la diversa formulazione letterale (il fatto cioè, che la prima norma usi l'espressione *"durante la procedura"* e la seconda più incisivamente faccia riferimento alla *"data della presentazione della domanda"*) non appare decisiva, dovendosi semmai ritenere che la sanzione di inefficacia riguardi anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e quella del decreto di ammissione, si verifichino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla *"par condicio"* che rischierebbero d'altronde di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame del Tribunale.

L'accoglimento del primo e del terzo motivo del ricorso impongono di cassare la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di Appello di Napoli che, in diversa composizione, provvederà a statuire anche riguardo alle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il secondo motivo, accoglie il primo ed il terzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Napoli, in diversa composizione, per statuire anche sulle spese della fase di legittimità. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 28 marzo 2018.

Depositato in Cancelleria il 13 luglio 2018

* * *

IL CASO

Con la sentenza in commento la Corte di legittimità, da un lato, seppur con succinta motivazione, torna a pronunciarsi in materia di assoggettabilità a revocatoria, ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, L.F.¹, delle cessioni di crediti pro solvendo, effettuate dal fallito nel corso del cosiddetto "periodo sospetto", dall'altro lato, ribadisce che i pagamenti eseguiti dal debitore nel periodo compreso tra la data di presentazione della domanda di concordato preventivo e quella di deposito del decreto di ammissione alla procedura concordataria devono considerarsi inefficaci ai sensi dell'art. 167 L.F.² e non risultano, pertanto, soggetti a revocatoria fallimentare.

La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte vede coinvolti tre soggetti, ossia Beta, beneficiario di un affidamento bancario su anticipo fatture, la Banca Gamma concedente l'affidamento garantito dalle cessioni da parte di Beta di suoi crediti verso i propri clienti, ed Alfa successore inter vivos in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi di Beta.

Più precisamente, Beta alcuni mesi dopo la cessione a Gamma di suoi crediti, depositava domanda di concordato preventivo cui però seguiva la dichiarazione di fallimento. La Curatela del Fallimento Beta dopo aver esaminato la documentazione contabile e bancaria della fallita, agiva nei confronti di Gamma, da un lato, ex art. 67, primo comma, n. 2 L.F., per la revocatoria delle suindicate cessioni di credito, e dall'altro, ex artt. 167 e 168 L.F. per la dichiarazione di inefficacia dei pagamenti ricevuti sempre da Gamma nel periodo di tempo intercorrente tra la data di deposito della domanda di concordato preventivo da parte di Beta e la dichiarazione di fallimento.

In tale contesto e nelle more del contenzioso, il soggetto Alfa presentava domanda di concordato fallimentare di Beta ex art. 124 L.F.

Il ricorso innanzi alla Suprema Corte, infatti, era stato proposto da Alfa (successore a titolo particolare del cedente Beta ex artt. 129, quarto comma, L.F. e 111 c.p.c.) ed era volto a censurare la sentenza della Corte d'Appello di Napoli, la quale – in riforma della decisione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – aveva accolto l'appello proposto da Gamma e rigettato le domande originariamente proposte dal Fallimento Beta ex art. 67, primo comma, n. 2, L.F. ed ex artt. 167 e 168 L.F.

Quanto alla domanda promossa ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, la stessa veniva rigettata dal Giudice napoletano sul presupposto che i pagamenti conseguiti da Gamma nel periodo sospetto fossero inerenti a crediti oggetto di cessioni aventi funzione non già solutoria bensì di garanzia, ovvero oggetto di mandati all'incasso con medesima funzione, e ciò sul presupposto che le operazioni poste in essere dalle parti si caratterizzassero per la previsione contrattuale dell'addebito a Beta degli insoluti dei crediti ceduti.

Quanto invece alla domanda ex artt. 167 e 168 L.F. di dichiarazione di inefficacia dei pagamenti conseguiti da Gamma nel corso della procedura di concordato preventivo ma prima del relativo decreto di apertura, veniva rigettata atteso che detti pagamenti avrebbero dovuto essere aggrediti con la diversa azione revocatoria ex art. 67 L.F. e non ai sensi degli artt. 167 e 168 L.F., in quanto "la linea di confine tra le due fattispecie è rappresentata non dalla domanda ma dal decreto di ammissione alla procedura concorsuale alternativa al fallimento".

Alfa, quale successore di Beta, in sede di ricorso in Cassazione, ha pertanto lamentato, tra altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 67, comma 1, n. 2, L. F. avendo la Corte di Appello di Napoli errato nel qualificare il negozio di cessione per cui era causa come cessione in garanzia o mandato irrevocabile all'incasso, con la medesima funzione, in ragione della sola previsione contrattuale di riaddebito degli insoluti, nonché la violazione degli artt. 167 e 168 L. F. "essendo le disposizioni della L. Fall., artt. 167 e 168, destinate ad operare fin dal momento del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo".

¹ L'art. 67, primo comma, n. 2 L.F. così recita "Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) [...] 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento".

² L'art. 167 L.F. così recita "Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fidejussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma"; l'art. 168 L.F. stabilisce poi che "Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore".

La Suprema Corte ha accolto entrambi i suindicati motivi di ricorso.

In primo luogo, la Corte ribadisce che la cessione di credito si caratterizza per essere un istituto a causa variabile e che, di conseguenza, al fine di statuire in ordine alla sua revocabilità o meno ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, L.F., occorre indagare se lo scopo pratico in concreto perseguito dalle parti sia stato quello di garanzia ovvero solutorio. Infatti, solo in quest'ultimo caso, e quindi allorché sia accertato che la cessione abbia costituito "mezzo anomalo di pagamento", la stessa potrà essere oggetto di revocatoria ai sensi della citata norma.

Ai fini dell'accertamento de quo, non è peraltro sufficiente che sia stata pattuita contrattualmente tra le parti la possibilità per il creditore bancario di procedere a riaddebitare al cliente eventuali insoluti in relazione ai crediti ceduti: essendo siffatto meccanismo null'altro che un "naturale riflesso" della qualificazione della cessione come pro solvendo, affinché anche tale forma di cessione possa essere qualificata – ai fini di cui all'art. 67 L.F. – quale mezzo anomalo di pagamento, sarà necessario verificare altresì se in concreto, suo tramite, le parti abbiano inteso estinguere un'obbligazione passiva preesistente. Quanto poi all'azione di inefficacia ex art. 167 L.F., la Cassazione precisa invece che essa ha ad oggetto tutti gli atti compiuti senza autorizzazione, già a far tempo dalla presentazione della domanda concordataria. Infatti, sebbene la norma espressamente ricolleggi siffatta inefficacia agli atti compiuti "durante la procedura", senza alcuna più precisa indicazione temporale, il dies a quo può essere facilmente desunto dal successivo art. 168 L.F. il quale – più precisamente – pone il divieto ai creditori di iniziare o proseguire le azioni esecutive sul patrimonio del debitore "a decorrere dalla data di presentazione del ricorso". A detta della Corte, sarebbe infatti illogico che le due previsioni coprano due periodi temporali differenti, dal momento che entrambe le norme si prefiggono di garantire il rispetto della par condicio creditorum, mediante la previsione di moratoria di tutti i pagamenti per tutto il tempo della procedura.

COMMENTO

La sentenza affronta due distinte problematiche giuridiche, inerenti rispettivamente la revocabilità secondo la disciplina fallimentare delle cessioni di credito pro solvendo, e l'assoggettabilità o meno alla dichiarazione di inefficacia ex artt. 167 e 168 L.F. dei pagamenti effettuati dal debitore nel periodo compreso tra la data di deposito della domanda di concordato preventivo e quella di emissione del decreto di apertura della procedura concordata di gestione della crisi di impresa.

La Corte, sulla base delle censure mosse dal ricorrente, è stata infatti chiamata a rispondere a due diversi quesiti, ossia: i. quando può ritenersi revocabile a norma dell'art. 67, primo comma, n. 2, L.F., il contratto di cessione del credito pro solvendo; ii. qual è la linea di confine tra il diverso ambito di applicazione degli artt. 167 e 168 L.F. e l'art. 67 L.F. in ipotesi di pagamenti compiuti dall'imprenditore dopo il deposito della domanda di concordato cui sia però seguita la dichiarazione di fallimento.

Con riferimento al primo dei due suindicati quesiti, la Suprema Corte, richiamandosi ad un orientamento oramai consolidato³, ha ribadito che la cessione del credito pro solvendo è revocabile ex art. 67, primo comma, n. 2, L.F. allorché la stessa rappresenta in concreto un atto solutorio, ossia un atto estintivo di un precedente e diverso rapporto obbligatorio sussistente tra cedente e cessionario e non uno strumento di garanzia del credito del cessionario, potendo solo nel primo caso rappresentare quel mezzo anormale di pagamento suscettibile di revocatoria ai sensi della citata norma.

Per quanto rileva in questa sede, l'art. 67, primo comma, n. 2 L.F. assoggetta a revocatoria, salvo prova della inscienza decoctionis, gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o mezzi normali di pagamento, quando compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

³ Cfr. Cass. civ., 29 luglio 2005, n. 15955, in *Fallimento*, 2006, 967: "Agli effetti dell'azione revocatoria prevista dall'art. 67 legge fall., la cessione di credito "pro solvendo", in quanto diretta alla estinzione di una obbligazione del cedente come effetto finale di un negozio giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello in virtù del quale il pagamento è dovuto, integra un mezzo non normale per il pagamento stesso. Tuttavia, poiché la cessione di credito è un negozio a causa variabile - potendo essere stipulata anche a fine di garanzia, oltre che di pagamento - e poiché sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie, l'effettiva funzione solutoria della cessione "pro solvendo" di un credito va accertata in concreto, in ragione della sua eventuale destinazione all'estinzione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva: destinazione che peraltro dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione stessa, e non già da quello del successivo pagamento del credito ceduto. (In base all'enunciato principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, la quale - sulla premessa che la cessione di credito "pro solvendo" costituisca atto di pagamento solo quando il cessionario venga effettivamente pagato dal debitore ceduto - aveva escluso che nel caso di specie essa fosse assoggettabile a revocatoria fallimentare, essendo stato il cessionario pagato, non dal debitore ceduto, ma da un fideiussore del cedente, cui il cessionario stesso aveva a sua volta ceduto il credito: circostanza, quest'ultima, da ritenere per contro del tutto irrilevante, dovendosi piuttosto accertare se la cessione controversa avesse avuto, in concreto, funzione solutoria nei rapporti tra il cedente, poi fallito, ed il cessionario)".

Detta norma è diretta a colpire con la sanzione dell'inefficacia relativa gli atti compiuti dall'imprenditore in violazione della *par condicio creditorum*⁴, stabilendo una presunzione di consapevolezza dello stato di insolvenza dell'accipiens nel momento che riceve a titolo di pagamento beni diversi del denaro o altri mezzi normali di estinzione del rapporto obbligatorio. Si presume, quindi, che lo stesso in questo modo abbia percezione diretta della situazione di dissesto dell'imprenditore.

Nella nozione di pagamento anormale 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 i suoi debiti verso i propri creditori, così che l'estinzione di una precedente passività costituisce lo scopo ultimo conseguito dal fallito. Costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità quello secondo cui, al fine della esperibilità dell'azione revocatoria prevista dall'art. 67, primo comma, n. 2, L.F., 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, sicché l'estinzione di una precedente passività come scopo ulteriore rispetto alla causa tipica dei singoli negozi a tal fine utilizzati, secondo lo schema del collegamento negoziale, conferisce all'operazione complessivamente realizzata, e all'atto terminale di estinzione del debito, carattere di anormalità⁵: è perciò necessario, per escludere la revoca, non solo constatare che l'estinzione del debito pecuniario scaduto ed esigibile si sia realizzata con danaro, ma che questo non sia stato corrisposto al compimento di un processo satisfattorio non usuale alla stregua delle ordinarie transazioni commerciali⁶.

Sulla scorta di quanto sopra, è considerato mezzo anormale di pagamento di un debito del fallito anche la cessione del credito, quale atto negoziale attraverso cui il creditore (cedente) trasferisce ad un terzo (cessionario), a titolo gratuito o oneroso, il suo diritto verso il debitore (ceduto), anche senza il consenso di quest'ultimo⁷.

Senonché, come precisato, o meglio ribadito, dalla pronuncia in commento, atteso che la cessione del credito è un negozio a causa variabile, ossia tendente al soddisfacimento di interessi diversi, occorre indagare in concreto, tenuto conto della volontà

⁴ La finalità propria della procedura concorsuale è quella di assicurare, garantire e tutelare la *par condicio creditorum*, risultato conseguibile solo con la ricostituzione del patrimonio del soggetto fallito attraverso l'assoggettamento alla procedura esecutiva concorsuale di tutti quei beni che ne fossero eventualmente usciti durante il cosiddetto periodo sospetto. Con il sistema revocatorio il legislatore detta le regole da percorrere affinché si possa riuscire a recuperare, ove possibile, all'attivo concorsuale tutti i beni facenti parte del patrimonio del soggetto fallito ed oggetto di negoziazione o di atti di disposizione nell'imminenza del fallimento. L'azione revocatoria fallimentare come rimedio volto a ripristinare la parità di trattamento tra i creditori (sia pur nel rispetto delle eventuali cause di prelazione) tende quindi 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*. Cfr. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, Bologna, 2011, 307 ss.

⁵ 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)". V. anche Cass. civ., 4 agosto 2000, n. 10264, in *Fallimento*, 2001, 9, 973.

⁶ Cfr. Cass. civ., 22 novembre 1996, n. 10347, in *CED Cassazione* 1996.

⁷ Come noto, secondo la disciplina generale della cessione del credito di cui agli artt. 1267 e ss. c.c., due sono le possibili modalità di cessione, a seconda del tipo di garanzia prestata dal cedente: *pro solvendo* e *pro soluto*. La cessione del credito si presume *pro soluto* allorché il cedente non risponde della solvenza del debitore; diversamente, in presenza di uno specifico accordo delle parti in tale senso, saremo di fronte ad una cessione del credito *pro solvendo*, garantendo così il cedente la solvenza del ceduto. In questo caso, qualora il debitore si riveli insolvente, il creditore cedente è tenuto rispetto al cessionario a restituire quanto eventualmente ricevuto come corrispettivo, oltre che corrispondere gli interessi, rimborsare le spese della cessione e quelle che il cessionario abbia sopportate per escutere il debitore, e risarcire il danno. Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, IV, *Diritto civile*, Milano, 1993, 600 ss. In materia di *factoring* il cedente è invece garante della solvibilità dei ceduti, salvo rinuncia da parte del cessionario. L'art. 4 della Legge 52/1991 stabilisce infatti che "Il cedente garantisce, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo che il cessionario rinunci, in tutto o in parte, alla garanzia". La formula base prevista dall'art. 4 prevede una forma di garanzia in capo al cedente che rimane obbligato in solido con il proprio debitore ceduto (cessione *pro solvendo*); ma fa salva la possibilità per le parti contraenti di prevedere anche un'esclusione di tale garanzia, con maggiori oneri in capo al cessionario, che costituisce per l'appunto la forma *pro soluto*. Sul rapporto regola/eccezione della cessione *pro solvendo* o *pro soluto* in materia di *factoring*, si veda in dottrina: ACCETTELLA, *Nota a Tribunale di Milano del 4 novembre 2005*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 244; DE NOVA, *Disciplina dell'acquisto dei crediti di impresa: un disegno di legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 290; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, 318.

della parti contraenti, il fine ultimo che il cedente e cessionario perseguono attraverso il suindicato atto negoziale, poiché diverse solo le conseguenze sul piano della revocabilità in ipotesi di cessione avente natura solutoria, ovvero di garanzia⁸.

Ed è proprio nel solco di tale distinzione che si inserisce la sentenza in commento laddove afferma che “sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie”.

La soluzione della questione passa allora necessariamente per la corretta individuazione della causa che sorregge la cessione, perché se la causa effettiva, nonostante la qualificazione data al contratto dalle parti, risiede nell'estinzione di una precedente obbligazione, solo in tal caso la fattispecie può ricadere sotto il regime proprio dei pagamenti “con mezzi anormali” di cui all'art. 67, primo comma, n. 2, L.F.

Con siffatta cessione il cedente ed il cessionario tendono ad estinguere un loro autonomo precedente rapporto obbligatorio: il credito ceduto costituisce il corrispettivo di un precedente debito del cedente verso il cessionario⁹.

Il criterio più utilizzato, tanto in dottrina¹⁰ quanto in giurisprudenza¹¹, per presumere come solutoria la cessione del credito posta in essere dalle parti è quello “cronologico”, occorre cioè avere riguardo al momento della stipulazione della cessione in relazione al sorgere del rapporto obbligatorio cui essa accede: ove l'atto di cessione sia stato stipulato in presenza di un preesistente rapporto obbligatorio già scaduto ed esigibile opera la presunzione che il trasferimento del credito sia sorretto da causa solvendi, con conseguente revocabilità dell'atto di cessione secondo la suindicata previsione normativa.

Sul punto, particolarmente rilevante è quanto statuito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 25284 dell'11 novembre 2013, secondo cui “In tema di azione revocatoria fallimentare, la cessione di credito in funzione solutoria, quando non sia prevista al momento del sorgere dell'obbligazione ovvero non sia attuata nell'ambito della disciplina della cessione dei crediti di impresa di cui alla L. n. 52 del 1991, integra sempre gli estremi di un mezzo anormale di pagamento, indipendentemente dalla certezza di esazione del credito ceduto; ne consegue la presunzione della conoscenza dello stato di insolvenza in capo al cessionario, che può vincere tale presunzione non con una prova diretta dell'insussistenza dello stato di insolvenza, che rappresenta solo da un punto di vista logico un presupposto dell'azione, ma con la prova di circostanze tali da fare ritenere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza che l'imprenditore si trovava in una situazione di normale esercizio dell'impresa”¹².

Il criterio cronologico non è però esclusivo, facendosi sempre più spazio in seno alla giurisprudenza la necessità di indagare sulle circostanze di fatto in cui è calata l'operazione di cessione del credito¹³.

⁸ Va premesso che oggetto dell'azione revocatoria da parte della curatela è l'atto di cessione, e non i singoli atti solutori conseguenti (ossia le riscossioni da parte del cessionario): questo per l'efficacia reale della cessione, che sottrae il credito dal patrimonio del cedente fallito: v. BOZZI, *Le garanzie atipiche*, I, *Garanzie personali*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Condon, Milano, 1999, 305; v. inoltre Cass. civ., 23 luglio 1997, n. 6882, in *Fallimento*, 1998, 273 ss., che correttamente distingue la diversa fattispecie del mandato all'incasso, in cui invece risultano revocabili anche i singoli atti solutori susseguenti posti in essere dal terzo debitore, indipendentemente dalla revocabilità del mandato, non essendosi trasferita la titolarità dei crediti (in questo senso, v. pure: Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Fallimento*, 2003, 1187 ss.; Cass. civ., 5 aprile 2001, n. 5061, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 713; Tribunale Trani, 6 maggio 2003, in *Fallimento*, 2004, 438).

⁹ La cessione del credito si presenta così come strumento di pagamento anormale rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito considerati equivalenti, cfr. Cass. civ., 2 novembre 2017, n. 26063, in *Fallimento* 2018, 249; Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23714, in *CED Cassazione* 2012; Cass. civ., 23 aprile 2002, n. 5917, in *Fallimento*, 2003, 56 nota di TARZIA; Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5845, in *Fallimento*, 2001, 541, nota di CESARONI; Cass. civ., 12 agosto 1995, n. 9075 in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7794 in *Dir. Fall.*, 1992, II, 31; Cass. civ., 2 agosto 1977, n. 3421, in *Mass. Giur. It.*, 1977.

¹⁰ Il criterio cronologico è stato proposto per la prima volta da BIGIARI, *Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, 291 ss. Vedi altresì ANGELICI e BUSSOLETTI, *Garanzie bancarie proprie ed improprie e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 800 ss.; GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contratto e impresa*, 1986, 378 ss.

¹¹ Cfr. Cass. civ., 30 ottobre 1956, n. 4057, in *Foro it.*, 1957, I, 1975 ss., con nota di BATISTONI FERRARA; e in *Dir. fall.*, 1957, II, 281, con nota di REDENTI; Cass. civ., 19 luglio 1980, n. 4745, in *Dir. fall.*, 1980, II, 575 ss.; Cass. civ., 17 maggio 1982, n. 3047, in *Giur. comm.*, 1983, II, 711 ss.; Cass. civ., 3 febbraio 1987, n. 950, in *Dir. fall.*, 1987, II, 692 ss.; Cass. civ., 25.11.1992, n. 12538, in *Fallimento*, 1993, 513 ss.; Cass. civ., 25 febbraio 1993, n. 2330, in *Fallimento*, 1993, 1013 ss.; e in *Dir. fall.*, 1993, II, 760 ss.; Cass. civ., 23 aprile 2002, n. 5917; Trib. Cassino, 18 luglio 2002, in *Giur. romana*, 2003, 71 ss.; Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12556, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

¹² Reperibile in *Fallimento*, 2014, 823.

¹³ Cfr. Cass. civ., 31 ottobre 2014, n. 23261, in *Fallimento*, 2015, 1346 “la cessione di credito “pro solvendo”, in quanto diretta all'estinzione di un'obbligazione del cedente come effetto ultimo di un negozio giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello per cui il pagamento è dovuto, integra, ai fini dell'art. 67, primo comma, n. 2, legge fall., un mezzo anormale per il pagamento stesso, fermo restando che può essere stipulata anche a scopo di garanzia, sicché, attesa la diversità, in tal caso, delle condizioni per l'assoggettamento a revocatoria fallimentare, è

La giurisprudenza si è infatti trovata più volte a dover considerare come solutorie anche cessioni di crediti contestuali alla concessione di un finanziamento, dove il finanziamento serviva soltanto ad estinguere precedenti esposizioni debitorie del cedente. In tale situazione, quindi, benché la cessione è contestuale all'erogazione del credito, l'operazione negoziale complessivamente posta in essere dalle parti presenta una funzione solutoria lesiva della par condicio creditorum, che giustifica il ricorso all'art. 67, primo comma, n. 2, L. F.¹⁴

Allo stesso modo, fattispecie qualificate dalle parti come mandato all'incasso, sono state reputate delle vere e proprie cessioni del credito con causa solutoria, allorché la curatela del mandante è riuscita a dare la prova della simulazione relativa, promuovendo un'indagine sulla concreta configurazione dei rapporti tra mandante e mandatario¹⁵.

Non hanno dunque funzioni solutorie e non sono revocabili le cessioni di credito nell'ambito di un rapporto di factoring. Infatti in linea con l'orientamento sopra enunciato di verifica del caso concreto e reale intento perseguito dalle parti con lo strumento della cessione, la Corte di Cassazione con sentenza n. 11589 del 2 maggio 2019 ha escluso da revocatoria fallimentare le operazioni di factoring, enunciando il seguente principio di diritto: "In tema di cessione dei crediti d'impresa, i pagamenti eseguiti in favore dell'imprenditore cedente 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".¹⁶

E tuttavia assai significativa è una recente sentenza della Corte di Cassazione n. 15943 del 27 giugno 2017 secondo cui sono "inefficaci, ex art. 67, comma 1, n. 2, l.fall. le rimesse volte a ripianare l'esposizione debitoria del fallito sul conto corrente acceso presso un istituto di credito, effettuate da una società di factoring, alla quale erano stati in precedenza ceduti taluni crediti vantati dal medesimo fallito"¹⁷. Con tale pronuncia la Corte, ricostruendo ed esaminando nella loro interezza i rapporti tra la società cedente, l'Istituto di credito presso cui la cedente era correntista e la società di factoring, ha ritenuto che le cessioni dei crediti in favore della società di factoring,

necessario accertare in concreto l'effettiva funzione solutoria in ragione della sua eventuale destinazione all'eliminazione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva. L'individuazione della finalità dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione medesima, e non da quello del successivo pagamento del credito ceduto, producendosi l'estinzione dell'obbligazione originaria solo con la riscossione di quel credito, per cui la stessa deve essere provata dal curatore che agisca per la revoca della cessione e per le restituzioni conseguenti".

¹⁴ Cfr. Cass. civ., 3 luglio 1987, n. 5819, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 572 ss., che ha dichiarato solutoria una cessione del credito apparentemente avvenuta in garanzia di un'anticipazione bancaria accreditata su un conto speciale, ma che invece serviva ad estinguere in parte lo scoperto di un altro conto, al quale la somma era stata trasferita immediatamente con giroconto; da rilevare, peraltro, l'orientamento consolidato in giurisprudenza, e condiviso pure da questa sentenza, secondo cui, in presenza di un'apertura di credito in conto corrente, le cessioni di credito effettuate alla banca in una situazione di semplice "conto passivo" non sono revocabili come solutorie, perché volte a ripristinare la provvista, mentre sono certamente solutorie quelle fatte in presenza di un "conto scoperto", per mancanza o superamento della concessione di credito. In un altro caso di cessione del credito dietro concessione di un'apertura di credito che andava a ripianare le passività di un precedente fido, la Cassazione ha sottolineato espressamente l'esigenza di una "visione d'insieme dell'operazione", che metta in evidenza lo "stretto collegamento funzionale" tra i singoli negozi, volti ad estinguere la precedente passività: cfr. Cass. civ., 25 febbraio 1993, n. 2330, in *Fallimento*, 1993, 1013. Si veda anche Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12556, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., 25 novembre 1992, n. 12538, in *Fallimento*, 1993, 513, che fa riferimento, in via alternativa, alla simulazione relativa o al collegamento negoziale, per colpire il mandato all'incasso come pagamento anormale; vedi anche Cass. civ., 23 luglio 1997, n. 6882, in *Fallimento*, 1998, 273. Si ricorda che parte della giurisprudenza, anche recente, continua a ritenere che il mandato irrevocabile all'incasso possa in astratto integrare una cessione del credito: Cass. civ., 5 ottobre 2000, n. 12378, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2095; Cass. civ., 13 aprile 2000, n. 4754, in *Fallimento*, 2001, 306 ss., che parla di "effetti sostanzialmente analoghi alla cessione dei crediti". Sui criteri per distinguere correttamente, sul piano effettuale, le fattispecie del mandato all'incasso e della cessione del credito, indipendentemente dal *nomen juris* utilizzato dai contraenti, non è possibile soffermarsi in questa sede: basti rilevare che si tende in genere a ravvisare un mandato quando siano previsti strumenti di controllo a favore del titolare del credito, da cui si desume che egli ha solo affidato ad altri l'incarico di riscuotere, mantenendone la titolarità (si pensi all'obbligo di rendiconto); oppure quando i poteri e le facoltà del cessionario risultano in realtà incompatibili con un vero passaggio della titolarità (ad esempio perché egli non ha il potere di alienare il credito acquistato, o si prevede che il potere dispositivo resti al "cedente").

¹⁶ Reperibile in CED, *Cassazione*, 2019, già oggetto di commento in questo *Osservatorio* n. 2/2019, 3. In senso sostanzialmente 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.

¹⁷ Reperibile in banca dati *Dejure* e in questo *Osservatorio* n. 3/2017, 3.

con versamento delle somme incassate dal factor sul conto corrente della cedente, avessero avuto una funzione solutoria consistente nel ripianare l'esposizione debitoria del cedente nei confronti dell'istituto di credito, palesandosi l'intera operazione come una forma di pagamento con mezzi anormali e dunque revocabile ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, L.F.

In definitiva, la corretta identificazione causale della fattispecie, non può che passare per un esame condotto caso per caso e tenuto conto della volontà della parti contraenti, come appunto enunciato nella pronuncia in esame secondo cui "La cessione di credito è un negozio a causa variabile - potendo essere stipulata anche a fine di garanzia, oltre che di pagamento - e poiché sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie, l'effettiva funzione solutoria della cessione "pro solvendo" di un credito va accertata in concreto, in ragione della sua eventuale destinazione all'estinzione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva: destinazione che peraltro dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione stessa, e non già da quello del successivo pagamento del credito ceduto".

Appare allora in linea con il pregresso e consolidato orientamento giurisprudenziale anche la recente posizione presa dalla Corte di Cassazione che ha cassato la sentenza della Corte di Appello di Napoli laddove ha ritenuto non revocabile ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, L.F. l'atto di cessione concluso tra la società poi fallita Beta e l'Istituto di Credito cessionario Gamma, avendo escluso la natura solutoria della detta cessione, in ragione del solo dato rappresentato dall'addebito al cliente dei crediti insoluti da parte della Banca. Al contrario, la Corte di legittimità ha affermato che il meccanismo dell'addebito degli insoluti vale semmai a qualificare la cessione come pro solvendo, e al fine di escludere o meno che l'atto di cessione posto in essere dalla parti non rappresenti un "mezzo anormale di pagamento", ossia una cessione solutoria, non può prescindere dall'esaminare la fattispecie nella sua interezza e verificare, in concreto, se suo tramite le parti abbiano inteso o meno estinguere un'obbligazione passiva preesistente.

Ciò detto per la cessione solutoria, occorre ora verificare quando la cessione può dirsi in garanzia e se è suscettibile di revocatoria.

Nella cessione a scopo di garanzia, il cedente, debitore del cessionario, cede il credito che egli ha verso un terzo, ed il cessionario non può esigere il credito ceduto immediatamente, ma solo in caso di inadempimento del cedente. Il cessionario diventa effettivamente titolare del credito nei confronti del debitore ceduto, ma nei confronti del debitore cedente deve rispettare un vincolo di carattere obbligatorio in base al quale il credito non può essere riscosso se non a seguito dell'inadempimento, per cui, qualora il cedente adempia, il credito dovrà essergli ritrasferito¹⁸.

Le cessioni di credito in garanzia, non costituendo atti solutori anormali, sono revocabili non già a norma dell'art. 67, primo comma, n. 2, bensì a norma dell'art. 67, primo comma, n. 3, ovvero n. 4¹⁹.

Più precisamente, se la cessione è stata effettuata successivamente al sorgere dell'obbligazione principale ma prima della sua scadenza l'atto sarà revocabile a norma dell'art. 67, primo comma, n. 3, L.F.; mentre nell'ipotesi in cui la cessione sia stata stipulata in presenza di un debito scaduto l'atto sarà revocabile a norma dell'art. 67, primo comma, n. 4, L.F.²⁰. Entrambe le ipotesi di garanzia (ovvero sia quella in cui il debito principale non sia ancora scaduto, sia quella in cui invece il termine di adempimento sia già trascorso) sono revocabili se poste in essere nel periodo di tempo sospetto predeterminato dal Legislatore e salvo che il cessionario provi la propria inscientia decoctionis.

Da ultimo, se la cessione di credito in garanzia è contestuale o addirittura anteriore al sorgere dell'obbligazione che si intende garantire sarà revocabile a norma dell'art. 67, secondo comma, L.F., ossia solo se stipulata nei sei mesi antecedenti alla

¹⁸ Cfr. DOLMETTA - PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 76 ss.; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, *passim*.

¹⁹ La norma così recita: "Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) [...] 2) [...] 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti".

²⁰ L'elencazione delle garanzie contenuta nell'art. 67, primo comma, nn. 3 e 4 L.F. non è considerata tassativa. Una conferma in tal senso deriva dall'art. 9, comma secondo, D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170, sui contratti di garanzia finanziaria, che agli effetti degli artt. 66 e 67 L.F. equipara al pegno la cessione del credito o il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia. Cfr. Cass. civ., 4 febbraio 2010, n. 2610 in *Fallimento*, 2010, 994; Cass. civ., 15 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1137; Cass. civ., 08 luglio 2005, n. 14376, in *Fallimento*, 2006, 398. Anche prima del suindicato intervento normativo l'elencazione *de qua* non era ritenuta chiusa, considerato che non era ragionevole escludere dall'ambito di applicazione della norma l'atto di costituzione di una garanzia solo perché atipica: cfr. S. MARCHETTI, *Revocatoria fallimentare della cessione di credito*, in *Fallimento*, 1985, 538 ss., in nota a Trib. Napoli, 26 settembre 1984; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2011, *sub art.* 67; in giurisprudenza, sulla scorta di una sostanziale equiparazione, ai fini della revocatoria, della cessione in garanzia al pegno su crediti: Cass. civ., 4 luglio 1961, n. 1604, in *Foro it.*, 1961, I, 1072 ss.; App. Palermo, 24 gennaio 1989, in *Temi siciliana*, 1989, 391 ss.; App. Milano, 26 luglio 1983, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 488 ss.; App. Roma, 7 dicembre 1982, in *Temi romana*, 1983, 342 ss.

dichiarazione di fallimento, e sempre che la curatela riesca a dare la prova della conoscenza dello stato di insolvenza del cedente da parte del cessionario²¹.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte ne consegue che gli atti di cessione dei crediti se posti in essere nel periodo sospetto ex lege, sia che abbiano natura solutoria o natura di garanzia, sono revocabili, con la precisazione che, come insegna la Suprema Corte, anche da ultimo con la pronuncia in commento, occorre compiutamente indagare circa la reale volontà della parti e quindi il fine che le stesse intendono conseguire attraverso lo strumento della cessione, essendo differenti "le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie".

Come anticipato, la sentenza qui commentata presenta interesse anche per un'ulteriore problematica giuridica, concernente l'azione di inefficacia dei pagamenti ex artt. 167 e 168 L.F.

Nel caso pratico sottoposto alla Corte sembra desumersi che la società Beta, prima di essere dichiarata fallita, avesse presentato domanda di concordato preventivo e nelle more tra la data di presentazione della domanda di concordato ed il decreto di ammissione alla procedura di concordato sarebbero intervenuti dei pagamenti in favore della Banca Gamma.

Secondo il Giudice del secondo grado tali pagamenti andrebbero dichiarati inefficaci a norma dell'art. 67 L.F., potendo trovare applicazione la disposizione di cui agli artt. 167 e 168 L.F. solo a far data dal deposito del credito di ammissione alla procedura di concordato.

La Corte di legittimità smentisce però quanto sostenuto dalla Corte d'Appello richiamando anche in tal caso un principio oramai consolidato in giurisprudenza²² secondo cui la circostanza che, con riferimento agli effetti dell'ammissione al concordato preventivo di cristallizzazione del patrimonio del debitore, l'art. 167, primo comma, L.F. usi l'espressione "durante la procedura" e l'art. 168, primo comma, L.F., più incisivamente, faccia riferimento alla "data della presentazione della domanda" non può considerarsi decisiva al fine di escludere che gli effetti del decreto di apertura di quella procedura retroagiscano alla data di presentazione della domanda; ragion per cui deve ritenersi che la sanzione di inefficacia, prevista dal secondo comma dell'art. 167 L.F., riguardi anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione, in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e la pronuncia di quel decreto si verificino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla "par condicio" che rischierebbero di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame degli Organi Fallimentari.

L'affermazione di diritto della Suprema Corte non può che essere condivisa tenuto conto che anche la procedura di concordato preventivo è interamente permeata dalla necessità di tutela del principio della par condicio creditorum, anche in ipotesi di procedura di concordato con "riserva" alla stregua dell'applicazione dell'art. 161, sesto comma, L.F., dunque l'esigenza di tutela di tale principio non può che comportare che devono ritenersi inefficaci o inopponibili alla stessa procedura ex artt. 167 e 168 L.F. (ed al fallimento che alla stessa consegua) i pagamenti effettuati dal debitore concordatario in favore dei suoi creditori al di fuori del piano concordatario, non autorizzati, e comunque in violazione della par condicio creditorum e ciò a prescindere che tali pagamenti siano effettuati nel periodo intercorrente tra la presentazione della domanda di concordato ed il decreto di ammissione²³.

²¹ Cfr. Cass. civ., 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Foro Pad.*, 2010, I, 1 secondo cui: "È pacifico che la funzione di garanzia può essere connaturata sia alla cessione del credito sia al mandato irrevocabile all'incasso. In caso di cessione del credito la modalità pratica attraverso cui detta funzione può realizzarsi, può consistere anche nel versamento sul conto del cedente, esistente ed esposto al momento della riscossione del credito ceduto, delle somme che il cessionario (nella specie una banca) ha incassato in veste di titolare di quel credito, in un importo pari alla passività ivi maturata. L'operazione non attribuisce "causa solutionis" al versamento, né smentisce e contrasta con l'effetto traslativo tipico del contratto di cessione. La cessione a scopo di garanzia funzionalmente contestuale al sorgere del credito è riconducibile al paradigma dell'art. 67, comma 2 L.F., R.D. n. 267/1942, e ai fini della revocatoria occorre far riferimento alla data della sua conclusione".

²² Cfr. Cass. civ., 27 settembre 2017, n. 22601, in *CED Cassazione* 2017.

²³ Si sostiene che pur essendo equivoca l'espressione "durante la procedura" indicata nell'art. 167, primo comma, L.F. lo "spossamento attenuato" debba decorrere dalla data di presentazione della domanda di ammissione, nel senso che tutti gli effetti preliminari del concordato preventivo sulla capacità del debitore di disporre del proprio patrimonio sono collegati alla data del deposito della domanda. Tale indirizzo interpretativo nasce sia da esigenze di opportunità ma soprattutto di coordinamento degli artt. 167 e 168 L.F. non potendosi ritenere che il Legislatore, da un lato, impedirebbe ai creditori per titolo o causa anteriore di aggredire, dopo la presentazione della domanda di concordato, il patrimonio del debitore, e, dall'altro lato, permettere atti di disposizione del patrimonio sino al deposito del decreto di ammissione alla procedura di concordato, cfr. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo*, 2015; FABIANI, *Diritto Fallimentare*, 2011, 641. Vedi poi anche Cass. civ., 12 gennaio 2007, n. 578, in *Fallimento*, 2007, 723, nonché Cass. civ., 10 febbraio 2006, n. 2972, in *Fallimento*, 2006, 849, secondo cui "In tema di amministrazione controllata, diversamente da quanto accade nel concordato preventivo, gli effetti di cui agli artt. 167 e 168 della legge fall., che si riassumono nella cristallizzazione del patrimonio dell'imprenditore, non retroagiscono alla data di presentazione dell'istanza di ammissione alla procedura concorsuale, in tal senso deponendo sia la lettera dell'art. 188, secondo comma, della legge fall., sia la mancata previsione di strumenti di

Ne consegue, pertanto, che ove alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento, i pagamenti non autorizzati eseguiti dall'imprenditore nel lasso di tempo sopra considerato devono considerarsi inefficaci ai sensi dell'art. 167 L.F. e non risultano soggetti a revocatoria fallimentare.

L'azione di inefficacia ex art. 67 L.F. è esperibile solo per gli atti e i pagamenti compiuti nel periodo di tempo richiesto dalla medesima norma, in combinato disposto con l'art. 69 bis L.F.

La linea di confine tra le due distinte iniziative giudiziali è dunque rappresentata dal deposito della domanda di concordato.

Avv. Nello D'Agostino

nello.dagostino@munaricavani.it

cui l'imprenditore possa avvalersi, nel periodo compreso tra la proposizione del ricorso e il suo accoglimento, per il compimento di atti dispositivi astrattamente riconducibili all'art. 167, secondo comma, della legge fall., ma rientranti nella gestione ordinaria dell'impresa".

2. Cassazione Civile, Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11202

Obbligazioni in genere - Cessione dei crediti - Cessione di credito fatta da organismo pubblico a società di *factoring* - Natura di contratto a prestazioni corrispettive - Necessità di rispettare la procedura di evidenza pubblica - Sussistenza mancata adozione procedimento evidenza probatoria - Conseguenze - Nullità

(Cost., art. 97 e art. 117, comma 2, lett. e); Codice Civile, art. 1418; D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, art. 3, 20, 27; D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, art. 3, all. 2A)

La cessione del credito è un contratto a prestazioni corrispettive in quanto, a fronte dell'apporto anticipato di liquidità, il cedente deve pagare al cessionario un prezzo concordato, di regola detraendolo dall'importo del credito anticipato, sicché la scelta del contraente da parte di un organismo pubblico deve avvenire attraverso la procedura dell'evidenza pubblica la quale assicura il rispetto dei principi imperativi di imparzialità e buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Cost., nonché la concorrenza (ex art. 117, comma 2, lett. e, Cost.), realizzando l'interesse pubblico al miglior vantaggio economico e garantendo, al contempo, ai soggetti abilitati, il diritto di esercitare attività economica senza discriminazione. (In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva ritenuto causa di nullità del contratto, ex art. 1418 c.c., la violazione dell'obbligo dell'evidenza pubblica nella scelta del cessionario del credito da parte di società a totale partecipazione pubblica).

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Cassazione Civile, Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11202

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Armano Uliana

Dott. Graziosi Chiara

Dott. Iannello Emilio

Dott. D'Arrigo Cosimo

Dott. Guizzi Stefano Giaime

ha pronunciato la seguente:

- Presidente-
- rel. Consigliere-
- Consigliere-
- Consigliere-
- Consigliere-

SENTENZA

sul ricorso (*omissis*) proposto da:

(*omissis*), in persona del procuratore speciale Dott. (*omissis*), elettivamente domiciliata in ROMA, (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

(*omissis*), in persona dei legali rappresentanti p.t., domiciliata ex lege in ROMA, (*omissis*), presso 1'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui è rappresentata e difesa per legge;
(*omissis*) SPA, in persona dell'Amministratore Delegato dott. (*omissis*) elettivamente domiciliata in ROMA, VIA (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrenti -

e contro

(*omissis*)

- intimati -

avverso la sentenza n. 1622/2016 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 20/04/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/01/2019 dal Consigliere Dott. CHIARA GRAZIOSI; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SGROI CARMELO, che ha concluso per il rigetto del ricorso; udito l'Avvocato (*omissis*); udito l'Avvocato (*omissis*) per delega; udito l'Avvocato (*omissis*) per delega orale per (*omissis*) Spa.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 13 aprile 2005 (*omissis*) conveniva davanti al Tribunale di Napoli il (*omissis*) e l'Unità Stralcio D.L. n. 195 del 2009, *ex art.* 2, comma 1, convertito in L. n. 26 del 2010 per ottenerne la condanna a pagarle l'importo di Euro 7.672.730,46, oltre interessi, quale corrispettivo del servizio di smaltimento dei rifiuti prestato da (*omissis*) S.p.A. (società a totale partecipazione pubblica), che ne avrebbe ceduto il credito all'attrice. (*omissis*) durante il giudizio - in cui controparte si era costituita resistendo - dichiarava di avere ceduto a sua volta il credito a (*omissis*), chiedendo la propria estromissione; e (*omissis*) interveniva volontariamente.

Con sentenza n. 214/2009 il Tribunale dichiarava ammissibile l'intervento di (*omissis*), estrometteva (*omissis*) e condannava il Commissariato al pagamento della somma.

La (*omissis*) proponeva appello, cui resistevano (*omissis*) e (*omissis*). La Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 20 aprile 2016, ritenuto nullo il contratto di cessione del credito stipulato da (*omissis*) e (*omissis*) per violazione della normativa imperativa obbligante ad adottare una procedura d'evidenza pubblica - non essendovi stata alcuna gara diretta a individuare il soggetto cessionario -, accogliendo l'appello rigettava la domanda di (*omissis*), condannandola a rifondere all'appellante le spese del secondo grado, e compensando invece le spese tra l'appellante e (*omissis*).

2. Ha presentato ricorso (*omissis*), divenuta (*omissis*), sulla base di sei motivi - illustrati poi anche con memoria -. Si difendono con rispettivo controricorso la (*omissis*) e (*omissis*).

RAGIONI DELLA DECISIONE

3. Va anzitutto dato atto che nella premessa del ricorso si espone che il credito è stato ceduto da (*omissis*) a (*omissis*) con atto notarile del 16 aprile 2003, venendo notificata la cessione il 12 maggio 2003 *ex art.* 1264 c.c., comma 1 al (*omissis*) (che con lettera del 9 maggio 2003 avrebbe, secondo la prospettazione della ricorrente, in sostanza riconosciuto il debito della pubblica amministrazione, di cui avrebbe pagato un acconto di Euro 1.169.669,18 il 23 dicembre 2003). Descrivendo poi la vicenda del giudizio di primo grado, la premessa espositiva del ricorso afferma che, in sua pendenza, l'attrice (*omissis*) con atto notarile del 23 aprile 2007 - di cui gli elementi identificatori - (ricorso, pagina 6) "ha ceduto *pro soluto* a (*omissis*)" tale credito.

3.1.1 Il primo motivo, allora, denuncia violazione e/o falsa applicazione degli articoli 6, 17 CEDU e art. 1 del Protocollo Addizionale CEDU nonché dell'art. 111 Cost.; denuncia altresì violazione del divieto di abuso del diritto e del processo.

L'art. 1 del Protocollo Addizionale CEDU stabilisce che ognuno ha diritto al rispetto dei suoi beni e non può essere privato della sua proprietà se non per pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale; gli Stati possono comunque emanare le leggi ritenute da essi necessarie per disciplinare l'uso dei beni secondo l'interesse generale o per assicurare il pagamento di imposte, contributi e ammende.

Tra i beni la Corte EDU ha incluso i diritti di credito (con le sentenze Nicola Silvestri c. Italia, 9 giugno 2009, e Pressos Campania Naviera S.A. e altri c. Belgio, 20 novembre 1995) e i diritti patrimoniali derivanti da concessioni amministrative (con le sentenze Tre traktor AB c. Svezia, 7 luglio 1989 e Fredin c. Svezia, 18 febbraio 1991), il che si attaglierebbe a questo caso. Chi ha smaltito i rifiuti avrebbe diritto alla remunerazione perché avrebbe prestato un pubblico servizio: e quindi avrebbe un bene ai sensi del citato articolo 1 Protocollo Addizionale CEDU. Sarebbero altresì rilevanti il diritto all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU e il divieto di abuso del diritto *ex art.* 17 CEDU e art. 54 della Carta di Nizza nonché il divieto di abuso del diritto e del processo come principi generali anche dell'ordinamento giuridico italiano. Vengono a questo punto esaminati in modo articolato gli elementi che sarebbero costitutivi dell'abuso.

A) (elemento rubricato come "*Uso anormale del diritto*"). Nel caso in esame vi sarebbe stato un uso anormale delle norme, prima comunitarie e poi interne, relative alle gare pubbliche, essendo stata dichiarata la nullità della cessione del credito per violazione di normativa che avrebbe imposto la gara per scegliere il cessionario. La normativa italiana e la normativa comunitaria che impongono alle pubbliche

amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico di bandire una gara per scegliere sarebbero dirette a tutelare la concorrenza, e quindi una scelta trasparente e non discriminatoria. Tali normative peraltro non presenterebbero come *ratio* l'attribuzione al soggetto pubblico della possibilità di non pagare chi gli ha prestato il servizio pubblico e soprattutto i suoi cessionari, per cui sarebbe abnorme invocare la nullità del contratto.

B) (elemento rubricato come "*Intollerabilità della situazione che si viene a creare*"). Verrebbe così a crearsi una situazione intollerabile: il governo non pagherebbe colpevolmente e pertanto lederebbe il diritto di credito di cui all'articolo 1 Protocollo Addizionale CEDU: e così "*il credito di 26 milioni diventa zero*".

C) (elemento rubricato come "*Sproporzione ingiustificata tra beneficio del soggetto che esercita il diritto e il sacrificio ricadente su chi ne subisce l'esercizio*"). Sussisterebbe una sproporzione ingiustificata tra il beneficio di chi esercita il diritto - che verrebbe a beneficiare del 100% della prestazione - e il sacrificio di chi ne subisce l'esercizio - che verrebbe ad ottenere lo 0% del credito -.

D) (elemento rubricato come "*Abuso del e nel processo*"). Si integrerebbe abuso del e nel processo. Il governo supererebbe la linea che separa la difesa dalla strumentalizzazione del giudizio. In questo si è dedotta "*la nullità di regole pubbliche, che avrebbero dovuto osservare autorità pubbliche*", a danno del privato, il quale "*rimane spettatore, se non... ostaggio*" di questo "*gioco*" che avrebbe "*avuto quale campo il processo*", divenuto l'opposto del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e del processo equo di cui all'art. 6 CEDU.

E) (elemento rubricato come "*Violazione del divieto di venire contra factum proprium*"). Sussisterebbe violazione del divieto di venire *contra factum proprium*. Disconoscendo l'autorità pubblica il suo debito, in precedenza riconosciuto, si verrebbe a violare l'affidamento creato col precedente riconoscimento. Il principio di affidamento, principio cardine del diritto comunitario, riguarda gli obblighi di correttezza e buona fede nei rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino; la L. n. 241 del 1990, art. 1 richiamando i principi del diritto comunitario, comporta poi l'applicazione nell'ordinamento giuridico interno della "*giurisprudenza della Corte di giustizia che ha affermato la rilevanza del principio di affidamento*". Pertanto la pubblica amministrazione avrebbe dovuto agire con logicità/coerenza, correttezza e buona fede.

In conclusione la sentenza sarebbe viziata ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 con riferimento all'art. 6 CEDU e art. 111 Cost., e/o comunque in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 con riferimento all'art. 17 CEDU e art. 1 Protocollo CEDU.

3.1.2 In subordine, qualora si ritenga che la normativa su cui il giudice d'appello si è fondato (D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 20, comma 2, e D.Lgs. n. 157 del 1995, all. 2 A, art. 27, comma 3, comma 1) comporti effettivamente "*la nullità dell'Atto di (omissis)/(omissis)*", si chiede di sollevare la questione di costituzionalità delle norme sull'evidenza pubblica, "*se interpretate nel senso di consentire la deduzione ex post in giudizio dell'eccezione di nullità per non pagare al cessionario del credito il corrispettivo per l'attività effettivamente svolta*", in relazione agli artt. 6 e 17 CEDU, art. 1 Protocollo CEDU e art. 111 Cost.

Ancora in subordine, se non si accolgono le censure svolte per "*evidenziare la validità dell'Atto di Cessione(omissis)/(omissis)*", si chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sul seguente quesito: "*se le norme della direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con i principi dei Trattati in materia di libera circolazione dei beni servizi e capitali (sic), con il divieto di abuso del diritto e di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, possano essere interpretate nel senso di consentire, a un'Autorità di uno Stato membro, di opporre la nullità della cessione di un credito, acquisito da un'impresa di un altro Stato membro, derivante da un'attività di servizio pubblico effettivamente svolta, ma di cui si contesta la legittimità in forza del mancato rispetto, da parte di un organismo di diritto pubblico del primo Stato membro, della normativa comunitaria sulle gare pubbliche*".

3.1.3 Nella sua ampia e anche suggestiva struttura, il motivo appena riassunto in effetti non confuta il contenuto della sentenza (e di ciò la ricorrente a ben guardare si rende conto laddove tenta - a pagina 9 del ricorso, nell'incipit del motivo - di schivare ogni conseguente problema mediante la rassicurazione che proponendo questo motivo "*non si intende affatto recedere dalle contestazioni che saranno in seguito esposte*"), bensì "*attacca*" il *decisum* cui la sentenza è pervenuta muovendosi *in toto* su un piano assertivo-generale: un punto di vista che - omettendo la dimostrazione dell'assoluta inesistenza di una interpretazione delle norme di cui la corte si è avvalsa che le rendano compatibili con i massimi principi invocati dal motivo come la ricorrente li intende - non è neppure idoneo, per tale natura eccessivamente "generalista" (ovvero non rapportata nel *minimum* necessario al *thema decidendum*), a evidenziare la concretezza dell'interesse che dovrebbe supportare il motivo stesso.

3.1.4 Peraltro, la sostanza del motivo è che la nullità del contratto di cessione costituisce abuso, sia sul piano sostanziale, sia sul piano del processo, perché una delle parti del contratto è un organismo pubblico, ovvero *lato sensu* lo stesso autore delle norme da cui deriva la nullità. L'argomento è del tutto inconsistente, perché conduce immediatamente ad una *reductio ad absurdum*: ne deriverebbe infatti, se fosse fondato, che i contratti con la pubblica amministrazione o con organismi pubblici non possono essere dichiarati nulli qualora non lo chieda la parte privata, perché altrimenti la parte pubblica diverrebbe abusante. Quindi è la stessa normativa interna determinante la nullità del contratto - tutta, perché quel che rileva non è il suo contenuto, bensì il suo "autore" - che diventerebbe un abuso del diritto, nazionale e sovranazionale, se la sua applicazione ricade a favore di un ente pubblico; al contrario, non così automatico (potrebbe dirsi "*ipso jure*"), bensì necessitante di un vero e proprio accertamento, sarebbe l'abuso se l'applicazione ricadesse a favore della parte che ente pubblico non è. Allora, paradossalmente, per far sì che la parte pubblica non fruisca delle norme interne sulla nullità si trasformerebbe la sua controparte in un soggetto *legibus solutus*: se il contratto è nullo, solo la parte "privata" potrebbe farlo valere.

In tal modo il potere dispositivo della parte privata si riverbererebbe - dilatandosi oltre ogni misura, quasi la normativa nazionale fosse stata degradata a regolamento negoziale - su ogni normativa nazionale di nullità, trasformandola in nullità di protezione a proprio favore, e dunque sradicando la nullità, per così dire, piena e imperativa dall'ordinamento sulla base di un dogma di abuso irrogato alla fattispecie qualora la invochi controparte. E in tal modo, per di più, la parte pubblica rappresentata dalla pubblica amministrazione verrebbe confusa con gli enti pubblici legislativi e, anche, giurisdizionali, mediante una - rapida e apodittica - fusione "*in unum*" di tutte le entità statali, diretta a "disinnescare" l'applicazione della legge nazionale in tutti i casi in cui, nel concreto, porti effetti pregiudizievoli al soggetto privato che con un siffatto onnicomprensivo Stato si costruisce un rapporto economico, il quale in realtà rimane a questo punto giuridico sotto il profilo dell'eventuale pregiudizio per lo Stato soltanto in riferimento alla normativa sovranazionale.

Questa *reductio ad absurdum* dimostra l'infondatezza manifesta del motivo, e assorbe anche le due richieste di adire la Consulta e la corte comunitaria, le quali peraltro - il che di per sé è già sufficiente per sradicarle da ogni consistenza - attengono ad un atto di cessione tra (*omissis*) e l'attuale ricorrente: atto di cessione che non è mai avvenuto - come si è visto, l'ammette in premessa la stessa ricorrente descrivendo i fatti prodromici della causa -, avendo (*omissis*) ceduto a (*omissis*).

3.2 Il secondo motivo denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, nullità della sentenza per violazione dell'art. 2909 c.c. e art. 324 c.p.c.

La sentenza del Tribunale, nel dispositivo, avrebbe dichiarato ammissibile l'intervento di (*omissis*) e disposto l'estromissione di (*omissis*). In tal modo avrebbe accertato, senza che sia stata proposta al riguardo impugnazione, la validità della cessione (*omissis*)/(*omissis*), perché ciò sarebbe il presupposto di quanto statuito nel dispositivo. Si sarebbe formato, pertanto, giudicato implicito sulla validità della cessione, giudicato che avrebbe reso impossibile il rilievo officioso di tale nullità in secondo grado.

Si tratta di una questione che è stata affrontata esplicitamente dalla corte territoriale nelle pagine 9-10 della sentenza impugnata, rispetto alla quale considerazione del giudice d'appello il motivo non fornisce una specifica confutazione, ma rimane su un piano di pura contraddizione assertiva: il motivo risulta pertanto inammissibile, non costituendo lo strumento impugnatorio la via della mera riproposizione, *tamquam non esset* la pronuncia impugnata.

3.3.1 Il terzo motivo denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, nullità della sentenza per violazione dell'art. 183 c.p.c., comma 4 e art. 101 c.p.c., comma 2.

L'art. 183 c.p.c., comma 4, sarebbe applicabile anche in grado d'appello ai sensi dell'art. 359 c.p.c.; ma la corte territoriale avrebbe omissso, nella prima udienza di trattazione ex art. 350 c.p.c., di indicare le questioni rilevabili d'ufficio di cui riteneva opportuna la trattazione (come recita appunto l'art. 183 c.p.c., comma 4). Tale omissione non sarebbe stata sanata dall'applicazione dell'art. 101 c.p.c., comma 2, per non avere il giudice d'appello concesso il deposito di memoria sulla pretesa nullità della cessione (*omissis*)/(*omissis*), ma soltanto sulla pretesa nullità del rapporto tra (*omissis*) e il Commissario di Governo. La corte territoriale pertanto avrebbe impedito alle parti di esplicitare le loro difese, onde la sentenza sarebbe nulla per violazione dell'art. 183 c.p.c., comma 4, art. 359 c.p.c. e art. 101 c.p.c., comma 2.

3.3.3 Il motivo è inammissibile perché, nonostante la sua natura sia di rito, non indica la lesione concreta

che sarebbe stata subita nel diritto di difesa dal ricorrente.

Peraltro non corrisponde al vero che il giudice d'appello abbia impedito l'esercizio del diritto di difesa in quanto (v. pagine 7ss. della sentenza) il giudice d'appello riporta come esatta la sequenza delle eccezioni rilevabili d'ufficio quale descritta nella seconda comparsa conclusionale d'appello dell'attuale ricorrente, per cui con la prima conclusionale d'appello l'appellante aveva eccepito per la prima volta la nullità del rapporto fondamentale tra *(omissis)* e il Commissario di governo (per essere il contratto privo di forma scritta) e poi nelle note autorizzate del 30 settembre 2015 (ovvero quelle autorizzate ex art. 101 c.p.c., comma 2) aveva eccepito per la prima volta la nullità della cessione *(omissis)/(omissis)* per violazione dell'obbligo di evidenza pubblica nella scelta del cessionario: dunque l'attuale ricorrente si poté difendere da ciò nella seconda comparsa conclusionale d'appello (v. ancora pag.5 della sentenza); e - a pagina 8 - la sentenza d'appello da pure atto che "*la parte appellata sostiene nella memoria ex art. 101 c.p.c. e negli scritti difensivi finali*" (ergo: la seconda conclusionale) "*che nel giudizio di appello sarebbero state sollevate questioni nuove, come tali inammissibili*", rilievo difensivo che la corte territoriale, appunto, procede immediatamente a considerare e confutare.

Il motivo, quindi, non ha alcuna consistenza.

3.4 Il quarto motivo denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4 e violazione dell'art. 111 Cost., comma 6.

Vengono criticati elementi motivazionali - in particolare estrapolati dalle pagine 15-16 della motivazione, riportati nelle pagine 22-24 del ricorso per la illustrazione del motivo - così da sostenere che la motivazione della Corte d'appello sarebbe perplessa e obiettivamente incomprensibile alla luce di S.U. 7 aprile 2014 n.8053.

Si tratta di un evidente tentativo di reintrodurre il testo previgente dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 per poter confutare il contenuto della motivazione; e per di più in questioni prevalentemente di diritto, nelle quali il vizio motivazionale non incide, neppure quando la motivazione è qualificabile come apparente, rilevando solo la corretta applicazione da parte del giudice di merito delle norme di diritto (cfr. da ultimo Cass. sez. 2, ord. 13 agosto 2018 n. 20719; Cass. sez. 5, ord. 13 dicembre 2017 n. 29886; S.U. 2 febbraio 2017 n. 2731; Cass. sez. 5, 3 agosto 2016 n. 16157; Cass. sez. 1, 24 giugno 2015 n. 13086; Cass. sez. I, 11 novembre 2014 n. 23989; Cass. sez. 1, 27 dicembre 2013 n. 28663; S.U. 5 novembre 2008 n. 28054; trattasi logicamente di principio generale, relativo anche alla giurisdizione di legittimità in materia penale: cfr. da ultimo Cass. pen. sez. 1, 20 maggio 2015 n. 16372 e Cass. pen. sez. 3, 23 ottobre 2014-11 febbraio 2015 n. 6174).

Comunque la motivazione offerta dalla corte territoriale nella impugnata sentenza è tutt'altro che apparente e incomprensibile, essendo stata - al contrario - stesa con una notevole ampiezza argomentativa, in cui nulla resta oscuro.

Anche questo motivo, in conclusione, non merita accoglimento.

3.5 Il quinto motivo, proposto in subordine rispetto al quarto, denuncia ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.

In quel che della motivazione della sentenza impugnata viene focalizzato nel quarto motivo - tramite estrapolazioni dalle pagine 15-16 della sentenza (si rimanda al ricorso, pagine 22-24) - si configurerebbe la violazione dell'art. 2697 c.c.: l'asserita nullità della cessione tra *(omissis)* e *(omissis)* sarebbe stata oggetto di una eccezione, per cui il Commissario del Governo avrebbe avuto l'onere di allegare e provare i fatti posti a suo fondamento; e sarebbe stato altresì necessario tenere in conto il principio della prossimità della prova. Si svolgono argomenti relativi alla lettera del 9 maggio 2003 con cui il suddetto Commissario avrebbe riconosciuto la validità della cessione, osservando tra l'altro che il Commissario sarebbe stato in posizione di prossimità alla prova, e ribadendo infine che la sentenza avrebbe violato l'art. 2697 c.c.

Il motivo, *ictu oculi*, patisce una complessiva genericità, che lo rende inammissibile: non indica, in effetti, che cosa sarebbe mancato che il commissario avrebbe dovuto invece allegare e provare, in particolare nel passo di cui a pagina 16 della motivazione oggetto del motivo precedente. Peraltro, si nota *ad abundantiam*, trattandosi di un rilievo di nullità da parte del giudicante e non certo di un'eccezione di parte, il soggetto a cui favore sarebbe stata pronunciata poi la nullità non aveva alcun onere probatorio, sussistendo esclusivamente la necessità che nel *thema decidendum* fosse rinvenibile come allegato in termini di fatto quel che il giudice avrebbe posto a fondamento della sua applicazione del diritto.

3.6.1 Il sesto motivo denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 20, comma 2 e D. Lgs. n. 157 del 1995, all. 2 A, art. 27 e art. 3, comma 1.

Alla cessione del credito da (omissis) a (omissis) non sarebbero applicabili le norme sui contratti pubblici. Infatti il D. Lgs. n. 163 del 2006 dovrebbe applicarsi ai cosiddetti contratti passivi, da cui deriva un esborso della pubblica amministrazione - qui si invoca il suo art. 3, comma 2 - e non ai contratti attivi, ove la pubblica amministrazione non effettua esborso perché al contrario ne ricava una entrata. Il giudice d'appello avrebbe confuso la cessione del bene e l'acquisizione del servizio, perché avrebbe *"considerato la cessione non come un contratto in cui il cedente cede un proprio diritto in cambio di corrispettivo, ma un contratto con cui il cedente acquisisce dal concessionario un "servizio" di cessione"*. Perciò, ritenendolo un contratto passivo, avrebbe *"applicato la normativa che impone agli organismi di diritto pubblico la gara"* qualora intendano acquisire servizi; il contratto di cessione, però, sarebbe secondo la ricorrente un *"contratto di cessione di bene, non di acquisizione di servizi"*.

In particolare, *"l'errore in cui è incorso il Giudice è analogo a quello che si farebbe se si dicesse che, nella compravendita di un immobile, il venditore acquisisce dal compratore il servizio di acquisto dello stesso"*; peraltro, e *"soprattutto"*, la cessione del credito sarebbe un contratto attivo, e solo eccezionalmente gratuito, il che discenderebbe dall'art. 1266 c.c., comma 2. E *"l'obbligo di gara previsto dalla normativa sugli appalti vige solo per i contratti passivi"*. Viene richiamata una formulazione dell'adunanza plenaria n. 16/2011 del Consiglio di Stato per cui i contratti attivi non sono contratti "esclusi", ma contratti "estranei". Ai contratti esclusi *"si applicano le regole di trasparenza previste dall'art. 27 codice dei contratti - norma di cui è stata dedotta la violazione nella Sentenza -"* mentre *"rispetto ai contratti estranei non vige né l'obbligo di gara previsto dal codice dei contratti né quello previsto (per i contratti esclusi) dall'art. 27"*.

Anche per i contratti attivi, comunque, *"di regola, vigono gli obblighi di gara previsti dal regolamento di contabilità pubblica"*, però vincolanti soltanto lo Stato e gli enti territoriali, e non gli organismi di diritto pubblico in forma societaria come (omissis). E quindi il motivo conclude affermando che *"l'obbligo di gara per i contratti passivi riguarda anche società come (omissis)"*, mentre *"l'obbligo di gara per i contratti attivi ... riguarda solo le Pubbliche Amministrazioni"*.

3.6.2 Premesso che a questo punto, invocando il potere di questa Suprema Corte a decidere nel merito, il ricorso (da pagina 29 a pagina 38) indica una pluralità di elementi che fonderebbero in merito la pretesa della ricorrente (indicazione che, essendo appunto dedicata a sorreggere una decisione nel merito, non ha qui alcun rilievo per quanto già osservato e per quello che si verrà ora ad osservare), deve darsi atto che in questo, per così dire, estremo motivo (che sarebbe stato ben più logico anteporre a quello che è stato addotto come prima censura) mediante la contrapposizione contratti passivi/contratti attivi (omissis) introduce un argomento tutt'altro che risolutivo a suo favore.

In primis deve osservarsi che il D. Lgs. n. 163 del 2006 - fattualmente abrogato Codice dei contratti pubblici, usualmente denominato anche Codice degli appalti - non è applicabile, in quanto la cessione del credito da (omissis) a (omissis) è avvenuta, *ut supra* evidenziato, con atto notarile del 16 aprile 2003. Il fatto poi che la corte territoriale abbia anch'essa argomentato in riferimento alle norme di tale Codice ed alla attinente direttiva 2004/18/CE non può, ovviamente, condurre a superarne l'inapplicabilità *ratione temporis*. La normativa applicabile dovrebbe invece identificarsi nel d.lgs. 157/1995, Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi (che venne abrogato proprio dal d.lgs. 163/2006 mediante l'articolo 256), di cui il motivo infatti ha in rubrica invocato l'art. 3, comma 1, senza peraltro trame [sic], quantomeno espressamente, alcun argomento nella sua breve illustrazione (una pagina e mezzo), che si rifà invece al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 3 e 27 oltre che all'art. 1260 c.c., comma 2.

Il D.Lgs. n. 157 del 1995 stabilisce: *"Gli appalti di servizi sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto da un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, avente ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2"*. L'allegato 2 detta, dopo un'elencazione specifica di servizi, una clausola di chiusura - *"altri servizi"* - che in quanto tale può investire pure la cessione di credito, se questa, appunto, è qualificabile servizio; e l'art. 2 consente senza remore di includere tra le amministrazioni aggiudicatrici anche una società a totale partecipazione pubblica e dedicata a finalità di interesse generale, quale - su questo profilo non emerge discussione alcuna - (omissis).

3.6.3 Pur avendo effettivamente dedicato ampio spazio a sostenere che *"sussistono tanto il requisito soggettivo quanto quello oggettivo per la soggezione al codice degli appalti"* della cessione del credito di (omissis) a (omissis) -

argomentando in particolare sui suoi artt. 3, 20 e 27 e richiamandone la generante direttiva 2004/18/CE -, la corte ha posto il nucleo delle ragioni su cui fonda realmente il suo *decisum* laddove dichiara (a pagina 21 della sentenza) che la cessione di credito è un contratto rientrante nella nozione di servizio finanziario (consistendo in un'anticipazione di capitale), oneroso (l'onere consiste nella differenza tra l'importo del credito ceduto e il prezzo della cessione) e non posto in essere tramite l'emissione di strumenti finanziari: *"Ecco perché, non solo dal punto di vista testuale rientra nella nozione di servizi pubblici, ma dal punto di vista funzionale richiede, per la pubblica amministrazione, una scelta della controparte che presenti l'offerta economicamente vantaggiosa (ovvero, in via principale quella che offra il corrispettivo più vicino all'importo del credito) e che vi sia la possibilità tra le imprese finanziarie o bancarie di concorrere tra loro"* non essendo accettabile *"di certo un incarico fiduciario senza gara, che si traduce in una arbitraria riduzione dell'attivo patrimoniale dell'ente pubblico, ceduto al privato in assenza di qualsiasi condizione di trasparenza ed imparzialità"*. Affermazione, appunto, che costituisce il centro del ragionamento della corte, e non trova alcun ostacolo regredendo al D.Lgs. n. 157 del 1995. Essa, in realtà, gode di fondamenti generali, in relazione all'interesse dell'ente ad effettuare gara - per stornare appunto una *"arbitraria riduzione"* patrimoniale - e, ancor di più, in relazione a principi come trasparenza ed imparzialità, i quali, come si approfondirà infra, discendono direttamente già dalla Carta costituzionale.

3.6.4 La definizione ontologicamente contabilistica che scinde i contratti stipulati da entità pubbliche in *"contratti passivi"* - nel senso che conducono a una spesa, ovvero ad una passività contabile - e *"contratti attivi"* - nel senso che apportano un'entrata - (distinzione ovviamente effettuata dal punto di vista della parte pubblica) non può neppure dirsi correttamente utilizzata dalla ricorrente. Infatti, la qualificazione del contratto di cessione di un credito come cessione di bene da cui il cedente ricava un esclusivamente corrispettivo - tranne nell'eccezione del contratto gratuito - è una qualificazione chiaramente *"forzata"*, che non trova alcun nutrimento neppure nel (singolare) paragone con il contratto di compravendita di un immobile: per la vendita di un determinato immobile - si nota fin d'ora - non può rinvenirsi un campo concorrenziale di più venditori, a differenza che nell'acquisizione di un approvvigionamento di denaro mediante la cessione di un determinato credito, in cui vi possono esservi costi diversi a seconda di quanto i possibili cessionari propongono a chi vuoi cedere. La cessione di credito è, di solito appunto, non gratuita, ma chi ne ricava corrispettivo non è soltanto il cedente. Essa infatti è uno strumento - e quindi presta tale servizio - di anticipazione della riscossione del credito per il cedente; ed essendo il tempo, nei rapporti commerciali/finanziari, una entità economica che anticipa deve essere pagato, ovvero percepire un corrispettivo della fornitura della liquidità in cui viene trasformato, e quindi anche condotto ad una ineludibile *deminutio*, il credito. Tant'è che il ruolo di cessionario di crediti può ben costituire l'oggetto di un'attività imprenditoriale di servizi, come il *factoring*. L'anticipazione, *rectius* l'apporto anticipato di liquidità costa: quindi, come ha ben sintetizzato la corte territoriale, il cedente deve pagare al cessionario un prezzo concordato con quest'ultimo, prezzo che viene pagato usualmente detraendolo dall'importo del credito anticipato, così da circoscrivere l'approvvigionamento di liquidità. E allora è chiaro che la natura del contratto di cessione di credito non è, nel senso contabile, in foto *[sic]* attiva, ma incide sia sull'attivo sia sul passivo; perché, nel senso negoziale, è un contratto a prestazioni corrispettive, salva sempre l'ipotesi specifica della gratuità (di certo però non riscontrabile in un contratto di cessione effettuato con chi pratica attività di *factoring*: cfr. da ultimo Cass. sez. 1, 2 ottobre 2015 n. 19716).

Il tentativo, peraltro strutturato in modo alquanto conciso se non scarso, di condurre il contratto di cessione avvenuto tra *(omissis)* e *(omissis)* nella specie del contratto attivo non può quindi raggiungere la meta: il contratto può ben definirsi passivo in relazione alla prestazione corrispettiva che l'organismo pubblico, quale parte cedente, ha negoziabilmente assunto l'obbligo di fornire alla controparte cessionaria consentendo che quest'ultima decurti l'approvvigionamento di liquidità.

3.6.5 E a questo punto, essendo *(omissis)* società a totale partecipazione pubblica diretta ad un'attività *ictu oculi* di pubblico interesse come la tutela dell'ambiente, non è possibile sfuggire - come già si accennava - ai principi fondamentali che disciplinano l'amministrazione pubblica *lato sensu* esonerandola invece dalla tradizionale esigenza di procedimenti pubblici come prodromici al negozio *jure privatorum*, che sono ciò che legittima, in effetti, proprio l'utilizzazione dei modelli di diritto comune: la cosiddetta evidenza pubblica, oggettivamente diretta, da un lato, a coltivare il pubblico interesse alla selezione del contraente più affidabile e più conveniente (nel caso *de quo*, in termini di convenienza, quello che si presta alla decurtazione minore), e, dall'altro, a presidiare il pubblico interesse della trasparenza e del mercato nel

senso di tutelata concorrenza, quest'ultimo profilo essendosi ben incrementato, rispetto a quando furono emessi i rr.dd. 2440/1923 e 827/1924, mediante la normativa costituzionale - in cui l'art. 97 della Carta non può non sintonizzarsi con l'articolo 41 e in particolare con l'art. 117, comma 2, lett. e), ove, in sostanza, si impone allo Stato di legiferare nel senso della "tutela della concorrenza" - e sovranazionale.

La normativa sovranazionale è un settore particolarmente ampio - il "mercato", in senso pregnante, essendo stata la radice comunitaria - sul quale nel caso in esame non occorre soffermarsi. E' sufficiente ricordare che la Corte Costituzionale, in uno dei più significativi interventi, ovvero nella sentenza n. 401/2007, a proposito dell'elemento di necessario equilibrio rappresentato dalla tutela della concorrenza, ha rimarcato - individuando sul tema un "cerchio" di coerenza tra normativa costituzionale e sovranazionale - come detta tutela si concretizza nell'*"assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza"*, il che, sul piano del diritto interno, *"costituisce, tra l'altro, l'attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost."*; e infatti, anche attraverso *"l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente"*, è stata superata quella *"concezione contabilistica che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale"*. E dunque, a ben guardare, è proprio quest'abbandonata ottica unicamente - e perciò erroneamente - contabilistica quella che ha tentato di indicare come criterio di soluzione il motivo in esame, aggrappandosi all'asserita (ed erronea, già si è visto) qualificazione del contratto di cessione stipulato tra (*omissis*) e (*omissis*) come contratto (esclusivamente) attivo, "estraneo" all'obbligo di gara; obbligo di gara che, ancora già si è visto, il motivo ha tentato comunque di svellere per una sorta di insufficiente natura pubblicistica di (*omissis*).

In effetti, quel che si affianca al "buon andamento", subito si riverbera sulla "imparzialità" imposta alla pubblica amministrazione dall'art. 97 e a ben guardare costituisce il principio fondante nella individuazione della controparte di quest'ultima è proprio il principio di non discriminazione - nel profilo ontologico, uguaglianza - che si concretizza appunto nella preservazione di una reale concorrenza - il suo profilo dinamico -, così da manifestare l'imparzialità (e, dal punto di vista penale, una condotta esente dalla corruzione: cfr. Cass. sez. 3, 16 febbraio 2010 n. 3672 e Cass. sez. 5 maggio 2008 n. 11031) dell'organismo pubblico.

L'evidenza pubblica, quindi, non può che integrare la tutela della concorrenza: e la concorrenza, a sua volta, se correttamente esercitata (ovvero senza "cartelli" o altre forme monopolistiche), non può non tutelare, a sua volta, l'interesse pubblico al miglior vantaggio economico, salva naturalmente l'ulteriore *facies* dell'affidabilità della controparte, cautela quest'ultima che l'organismo pubblico deve comunque preservare e alla quale è pienamente compatibile lo strumento della pubblica gara.

L'evidenza pubblica, dunque, apporta effetti convergenti e "circolari", di tutela sia della parte pubblica sia della parte privata; e ciò perché la natura pubblica della parte che deve rispettarla, in quanto ontologicamente non sradicabile, non può venir meno - come già sopra si accennava - a motivo della sua fruizione del diritto comune.

3.6.6 Concludendo, è necessario tutelare quel che in sostanza è una endiadi, ovvero la concorrenza e la buona amministrazione, in relazione al costo dell'acquisizione di liquidità che l'organismo pubblico effettua con la cessione del credito. Ed è parimenti chiaro che ciò attiene ai principi, già presenti anteriormente alle fonti comunitarie nell'ordinamento e da queste ultime corroborati attraverso la potente valorizzazione della tutela della concorrenza come manifestazione della libertà economica e della non discriminazione nell'esercitarla, della buona amministrazione, racchiusi nell'originario art. 97 Cost., comma 1 - attualmente comma 2, a seguito della Legge Costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 -, per cui le disposizioni di legge, in sostanza, devono essere finalizzate, nell'organizzazione della pubblica amministrazione, alla realizzazione del suo "buon andamento" e della sua "imparzialità": dettato al tempo stesso teleologico ed ermeneutico in riferimento all'ulteriore e conseguente intervento legislativo ordinario. Che la scelta da parte di un organismo pubblico (anche *lato sensu*) con modalità di evidenza pubblica, ovvero con gara in cui l'organismo diventa entità aggiudicatrice, del soggetto con cui stipulare un contratto di cessione di credito (quantomeno ad una certa soglia: nel caso in esame, nessun problema *ictu oculi* potrebbe porsi al riguardo) non sia necessaria per il buon andamento funzionale di tale organismo

è assolutamente insostenibile: incide su tale scelta, infatti, sia sotto il profilo del vantaggio finanziario sia sotto il profilo della trasparenza, aprendo la strada alla possibilità di concorrenza, che consente di fruire - almeno potenzialmente - di più proposte, in tal modo coltivando l'organismo pubblico il proprio vantaggio economico e al tempo stesso garantendo il diritto di esercitare senza discriminazione l'attività economica ai soggetti abilitati a partecipare alla gara. La pregnanza e il livello di tali principi, quindi, anche a prescindere dal testo normativo ordinario più pertinente, ovvero dal D.Lgs. n. 157 del 1995, significa *sine dubio* la loro imperatività, per cui corretto è stato il rinvenimento di nullità virtuale cui, dopo un percorso alternativo pur non del tutto condivisibile per quanto già osservato, è pervenuta la corte territoriale affermando che "*la violazione dell'obbligo di evidenza pubblica comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.*" (motivazione, pagina 22).

Anche questo motivo, pertanto, non merita accoglimento, e ciò conduce, infine, al rigetto complessivo del ricorso.

4. Si rileva che il controricorso di (*omissis*) chiede di accertare la sua carenza di legittimazione processuale e quindi l'inammissibilità del ricorso nei suoi confronti, per mancata impugnazione del capo della sentenza di primo grado che l'aveva estromessa, con conseguente formazione del giudicato. Ciò era stato addotto da (*omissis*) nella comparsa in appello rispetto al gravame proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (ciò emerge anche dalla motivazione della sentenza, pagine 4-5); e la corte territoriale (a pagina 23 della motivazione) aveva proprio affermato che "*l'appellante difesa erariale non ha impugnato nel merito la sua estromissione dal giudizio*" disposta dalla sentenza di primo grado, per cui, accogliendo la richiesta subordinata di (*omissis*), le aveva compensato le spese processuali dei due gradi di giudizio con la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il ricorso è stato notificato a (*omissis*) per evidente conseguenza dell'aver essa partecipato al secondo grado (dove infatti il giudice d'appello ha deciso sulle sue spese di lite) e quindi come atto di tutela della stessa (*omissis*), rispetto alla cui posizione effettiva il ricorso peraltro nulla poi adduce. Si ritiene pertanto equo compensare le spese del grado di (*omissis*) con le altre due parti.

Quanto al rapporto processuale tra la ricorrente e la sua effettiva controparte, cioè la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la soccombenza genera invece la condanna della ricorrente a rifondere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le spese, come liquidate in dispositivo, le spese vive rimanendo limitate a quelle prenotate a debito (v. da ultimo Cass. sez. 2, ord. 11 settembre 2018 n. 22014).

Sussistono D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ex art. 13, comma 1 quater i presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* cit. art.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a rifondere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le spese processuali, liquidate in un totale di Euro 30.000, oltre alle spese prenotate a debito; compensa le spese tra (*omissis*) e le altre parti.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, 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, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 30 gennaio 2019.

Depositato in Cancelleria il 24 aprile 2019

* * *

IL CASO

Una società a totale partecipazione pubblica (Alfa), a seguito del servizio di smaltimento rifiuti prestato nell'interesse della P.A., matura un credito di euro 7.672.730,46, credito non corrisposto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Alfa, dopo trattativa privata, con atto notarile di cessione del credito del 16 aprile 2003, sottoscritto non in conformità alle norme in materia delle procedura di gara ad evidenza pubblica, cedeva il suindicato credito ad una società di factoring Beta, che a sua volta cedeva il credito ad una diversa società Gamma.

Il primo cessionario Beta al fine di ottenere la condanna della P.A. al pagamento della somma di € 7.672.730,46 agiva giudizialmente.

Nelle more del giudizio il credito veniva ceduto, sicché il secondo cessionario proseguiva l'azione iniziata da Beta, che veniva estromessa dal giudizio ex art. 111 c.p.c.

Il Tribunale accoglieva la domanda originariamente proposta da Beta e condannava la P.A. al pagamento della somma richiesta, naturalmente in favore di Gamma (secondo cessionario e successore a titolo particolare di Beta ex art. 111).

Avverso tale pronuncia la P.A. proponeva appello.

La Corte di Appello di Napoli dichiarando nullo il primo contratto di cessione stipulato tra Alfa e Beta "per violazione della normativa imperativa obbligente ad adottare una procedura d'evidenza pubblica – non essendoci stata alcuna gara diretta ad individuare il soggetto cessionario", in riforma della sentenza di primo grado, rigettava la domanda di Gamma, con rifusione delle spese di lite in favore dell'appellante.

Contro tale pronuncia Gamma ha proposto ricorso per Cassazione, lamentando, inter alia, la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 20, secondo comma, e all. 2 A, 27 D.lgs 163/2006 e 3, primo comma, D.Lgs. 157/1995.

A detta del ricorrente al negozio di cessione del credito non dovrebbero applicarsi le norme sui contratti pubblici di cui la D. Lgs. 163/2006. Tale normativa infatti dovrebbe trovare applicazione solo per i contratti passivi di servizi, ossia quelli che comporterebbero una spesa a carico della P.A. e non già ai contratti attivi, come il contratto di cessione del credito, che invece rappresentante un'entrata in favore dell'Ente pubblico, sub specie di corrispettivo della cessione. Per tale ragione secondo Gamma non vi sarebbe stata alcuna violazione della normativa in materia ad evidenza pubblica da parte di Alfa e Beta al tempo della prima cessione, con conseguente validità di essa e della seconda cessione.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso.

In particolare con riferimento al motivo di impugnativa evidenziato, la Corte ha rilevato che poiché l'atto di cessione notarile per cui era causa è del 16 aprile 2003 la normativa ad esso applicabile è il D. Lgs. n. 157/1995 in materia di appalti di servizi a titolo oneroso, non quella dettata dal Legislatore del 2006.

*In particolare, la Corte ha precisato che il fatto che "la corte territoriale abbia anch'essa argomentato in riferimento alle norme di tale Codice ed alla attinente direttiva 2004/18/CE non può, ovviamente, condurre a superarne l'inapplicabilità *ratione temporis*. La normativa applicabile dovrebbe invece identificarsi nel d.lgs. 157/1995, Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi (che venne abrogato proprio dal d.lgs. 163/2006 mediante l'articolo 256)".*

*La Corte di legittimità ha altresì affermato che il richiamo operato dal Giudice a quo alla normativa del 2006 seppur improprio non inficia il "suo *decisum*" laddove ha dichiarato che la cessione di credito è un contratto "rientrante nella nozione di servizio finanziario (consistendo in un'anticipazione di capitale), oneroso (l'onere consiste nella differenza tra l'importo del credito ceduto e il prezzo della cessione) e non posto in essere tramite l'emissione di strumenti finanziari." Ecco perché, non solo dal punto di vista testuale rientra nella nozione di servizi pubblici, ma dal punto di vista funzionale richiede, per la pubblica amministrazione, una scelta della controparte che presenti l'offerta economicamente vantaggiosa (ovvero, in via principale quella che offra il corrispettivo più vicino all'importo del credito) e che vi sia la possibilità tra le imprese finanziarie o bancarie di concorrere tra loro "non essendo accettabile" di certo un incarico fiduciario senza gara, che si traduce in una arbitraria riduzione dell'attivo patrimoniale dell'ente pubblico, ceduto al privato in assenza di qualsiasi condizione di trasparenza ed imparzialità. Affermazione, appunto, che costituisce il centro del ragionamento della corte, e non trova alcun ostacolo regredendo al D.Lgs. n. 157 del 1995. Essa, in realtà, gode di fondamenti generali, in relazione all'interesse dell'ente ad effettuare gara - per stornare appunto una "arbitraria riduzione" patrimoniale - e, ancor di più, in relazione a principi come trasparenza ed imparzialità, i quali, come si approfondirà infra, discendono direttamente già dalla Carta costituzionale.*

La Corte ha infatti riferito che poiché il cessionario era un factor, il contratto di cessione del credito doveva considerarsi un contratto oneroso a prestazioni corrispettive e di servizio finanziario, a fronte del quale la P.A. accedeva appunto ad un "servizio finanziario" di anticipazione della riscossione del credito: il sacrificio economico della P.A. è rappresentato dalla minore liquidità percepita a titolo di prezzo della cessione da parte del cessionario rispetto all'ammontare del credito ceduto. Pertanto, considerata la natura di organismo pubblico di Alfa, e la natura di contratto di servizio della cessione del credito nei confronti della P.A., l'atto di cessione doveva aversi nel rispetto della normativa ad evidenza pubblica "oggettivamente diretta, da un lato, a coltivare il pubblico interesse alla selezione del contraente più affidabile e più conveniente (nel caso de quo, in termini di convenienza, quello che si presta alla decurtazione minore), e, dall'altro, a presidiare il pubblico interesse della trasparenza e del mercato nel senso di tutelata concorrenza, quest'ultimo profilo essendosi ben incrementato, rispetto a quando furono emessi i rr.dd.

2440/1923 e 827/1924, mediante la normativa costituzionale - in cui l'art. 97 della Carta non può non sintonizzarsi con l'articolo 41 e in particolare con l'art. 117, comma 2, lett. e), ove, in sostanza, si impone allo Stato di legiferare nel senso della "tutela della concorrenza" - e sovranazionale" [...]. E infatti, secondo la Corte, "Che la scelta da parte di un organismo pubblico (anche *lato sensu*) con modalità di evidenza pubblica, ovvero con gara in cui l'organismo diventa entità aggiudicatrice, del soggetto con cui stipulare un contratto di cessione di credito (quantomeno ad una certa soglia: nel caso in esame, nessun problema *ictu oculi* potrebbe porsi al riguardo) non sia necessaria per il buon andamento funzionale di tale organismo è assolutamente insostenibile: incide su tale scelta, infatti, sia sotto il profilo del vantaggio finanziario sia sotto il profilo della trasparenza, aprendo la strada alla possibilità di concorrenza, che consente di fruire - almeno potenzialmente - di più proposte, in tal modo coltivando l'organismo pubblico il proprio vantaggio economico e al tempo stesso garantendo il diritto di esercitare senza discriminazione l'attività economica ai soggetti abilitati a partecipare alla gara. La pregnanza e il livello di tali principi, quindi, anche a prescindere dal testo normativo ordinario più pertinente, ovvero dal D. Lgs. n. 157 del 1995, significa *sine dubio* la loro imperatività, per cui corretto è stato il rinvenimento di nullità virtuale cui, dopo un percorso alternativo pur non del tutto condivisibile per quanto già osservato, è pervenuta la corte territoriale affermando che "la violazione dell'obbligo di evidenza pubblica comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c."".

La corte ha quindi rigettato il ricorso promosso da Gamma atteso che il contratto di cessione, ovvero il primo contratto di cessione tra Alfa e Beta, non poteva che aversi in esito ad una procedura di gara ad evidenza pubblica stante la natura di contratto di servizio finanziario dell'atto di cessione concluso con una società di factoring.

La violazione della normativa ad evidenza pubblica e più in generale dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione ha portato la Corte a ritenere corretta la decisione del giudice napoletano di dichiarare nullo il contratto del 16 aprile 2003 ex art. 1418 c.c.

COMMENTO

Con un'argomentata sentenza la Cassazione decide la causa tra una società di recupero crediti, alla quale una società di factoring aveva ceduto il credito che aveva a sua volta "acquisito" dalla una partecipata di un Comune campano, e la Presidenza del Consiglio. Oggetto del contendere era una somma di poco meno di 8 milioni di euro, dovuta per lo smaltimento dei rifiuti per il superamento dell'emergenza in Campania.

La Suprema Corte affronta una tematica sia di interesse teorico sia di notevole rilievo pratico: la soggezione del soggetto pubblico alla normativa italiana e comunitaria in materia di evidenza pubblica che impone la gara per scegliere il cessionario di un suo credito.

La Cassazione, dopo aver fatto chiarezza sulla cessione dei crediti, respinge il ricorso della società perché la cessione era avvenuta senza gara.

Prima di rispondere alla domanda se la violazione dell'obbligo di evidenza pubblica comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., la Cassazione si è soffermata sulla qualificazione del contratto di cessione di credito, affermando che "L'anticipazione, *rectius* l'apporto anticipato di liquidità costa: quindi, come ha ben sintetizzato la corte territoriale, il cedente deve pagare al cessionario un prezzo concordato con quest'ultimo, prezzo che viene pagato usualmente detraendolo dall'importo del credito anticipato, così da circoscrivere l'approvvigionamento di liquidità. E allora è chiaro che la natura del contratto di cessione di credito non è, nel senso contabile, *in toto* attiva, ma incide sia sull'attivo sia sul passivo; perché, nel senso negoziale, è un contratto a prestazioni corrispettive, salva sempre l'ipotesi specifica della gratuità (di certo però non riscontrabile in un contratto di cessione effettuato con chi pratica attività di factoring: cfr. da ultimo Cass. sez. 1, 2 ottobre 2015, n. 19716)".

Secondo l'impostazione della Suprema Corte dunque la cessione di credito è, di solito, non gratuita e chi ne ricava corrispettivo non è soltanto il cedente. Essa infatti è uno strumento - e quindi presta un servizio - di anticipazione della riscossione del credito per il cedente; e poiché il fattore "tempo", nei rapporti commerciali/finanziari, rappresenta una entità economica quantificabile, chi anticipa percepisce, quale controprestazione, un corrispettivo per la fornitura della liquidità in cui il credito viene trasformato, e quindi anche condotto ad una ineludibile deminutio.

Il ruolo di cessionario di crediti costituisce l'oggetto di un'attività imprenditoriale di servizi, quale è il factoring.

Sulla base di queste premesse, la Corte di Cassazione giunge alla conclusione che il contratto di factoring, in quanto servizio finanziario oneroso, rientra nella nozione di servizio pubblico e pertanto richiede, per la pubblica amministrazione, una scelta della controparte che presenti l'offerta economicamente più vantaggiosa. In questo modo si consente alle società di factoring di concorrere fra loro, realizzando l'interesse pubblico al miglior vantaggio economico e garantendo, allo stesso tempo, ai soggetti abilitati, il diritto di esercitare attività economica senza discriminazione.

In particolare, sotto il profilo pubblico contabilistico, il contratto di cessione di credito deve qualificarsi come un "contratto passivo" - nel senso che conduce a una spesa, ovvero ad una passività contabile - e non un "contratto attivo" - nel senso che apporta un'entrata. Infatti, nell'acquisizione di un approvvigionamento di denaro mediante la cessione di un determinato credito, possono esservi costi diversi a seconda di quanto gli aspiranti cessionari propongono al cedente.

Sulla scorta di questa interpretazione, la Suprema Corte sostiene che la scelta del contraente da parte di un organismo pubblico deve avvenire mediante la procedura di evidenza pubblica, la quale assicura il rispetto dei principi imperativi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., nonché la concorrenza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e, Cost.

Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e possono adoperare gli strumenti di diritto comune - e quindi pure il contratto - per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini. L'amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge. Ne deriva che l'attività contrattuale - uno degli strumenti più diffusi per mezzo dei quali la pubblica amministrazione persegue interessi pubblici - è disciplinata in primo luogo dal diritto privato, ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo¹.

Nonostante sia pacifico per l'amministrazione stipulare contratti di diritto privato, è necessario come rilevato da autorevole dottrina evidenziare che l'amministrazione stessa, nel portare a compimento la sua volontà negoziale, è chiamata pur sempre a servirsi di procedimenti che, in tutto o in parte, hanno una funzione propedeutica e sono sintomatici dei motivi che hanno indotto ad una scelta piuttosto che ad un'altra, e questi motivi non possono eludere il sindacato giurisdizionale².

E ancora, secondo la dottrina, i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione sono sempre funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, il quale costituisce un limite all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, poiché, da un lato, impedisce una totale libertà d'azione e, dall'altro, impone l'obbligo di adottare la procedura ad evidenza pubblica, che pone in luce la coerenza e la legittimità della scelta in modo da consentire anche un sindacato che possa tutelare il contraente privato³.

Seguendo i criteri di ermeneutica legale (interpretazione letterale, interpretazione sistematica, interpretazione finalistica e quella storica), se è vero che a norma del comma 1bis nell'art. 1 della L. 241/1990 la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente, è anche vero che nonostante manchi una disposizione normativa che disponga diversamente, i precedenti giurisprudenziali hanno seguito ed applicato il principio secondo il quale l'affidamento di qualunque contratto in cui sia parte una pubblica amministrazione deve avvenire garantendo il rispetto dell'art. 97 della Costituzione, come declinato nei principi esplicitati dal comma 1 dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo⁴.

Così il previo esperimento della procedura competitiva per la selezione del contraente discenderebbe direttamente dai principi generali dell'ordinamento amministrativo di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

Ebbene, la sentenza in commento, conforme alla linea interpretativa sopracitata, ha poi affermato che "l'evidenza pubblica, quindi, non può che integrare la tutela della concorrenza: e la concorrenza, a sua volta, se correttamente esercitata (ovvero senza "cartelli" o altre forme monopolistiche), non può non tutelare, a sua volta, l'interesse pubblico al miglior vantaggio economico, salva naturalmente l'ulteriore facies

¹ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 627.

² CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 50.

³ CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 2460.

⁴ "è principio generale quello secondo cui, anche in assenza di specifica disposizione normativa che imponga l'adozione di procedure concorrenziali per la selezione del contraente privato, l'amministrazione deve osservare i fondamentali canoni della trasparenza, dell'imparzialità e della par condicio": Cons. Stato, VI, 19 maggio 2008, in *Giustamm.it*, 5/2008; "anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ottenibili principalmente dagli artt. 43 e 55 del Trattato CE), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici, impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive" Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in *Foro amm.* CDS, 2005, 11, 3380.

dell'affidabilità della controparte, cautela quest'ultima che l'organismo pubblico deve comunque preservare e alla quale è pienamente compatibile lo strumento della pubblica gara".

L'espressione "evidenza pubblica"⁵ utilizzata per delineare il procedimento amministrativo che conduce alla conclusione dei contratti della pubblica amministrazione indica appunto il fatto che questa fase deve svolgersi in modo da manifestare l'iter motivazionale del provvedimento (e cioè l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano in particolare l'intenzione di contrattare, la scelta del contraente e la formazione del consenso) assunto in concreto dall'amministrazione, al fine di consentire il sindacato alla luce del criterio della cura dell'interesse pubblico.

In aggiunta, è stato rilevato dal Consiglio di Stato che l'obbligo di rispettare i principi insiti nell'evidenza pubblica è valido ogniqualvolta l'amministrazione, pur in assenza di una sua controprestazione, offra un'opportunità di "guadagno" ad un soggetto operante sul mercato⁶.

Secondo il giudice amministrativo, quindi sono assoggettati ai principi comunitari, in materia di tutela della concorrenza, non solo i contratti "onerosi", ma anche i contratti cosiddetti "altruistici" o "gratuiti", con i quali le imprese, in vista di un tornaconto economico indiretto (in termini di pubblicità, di notorietà e presunta affidabilità), accettano di realizzare lavori, servizi o forniture senza alcun onere economico a carico della pubblica amministrazione.

Sempre il Consiglio di Stato⁷, con specifico riferimento ai cosiddetti "contratti attivi" produttivi di un'entrata, in una recente sentenza afferma: "è principio generale quello secondo cui, anche in assenza di specifica disposizione normativa che imponga l'adozione di procedure concorrenziali per la selezione del contraente privato, l'amministrazione deve osservare i fondamentali canoni della trasparenza, dell'imparzialità e della par condicio".

A conclusione delle sopra riferite considerazioni e ricostruzioni, la Cassazione detta dunque il principio secondo cui "è necessario tutelare quel che in sostanza è una endiadi, ovvero la concorrenza e la buona amministrazione, in relazione al costo dell'acquisizione di liquidità che l'organismo pubblico effettua con la cessione del credito". E ancora aggiunge che "la scelta da parte di un organismo pubblico (anche lato sensu) con modalità di evidenza pubblica, ovvero con gara in cui l'organismo diventa entità aggiudicatrice, del soggetto con cui stipulare un contratto di cessione di credito (...) non sia necessaria per il buon andamento funzionale di tale organismo è assolutamente insostenibile".

Avv. Alessandra Fossati

alessandra.fossati@munaricavani.it

Dott.ssa Nataly De Pace

nataly.depance@munaricavani.it

⁵Evidenza pubblica è un'espressione che venne utilizzata la prima volta da Massimo Severo Giannini per indicare le procedure di gara finalizzate alla scelta di un contraente da parte della pubblica amministrazione nel rispetto delle regole pubblicistiche e delle norme di azione che sovrintendono, garantiscono e regolamentano il corretto esercizio del potere pubblico (*Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1988, II, 797 ss.).

⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 60, in banca dati *Djure*.

⁷ Cons. Stato, sezione VI, 19 maggio 2008, n. 2279, in *Foro amm.* CDS, 2008, 5, I, 1352.

3. Tribunale Pescara, 28 marzo 2019, n. 557**Contratto di mutuo – Determinazione degli interessi mediante rinvio al tasso Euribor – Nullità per rinvio a una intesa restrittiva della concorrenza – Insussistenza**

(Codice Civile, art. 1284; L. 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 2 e 33).

Nella determinazione del tasso di interessi dovuto dal debitore nel contratto di mutuo, l'applicazione di un tasso di interessi variabile determinato attraverso il rinvio al tasso Euribor aumentato da uno spread non si pone in contrasto, attraverso il rinvio a un tasso concordato tra le banche, con il divieto di intese restrittive della concorrenza di cui alla normativa nazionale antitrust. Il procedimento di determinazione del tasso Euribor, infatti, è idoneo a garantire l'esclusione di dati anomali che ne falsino il valore e avviene sulla base di dati che si assumono oggettivi. La nullità potrebbe invece discendere dalla prova dell'esistenza di accordi tra le banche interessate, diretti a influenzare la determinazione del tasso attraverso la modifica concordata del tasso di deposito da ciascuna di esse applicato nei rapporti con altri istituti di credito

Contratto di mutuo – Determinazione degli interessi mediante rinvio al tasso Euribor – Intesa restrittiva della concorrenza – Decisione della Commissione europea – Prova privilegiata – Sussistenza – Nullità degli accordi che recepiscono il tasso Euribor – Sussistenza – Legittimazione del cliente della banca – Sussistenza – Estraneità della banca convenuta all'accordo restrittivo – Irrilevanza

(Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 101; Accordo sullo Spazio Economico Europeo, art. 53; Codice Civile, art. 1284; D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 117).

La Decisione della Commissione europea che ha verificato l'esistenza di pratiche distorsive della concorrenza per alterare l'andamento normale dei componenti di prezzo rilevanti per la determinazione del tasso Euribor da parte di istituti di credito deputati alla formazione di tale tasso non può essere disconosciuta nel giudizio in cui venga in discussione la validità del rinvio al tasso Euribor. Il giudice pertanto, al fine di garantire l'effettività delle sanzioni disposte dal diritto comunitario, deve dichiarare la nullità della clausola invalidamente formata, per tutto il periodo in cui la Commissione ha verificato la sussistenza dell'illecito. Di tale nullità possono valersi anche i clienti della banca, in quanto le norme a tutela della libertà della concorrenza hanno come destinatari non solo gli imprenditori ma anche gli altri soggetti del mercato interessati alla conservazione del suo carattere competitivo. Il contratto «a valle» dell'intesa deve dunque essere dichiarato nullo in quanto è invalido il tasso utilizzato e recepito dalle parti nel loro rapporto. Né potrebbe assumere rilievo la circostanza per cui la Banca convenuta nel procedimento non abbia partecipato all'intesa accertata dalla Commissione, in quanto tale estraneità all'intesa «a monte» non farebbe venir meno l'invalidità del tasso recepito e lo squilibrio negoziale venutosi a creare.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Tribunale ordinario di Pescara****Obbligazioni e contratti civile**

Il Giudice unico del Tribunale di Pescara (*omissis*)

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado al n. 5650/16 Ruolo Generale Affari Contenziosi vertente

TRA

(*omissis*), nato a (*omissis*) il (*omissis*) c.f. (*omissis*), residente a (*omissis*) rappresentato e difeso dall'Avv. (*omissis*) (c.f. (*omissis*)), tutti elettivamente domiciliati presso il Suo studio in (*omissis*), giusta procura speciale in atti
- **attore** -

CONTRO

(*omissis*) con sede sociale in (*omissis*) rappresentata e difesa, ai fini del presente procedimento, anche in via disgiunta tra loro, dagli avvocati (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) tutti del Foro di Milano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato (*omissis*) in (*omissis*), (*omissis*), giusta procura speciale in atti
- **convenuta** -

oggetto: rapporti bancari;

conclusioni: come da relativo verbale d'udienza, da ritenersi

materialmente allegato alla presente sentenza

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 7 dicembre 2016, il sig. (*omissis*) convenuto in giudizio (*omissis*), sollevando alcune censure in relazione al contratto di mutuo a tasso variabile (*omissis*) stipulato il 6 novembre 2002 con la Banca (*omissis*) (e in seguito ceduto alla Banca) per la somma capitale di Euro 62.000,00 e tuttora in essere.

In particolare, l'attore ha chiesto al Giudice di accertare e dichiarare: (i) in via principale, che “*il mutuo oggetto di lite è affetto da usura, anatocismo, nullità di clausole per violazione di norme imperative e indeterminatezza dell'oggetto e che quindi non sono dovute le somme portate dal piano di ammortamento, dovendo ritenersi la gratuità del mutuo ex art. 1815 comma II c.c.*” (cfr. pag. 35 atto di citazione); (ii) in subordine, “*la declaratoria di nullità della clausola riguardante l'indicazione dell'ISC per violazione dell'art. 117 T.U.B. con conseguente applicazione del tasso minimo dei BOT in luogo degli interessi convenzionali?*” (cfr. pag. 35 atto di citazione);

(iii) “*in ogni caso l'eccessiva onerosità della pattuizione in caso di mora ed operare le riduzioni ad equità del caso?*”.

Si costituiva l'Istituto convenuto, concludendo per il rigetto della domanda.

Espletata la disposta ctu, sulle conclusioni precisate dalla parti ed in atti trascritte, la causa veniva trattenuta in decisione ex art. 281 *quinquies* secondo comma cpc.

[*omissis*]

L'Euribor (acronimo di *Euro Inter Bank Offered Rate*, tasso interbancario di offerta in Euro) è un tasso di riferimento, calcolato giornalmente, che indica il tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in Euro tra le principali banche Europee.

L'Euribor viene utilizzato come tasso medio applicato da primari istituti di credito per operazioni a termine effettuate sul mercato interbancario (con controparte altri primari istituti di credito) con scadenza una, due e tre settimane, e da uno a dodici mesi. L'Euribor varia solamente in funzione della durata del prestito e non dipende dall'ammontare del capitale.

La nascita dell'Euribor è avvenuta, contestualmente a quella dell'Euro, il 1 gennaio 1999; più precisamente il primo tasso Euribor è stato definito il 30 dicembre 1998, con validità dal 4 gennaio 1999. Attualmente viene determinato ("fissato") giornalmente dalla *European Banking Federation* (EBF) come media dei tassi di deposito interbancario tra un insieme di banche, oltre 50. I tassi applicati a tali operazioni dalle banche con il maggiore volume d'affari dell'area Euro e da alcuni istituti di credito estranei all'area vengono comunicati giornalmente, entro le ore 11 CET, all'agenzia Reuters che provvede, per ogni singola scadenza, a calcolarne la media (arrotondata al terzo decimale) escludendo dal computo il 15% dei valori rispettivamente più alti e più bassi. Tale esclusione permette di evitare che valori anomali falsino il valore dell'Euribor stesso. Reuters provvede poi a pubblicare giornalmente il valore dell'Euribor.

La comunicazione dei dati e su base volontaria per le varie banche, l'Euribor è calcolabile se partecipano almeno 12 istituti di credito.

Non c'è un solo tasso Euribor: vengono infatti definiti tassi per durate di tempo differenti, che variano tra una settimana e un anno. Come per tutti gli interessi in relazione alla loro durata, l'Euribor è crescente con la durata del prestito: un Euribor a 1 anno (indicato come EUR 12M) è maggiore di un Euribor a 6 mesi (EUR 6M), e questo è maggiore di un Euribor a 3 mesi (EUR 3M). Da notare che il tasso è calcolato

su una base di 360 giorni all'anno, per cui ad esempio spesso ci si riferisce a un tasso EUR 1M con l'indicazione "Euribor 1m/360". Il calcolo su base 365 giorni può essere effettuato con una semplice proporzione.

Sono rari i casi in cui gli interessi nel breve termine sono più alti di quelli a medio-lungo: il fenomeno è interpretato come un pessimismo degli investitori che si attendono un calo nel lungo termine della redditività e della creazione di valore economico.

L'Euribor è tipicamente il riferimento dei mutui ipotecari a tasso variabile: ad esempio, un mutuo prima casa può essere offerto con cedola semestrale al tasso "euribor a sei mesi con spread dell'1,5%".

Si eccepisce la nullità della clausola del contratto di mutuo che rinvia all'Euribor per la determinazione del tasso di interesse contrattuale per violazione della normativa sulla tutela della concorrenza e dell'art. 117 del T.U.B., la nullità del contratto di mutuo ai sensi degli artt. 1346 e 1284 comma 3 c.c. per indeterminabilità del tasso di interesse, la sua annullabilità per vizio del consenso.

Il contratto *de quo* determina il tasso di interesse dovuto dal mutuatario in una percentuale corrispondente al tasso Euribor aumentato di uno spread di punti percentuali ed aumentato.

Si assume la nullità della clausola contrattuale perché la stessa sarebbe in contrasto con il disposto dell'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, recante "*norme per la tutela della concorrenza e del mercato*" che vieta, tra l'altro, "*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 nullità della clausola contrattuale sarebbe dunque una sorta di nullità derivata, fondata sull'assunto che, poiché il tasso Euribor viene determinato sulla base della rilevazione dei tassi applicati dalle banche, sarebbero in effetti gli istituti di credito a determinare, secondo la società attrice "*concordemente (i.d. in spregio alle regole della concorrenza e del mercato), il costo dei loro prodotti finanziari*".

L'assunto è infondato.

L'Euribor, come detto, è un tasso di riferimento, calcolato giornalmente, che indica il tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in Euro tra le principali banche Europee.

Esso viene determinato ("fissato") dalla *European Banking Federation* (EBF) come media dei tassi di deposito interbancario tra un insieme di oltre 50 banche, individuate tra quelle con il maggiore volume d'affari dell'area Euro (che, per l'Italia, sono Intesa Sanpaolo, Unicredit, M.P.S. e UBI Banca).

Il meccanismo di calcolo, come detto, garantisce che tassi anomali non ne falsino il valore (è escluso dal computo il 15% dei valori rispettivamente più alti e più bassi) e la stessa comunicazione dei dati avviene su base volontaria per le varie banche, anche se l'Euribor è calcolabile solamente se partecipano alla rilevazione almeno 12 istituti di credito.

La fissazione giornaliera del tasso è affidata ad una associazione di banche, ma avviene sulla base di dati (i tassi di deposito interbancario praticati dalle maggiori banche Europee) che si assumono come oggettivi.

E' vero che le singole banche che contribuiscono alla determinazione dell'Euribor possono influenzarne l'ammontare (anche se la esclusione dal computo dei tassi anomali è sufficiente garanzia che ciò non avvenga), ma ciò non basta per affermare che l'intero meccanismo è illecito.

La eccepita nullità deriverebbe infatti dalla esistenza di accordi tra le banche interessate dirette ad influenzare la determinazione del tasso attraverso la modifica concordata del tasso di deposito da ciascuna di esse applicato nei rapporti con altri istituti di credito.

Di tali accordi non vi è prova, né una prova in tal senso potrebbe essere acquisita a mezzo della C.T.U., atteso che la Autorità *Antitrust* dell'Unione Europea (che ha poteri e strumenti di accertamento delle violazioni della normativa comunitaria a tutela della concorrenza ben maggiori di quelli che potrebbe avere un tecnico incaricato da questo giudice) nutre ancora allo stato unicamente dei sospetti sulla esistenza di un cartello finalizzato a manipolare il tasso in questione.

ALLO STATO, PER QUANTO RISULTA A QUESTO UFFICIO, NON RISULTANO PUBBLICATE DECISIONI UE IN TAL SENSO, SALVO QUANTO OLTRE IN RELAZIONE ALLA NOTA DECISIONE PUBBLICATA IL 4.12.2013.

Inconferente è il richiamo alla giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di rinvio alle "*condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza*" per la determinazione del tasso di interesse, atteso che

in quel caso la nullità della clausola contrattuale consegue alla mancata pattuizione per iscritto ed in maniera univoca del tasso di interesse ultralegale e dunque alla violazione dell'art. 1284 comma 3 c.c..

Non rileva neppure il principio di diritto affermato da Cass. sez. I, 28 marzo 2002, n. 4490, secondo cui il rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza è nullo anche quando la determinazione dei tassi di interesse avviene sulla base di criteri stabiliti in ambito nazionale con "accordi di cartello", proprio perché tali accordi sarebbero illeciti per violazione della normativa *antitrust*, atteso che in questo caso la determinazione del tasso di interesse si fonda appunto su un accordo vietato dall'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, mentre dell'esistenza di un accordo per la determinazione dell'Euribor non vi è prova.

La clausola contrattuale che richiama l'Euribor non è neppure in contrasto con l'art. 117 comma 6 del T.U.B.: il tasso di interesse è, tempo per tempo, determinabile attraverso il rinvio recettizio al tasso di riferimento e la variabilità del tasso, anche nel caso in cui questo aumenti, non fa sì che il tasso applicato sia "*più sfavorevole per il cliente di quello pubblicizzato*": il mutuatario sa sin dall'inizio che è esposto alle variazioni del tasso Euribor e non può essere indotto a ritenere che il corrispettivo del mutuo non sarà mai superiore a quello inizialmente indicato, sulla base dell'Euribor vigente alla data di conclusione del contratto.

Allo stesso modo, la clausola non viola le previsioni degli artt. 1346 e 1284 comma 3 c.c., atteso che l'oggetto del contratto di mutuo è determinabile anche quando "*nel documento contrattuale la parti indicano criteri certi ed oggettivi che consentono la concreta quantificazione del tasso d'interesse, ancorché ciò avvenga per "relationem", mediante il richiamo ad elementi estranei al documento*" (Cass. sez. I, 12 novembre 1987, n. 8335), ed anche se tali elementi sono destinati a variare nel corso del tempo, con conseguente modifica del tasso applicabile.

Del pari infondata è la domanda di annullamento del contratto per vizio del consenso, non integrando un errore la mera impossibilità di conoscere *a priori* l'ammontare del tasso che verrà applicato sulla base dei parametri predeterminati previsti nel contratto durante tutta la sua esecuzione e non essendo neppure stato dedotto il contenuto dell'errore in cui il mutuatario sarebbe incorso. (Tribunale Udine 16.09.2013 N. 4908/12)

LA DECISIONE COMMISSIONE UE 4.12.2013 SOLO DI RECENTE PUBBLICATA SU RAPPORTI DI MUTUO, LEASING APERTURA DI CREDITO A TASSO VARIABILE CHE HANNO AVUTO CORSO DAL 29.5.2005 AL 30.5.2008.

Le posizioni interpretative che sostanzialmente negano ogni incidenza della predetta decisione sui contratti *de quibus* attinti *ratione temporis* da quelle statuizioni della Commissione, si fondano, molto sommariamente sulle seguenti asserzioni.

Alla nullità della clausola di determinazione degli interessi del contratto a valle può pervenirsi solo ove l'attore, prodotto tempestivamente in giudizio il testo della predetta decisione, dia altresì rigorosa prova : a) dell'esistenza dell'intesa restrittiva; b) dell'illiceità della stessa mediante allegazione dell'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale; e c) della connessione tra questa ed il contratto a valle.

Con riferimento a tale ultimo profilo, è stato sottolineato come spetti a parte attrice dimostrare che la banca convenuta abbia effettivamente partecipato all'intesa anticoncorrenziale e come, in ogni caso, la rilevanza delle decisioni dell'*Antitrust* Europeo risulti circoscritta ai rapporti indicizzati all'Euribor che hanno avuto esecuzione durante il limitato periodo (2005-2008) in cui è stata accertata la manipolazione dei tassi (Trib. Bolzano 21 febbraio 2018, Trib. Bologna 9 febbraio 2018, Trib. Avellino 11 gennaio 2018, Trib. Milano 30 novembre 2017, Trib. Pisa 14 agosto 2017, App. Milano 29 marzo 2017, Trib. Sciacca 17 gennaio 2017, Trib. Castrovillari 3 gennaio 2017, Trib. Bologna 6 dicembre 2016, Trib. Monza 15 giugno 2016, Trib. Marsala 14 giugno 2016, Trib. Torino 27 aprile 2016, Trib. Latina 12 marzo 2016, Trib. Palermo, Sez. Spec. Imprese, 16 gennaio 2015, Trib. Udine 16 settembre 2013).

Tali posizioni, a sommosso parere dello scrivente, non appaiono in gran misura condivisibili, per le seguenti ragioni.

E' noto allora che la decisione della Commissione Europea pubblicata il 4.12.2013 ha definitivamente riscontrato una violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dell'art. 53 dell'Accordo sull'Area Economica Europea, in quanto alcuni istituti di credito, deputati alla formazione

dell'Euribor, hanno messo in atto pratiche distorsive della concorrenza per alterare l'andamento normale dei componenti di prezzo rilevanti a quel fine.

La riscontrata violazione della normativa comunitaria, e nazionale, si traduce, a giudizio dello scrivente, in una nullità per contrarietà a norme imperative, o comunque all'ordine pubblico economico integrato anche dalle disposizioni contenute nei trattati comunitari, della clausola del mutuo di cui è causa, nel periodo nel quale si è realizzata la succitata condotta anticoncorrenziale, ferma rimanendo la legittimità del tasso Euribor negli altri periodi non oggetto degli accertamenti della Commissione Europea (in termini anche Tribunale Roma giudice Colazingari ord. 29.9.2017, Tribunale di Padova, ordinanza del 06 giugno 2017, del Dott. L.M. e ord. Tribunale Nocera Inf. 28.7.2018).

L'art. 2 della L. n. 287 del 1990 vieta in particolare, a pena di nullità, *"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", inter alia, nel "fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali"*.

L'Art. 101 del Trattato vieta inoltre come incompatibili con il mercato interno tutti quegli accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati Membri e che abbiano come oggetto o per effetto il risultato di impedire, restringere o falsare il gioco della competizione all'interno del mercato comune, e in particolare quelli consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita o qualsiasi altra condizione di transazione; nel limitare o controllare la produzione e i mercati; o nel ripartirsi i mercati o fonti d'approvvigionamento.

Nell'art. 53 dell'Accordo EEA, la menzione nell'art. 101 al commercio *"tra gli Stati Membri"* è sostituita da una menzione al commercio *"tra parti contraenti"* e la menzione della competizione *"all'interno del mercato comune"* è sostituita da una menzione della competizione *"all'interno del territorio coperto ... dall'Accordo EEA AGREEMENT ON THE EUROPEAN ECONOMIC AREA"*

La decisione della Commissione ha in particolare al punto 4 accertato quanto segue: *"...la Commissione ritiene i destinatari di questa Decisione colpevoli per la condotta violazione in accordo con i risultati delle discussioni per la risoluzione"* Al punti 4.1 della decisione, la Commissione descrive dettagliatamente le condotte delle società coinvolte attraverso i suoi dipendenti in sintesi: a) comunicavano e/o ricevevano preferenze per un "settaggio" a valore costante, basso o alto di certi valori EURIBOR ; b) si scambiavano informazioni dettagliate non di dominio pubblico/disponibili sulle posizioni commerciali o sulle intenzioni per futuri invii di dati per l'EURIBOR di certi valori di almeno una delle proprie banche; c) esploravano la possibilità di allineare le proprie posizioni commerciali EIRD sulla base delle informazioni ottenute per (a) o (b); d) esploravano la possibilità di allineare almeno uno degli invii futuri di dati delle proprie banche per l'EURIBOR sulla base di informazioni ottenute attraverso (a) o (b); e) si rivolgeva all'incaricato dell'invio dei dati EURIBOR della propria banca, o affermava che tale discussione dovesse compiersi, per chiedere un invio di dati all'agente calcolatore dell'EBF che seguissero una certa direzione o un livello specifico; f) che avrebbe riferito, o riferiva la risposta dell'incaricato prima del momento dell'invio giornaliero dei dati all'agente calcolatore o, nei casi in cui il *trader* ne aveva già discusso con l'incaricato, comunicava le informazioni ricevute all'altro *trader*; g) che avrebbe riferito, o riferiva la risposta dell'incaricato prima del momento dell'invio giornaliero dei dati all'agente calcolatore o, nei casi in cui il *trader* ne aveva già discusso con l'incaricato, comunicava le informazioni ricevute all'altro *trader*.

Il Paragrafo 53 della Decisione stabilisce che: *"Le circostanze del caso di specie nel file come il contenuto degli incontri, i metodi impiegati e l'obiettivo dei vari accordi e pratiche concordate, dimostrano che questi incontri bilaterali di natura collusiva ... fossero connessi e complementari, dato che ognuna di queste azioni era rivolta contro uno o più aspetti del modello competitivo e che, interagendo tra di loro, andavano a comporre un solo obiettivo. Infatti, lo ... scopo comune ... era di falsare il normale processo per la determinazione del prezzo degli EIRD (strumenti finanziari commerciati globalmente da corporazioni, istituzioni finanziarie, hedge funds ed altri ancora per amministrare il tasso di rischio della propria esposizione o per scopi speculativi) tramite le modalità di condotta descritte nella Sezione 4. Scopo di questa violazione rimase lo stesso per tutto il corso dell'illecito. Ogni ... era coinvolta in almeno una di queste azioni, a vario grado di intensità. I ... vari incontri collusivi seguivano sviluppi simili e i loro argomenti si sovrapponevano"*

Inoltre il paragrafo 57 della Decisione stabilisce che : *"...I tassi di riferimento sono una componente importante del prezzo degli strumenti finanziari derivati dal tasso di interesse con il quale sono acquistate e vendute dalla banche. La*

condotta descritta nella Sezione 4 è nel suo complesso designata a ridurre anticipatamente il fattore d'incertezza che sarebbe altrimenti stato presente nel mercato circa il comportamento futuro degli altri competitor. Questo permetteva loro di essere a conoscenza delle posizioni sul mercato e della strategia commerciale di altri ..., così dunque falsando la loro rivalità sul mercato e permettendone la collusione". Al paragrafo (67) "I fatti descritti nella Sezione 4 dimostrano che Barclays, Deutsche Bank, Société Générale e RBS. hanno partecipato in un illecito continuato in violazione dell'art. 101 del Trattato e dell'art. 53 dell'Accordo EEA. La condotta constava nel suo complesso in accordi e/o pratiche concordate che avevano come oggetto la pregiudicazione del normale processo per la determinazione dei prezzi nel settore EIRD"

I fatti accertati dalla Commissione sono avvenuti tra il 29 Settembre 2005 e il 30 Maggio 2008.

La riserva di competenza *ex art.* 33 L. n. 287 del 1990 sulle azioni di nullità (per quanto interessa in questa sede) e di risarcimento del danno.

La riserva di competenza *ex art.* 33 L. n. 287 del 1990 (il D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 3, comma 1, lett. c), come sostituito dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 2, comma 1, lett. d), modificato dalla Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, ha stabilito che le controversie di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, sono di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa indicate nel medesimo D.Lgs. n. 168, art. 1 ed in coerenza con tale modifica, il citato D.L. n. 1 del 2012, art. 2, comma 2, ha modificato anche l'art. 33, comma 2, suindicato, eliminando la competenza della corte d'appello prevista in precedenza ed introducendo quella del tribunale presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa), si giustifica solo in presenza di un precedente provvedimento dell'Autorità Garante nazionale, che circoscrive il "*thema decidendum*" del conseguente procedimento giudiziario (Cassazione civile, sez. I, 28/05/2014, n. 11904 e da ultimo anche Cassazione civile, sez. 112/12/2017 n. 29810), visto il rinvio che opera il secondo comma dell'art. 33 cit. appunto alle ipotesi di violazioni riscontrate dalla autorità nazionale.

La speciale competenza prevista dall'art. 33 L. n. 287 del 1990 risulta circoscritta quindi alle sole violazioni che alterano il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mentre con riferimento alle violazioni che investono il più ampio mercato comunitario la competenza torna pertanto ad essere quella ordinaria del tribunale (Corte appello Milano, sez. I, 23/07/2005).

Quella riserva di competenza *ex art.* 33 cit. inoltre, avendo natura eccezionale, non opera ove si verta in ipotesi di mera domanda di ripetizione di indebito (Cassazione civile, sez. VI, 23/02/2012, n. 2777) o di arricchimento senza causa (Cassazione civile, sez. VI, 21/12/2010, n. 25880).

Tanto premesso appare allora davvero difficile affermare che nella specifica fattispecie al vaglio, nello scenario dato, l'intervento sanzionatorio sul tasso praticato nell'ambito del rapporto de quo di questa AG, chiamata a valutare in una prospettiva meramente ripetitoria la legittimità/liceità della clausola indicativa del saggio determinato mediante rinvio a quel tasso di riferimento, possa essere omesso.

La domanda di ripetizione formulata in questa sede da un lato trova allora fonte non in un provvedimento della Autorità nazionale ma in una decisione della Commissione Europea e dall'altro postula quale mero antecedente storico e logico la declaratoria di nullità, totale o parziale, di una precedente clausola contrattuale per violazione delle disposizioni della normativa citata; ne consegue che tali domande non possono essere affatto sottratte al loro giudice naturale (Cassazione civile, sez. VI, 21/12/2010, n. 25880 cit.).

Si è cioè "fuori", vertendosi in ipotesi di verifica in una prospettiva meramente ripetitoria di efficacia di una clausola contrattuale che recepisce quel tasso, e comunque, per così dire, "oltre" la fattispecie di accertamento della violazione alle disposizioni di cui alla legge 287 da parte della Autorità nazionale, in quanto l'accertamento, anche della violazione comunque della norma imperativa di cui all'art. 2 cit. nonché delle disposizioni comunitarie, e la relativa pronuncia sanzionatoria sono stati adottati, con decisione la cui efficacia è statuita dalle specifiche disposizioni del TFUE come modificato dal Trattato di Lisbona, non da parte di questa o da altra AG all'esito di attività investigativa "domestica" e non disposta dalla Autorità Garante nel nostro ordinamento, ma addirittura appunto all'esito dell'intervento investigativo posto in essere in sede di Commissione Europea e in costanza di efficacia delle più incisive disposizioni di cui al regolamento comunitario n. 1 del 2003, ovviamente successive alla legge 287.

Sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono poi al giudice nazionale di tener conto addirittura della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o

addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale di un accordo alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. (Corte giustizia UE, sez. III 23/11/2017 n. 547).

Le decisioni adottate dalla Commissione delle Comunità Europee ai sensi del trattato Ce, sebbene prive dei caratteri di generalità ed astrattezza, sono tuttavia dotate di effetto diretto nei confronti dell'ordinamento nazionale, sia pure limitatamente ai rapporti giuridici intercorrenti tra privati e pubblici poteri (c.d. efficacia verticale), e non sono suscettibili di essere sindacate dal giudice nazionale, il quale ne resta vincolato; nei rapporti tra privati, peraltro, sebbene le predette decisioni non abbiano efficacia diretta, ben difficilmente il giudice nazionale potrebbe disattendere le valutazioni compiute in quella sede (Cassazione civile, sez. I, 28/10/2005, n. 21083). Seppur prive pertanto dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, costituiscono oltretutto fonte di produzione di diritto comunitario e quindi vincolano il giudice nazionale nell'ambito dei giudizi portati alla sua cognizione, obbligandolo a darvi attuazione, se necessario attraverso la disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti, anche d'ufficio (Cass. nrr. 15354/14 e ord 5069/18) ed a prescindere pertanto da ogni eventuale allegazione a cura delle parti. Ai sensi peraltro dei "considerando" di cui alla Direttiva su cui più diffusamente oltre, nella materia de qua gli Stati nazionali sono chiamati a provvedere affinché i giudici nazionali tengano nel debito conto "delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza".

Sotto tale profilo oltretutto si evidenzia subito come si verta altresì in ipotesi di nullità di protezione ex art. 127 TUB, con conseguente sicura rilevabilità officiosa della riscontrata violazione. La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve infatti estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo" (Cassazione civile, sez. III, 17/01/2017, (ud. 20/10/2016, dep.17/01/2017), n. 923).

Non manca poi in dottrina chi sul punto rimarca efficacemente ed opportunamente "lo sforzo del sistema per assicurare un'applicazione uniforme del diritto Europeo antitrust, mettendo in luce la posizione di obiettiva primauté che la Commissione assume, sia in rapporto alle autorità garanti nazionali, che, in qualche misura, rispetto agli stessi giudici dei singoli paesi. Infatti, sollevato il sottile velo del riparto di competenze fissato dagli artt. 4, 5 e 6, risulta evidente che la Commissione dispone non soltanto di poteri, ma anche di strumenti conoscitivi più ampi delle singole autorità garanti. Il flusso delle informazioni appare prevalentemente diretto dalla periferia verso il centro e il sesto paragrafo dell'art. 11 disegna una collaborazione che sfocia però nella perdita di potere di iniziativa delle authorities, quando sia la Commissione ad agire ai sensi del capitolo III del regolamento. Di più, in base all'art. 16, 2, le autorità garanti non possono prendere decisioni che siano in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione nel medesimo caso. Ancora più interessante è il meccanismo delineato dagli artt. 15 e 16. Lo scambio di informazioni accentua qui gli aspetti di unidirezionalità, sia per la facoltà della Commissione di presentare osservazioni scritte nei processi nazionali, sia perché, in tutta evidenza, la Commissione può procurarsi dati in modo autonomo, mentre i giudici sono vincolati ai tempi e alle regole del processo civile nei loro paesi, che, per lo più, suppongono l'attivazione delle parti. La differenza di know how fra la Commissione e i giudici è netta. La norma che (mi) sembra più importante, nell'ottica di queste note, è però l'art. 16, che impone alle giurisdizioni nazionali: a) di non prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione già adottata dalla Commissione a proposito della medesima vicenda; b) di evitare decisioni in contrasto con quelle della Commissione in procedimenti da questa avviati e non ancora conclusi, valutando se sia il caso o no di sospendere i procedimenti che pendono dinanzi ad esse (salva l'applicazione dell'art. 234 tr. Ce)".

Non è pertanto il dispositivo di quella decisione che si recepisce in questa sede, non si riconosce cioè efficacia diretta in questo giudizio alla decisione della Commissione, ma è l'esito di quella attività investigativa che questo giudice non può e non deve ignorare, in ragione dell'elevatissimo *know how* (che nessuna altra autorità nazionale o Europea possiede) di cui quell'istituzione comunitaria in materia di violazioni comunitarie è dotata.

L'esito di quegli accertamenti, che in questa sede non può disconoscersi e non applicarsi anche d'ufficio essendo posta in discussione la validità del tasso Euribor direttamente utilizzato dalle presenti parti nel contratto di cui è causa, ha portato allora a riscontrare la consumazione di una condotta gravemente

violativa degli artt. 101 e 53 del Trattato, nonché quindi dell'art. 2 legge 287 cit., da cui è originata la determinazione di quel tasso poi recepito nei contratti di mutuo a tasso variabile.

Per il periodo oggetto dell'analitico accertamento da parte della Commissione, il tasso così determinato è risultato essere diretta conseguenza pertanto di una condotta manifestamente contraria alla normativa comunitaria e nazionale, così come accertato non da una autorità nazionale, ipotesi che sola, come detto, avrebbe determinato l'operatività dell'art. 33 cit. (Corte appello Milano, sez. I, 23/07/2005 Soc. (*omissis*) c. avv. (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) Soc. (*omissis*) e altro avv. (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), cit.), ma addirittura dalla Commissione Europea e comunque viziato anche da manifesta non imparzialità.

Ancora nella prospettiva qui propugnata, di diretta ed immediata incidenza dell'intervento di questa AG nazionale secondo l'ordinaria competenza, non contenuta dagli angusti ambiti operativi di cui all'art. 33 cit., di non secondaria importanza è anche il tenore della DIRETTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le - diverse da quelle ripetitive- azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea.

Nel testo dei "considerando", premesso che chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione possa chiedere un risarcimento per il danno emergente (*damnum emergens*), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o *lucrum cessans*), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale, in particolare si legge:

Gli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) sono elementi di ordine pubblico e dovrebbero essere applicati efficacemente in tutta l'Unione al fine di garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta. (3) Gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra singoli e attribuiscono ai singoli interessati diritti ed obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare. Le autorità giudiziarie nazionali hanno quindi un ruolo di pari importanza da svolgere nell'applicazione delle regole di concorrenza (applicazione a livello privatistico). Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni (ma non solo quindi, e dunque anche attraverso altri strumenti). Il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione, e a prescindere dal fatto che un'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione. Le azioni per il risarcimento del danno sono solo uno degli elementi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, a cui fanno da complemento vie alternative di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico che incentivano le parti a riconoscere il risarcimento

A norma poi dell'Articolo 2 Definizioni Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) "*violazione del diritto della concorrenza*": una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza; 2) "*autore della violazione*": l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza; 3) "*diritto nazionale della concorrenza*": le disposizioni del diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 TFUE e che sono applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003... 6) "*soggetto danneggiato*": una persona che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza; 23) "*acquirente diretto*": una persona fisica o giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; 24) "*acquirente indiretto*": una persona fisica o giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi. Articolo 15 Azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli nella catena di approvvigionamento 1. Al fine di evitare che, per effetto di azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli nella catena di approvvigionamento, si determinino pluralità di responsabilità o un'assenza di responsabilità da parte dell'autore della violazione, gli Stati membri provvedono affinché, nel valutare se l'onere della prova risultante dall'applicazione degli

articoli 13 e 14 sia soddisfatto, i giudici nazionali investiti di un'azione per il risarcimento del danno possano, tramite gli strumenti previsti dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale, tenere debito conto: a) delle azioni per il risarcimento del danno connesse alla stessa violazione del diritto della concorrenza, ma intentate da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento; b) delle decisioni giudiziarie risultanti da azioni per il risarcimento del danno di cui alla lettera a); c) delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Ancora, nella stessa ottica valutativa, appare evidente come anche il contenuto del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 di recepimento della suddetta DIRETTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 novembre 2014, riproponga quei concetti e quelle definizioni. Art.2. Definizioni... b) "*diritto della concorrenza*": le disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ..applicate autonomamente., c) "*soggetto danneggiato*": una persona, fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica, che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza; u) "*acquirente diretto*": una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; v) "*acquirente indiretto*": una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi.

Non può esservi dubbio allora che, accertata da parte della Commissione la violazione del disposto di cui all'art. 2 cit. (che "opera" a livello sostanziale a prescindere in questo caso dal pregiudiziale accertamento della Autorità nazionale) nonché, prima ancora, degli artt. 101 e 53 dei Trattati Europei, a questa AG si imponga di trarre le dovute conseguenze "ripetitorie" nell'ambito del rapporto contrattuale *de quo*, in conseguenza della verificata invalidità della determinazione di quel tasso di riferimento direttamente utilizzato dalle parti.

Nessuna incertezza può a tal proposito essere sollevata in ordine alla idoneità di quell'accertamento ad esito negativo sui rapporti determinativi del tasso di riferimento ad incidere anche sui contratti, stipulati tra le banche ed i clienti mediante utilizzo di quel tasso così determinato.

Nella fattispecie al vaglio peraltro non sembra essersi di fronte ad un fenomeno *strictu sensu* di cd nullità derivata, essendo risultato invalido proprio il tasso utilizzato e recepito dalle parti nella regolamentazione del loro rapporto e procedere alle adozioni dei conseguenti e automatici provvedimenti meramente ripetitori appare davvero determinazione non rinviabile, altre questioni ponendo ed altri scenari prospettandosi in ipotesi di domanda risarcitoria (in questa sede non avanzata).

Sembra poi comunque difficile disconoscere radicalmente la sussumibilità della posizione del mutuatario qui in causa al prototipo almeno dell' "*acquirente indiretto*", del soggetto cioè acquirente da soggetto diverso dell'autore della violazione di bene o servizio oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, ai sensi delle definizioni comunitarie protettive già vagliate e, come tale, tutelato dalle stesse anche "*ad esempio*" in una prospettiva risarcitoria e dunque però anche con altri strumenti.

Costituisce poi comunque ormai principio acquisito anche in sede di legittimità che la legge "*antitrust*" 10 ottobre 1990, n. 287 (e tanto più, ovviamente, la normativa di cui ai trattati comunitari) 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 (cioè del mercato) carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata; tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti" (in termini Cassazione civile, sez. I 12/12/2017 n. 29810).

Non pare esservi dubbio quindi che il mutuatario possa peraltro legittimamente lamentare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione del carattere competitivo del mercato, per effetto di un'intesa vietata, che lo ha pregiudicato in punto di determinazione del tasso di interesse scelto come

parametro di riferimento del tasso concreto e facendo affidamento sulla "oggettività ed imparzialità" nella formazione dello stesso.

La stessa Commissione nella decisione al vaglio si premura infatti di chiarire che i vari accordi collusivi ed i meccanismi adottati erano tutti, in ultima analisi, finalizzati ad influenzare, a loro beneficio i componenti del prezzo dei prodotti nel settore degli EIRD. Questa condotta, per sua natura - precisa la Commissione stessa - ha l'oggetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'Articolo 101(1) del Trattato e dell'Articolo 53(1) dell'Accordo EEA e l'Articolo 101(1) del Trattato, come altre regole sulla concorrenza del Trattato, è ideato per proteggere non solo gli interessi immediati di concorrenti individuali ma anche dei clienti (che non possono che essere indicati come gli "*acquirenti diretti ed indiretti*" secondo le disposizioni della direttiva suesposta) nonché pure per proteggere la struttura del mercato e così la concorrenza in quanto tale (si veda anche Caso C-8/08 T.M.N. BV a.o. v Raad v an bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit t 2009 ECR I-4529, al paragrafo 38.).

Anche in dottrina, vi era già chi considerava l'intesa a monte e i contratti stipulati fra le banche e i clienti finali come "*parte di un unico grande accordo anticoncorrenziale illecito e quindi direttamente nullo ex art. 85 (ora art. 101 TFUE)*" e attualmente ribadisce con forza la necessità di riconoscere che la nullità dell'intesa produca effetti a cascata sui singoli contratti, in quanto altrimenti verrebbe meno l'effettività della sanzione.

Per dirlo ancora con le parole di Cassazione civile, sez. I 12/12/2017 n. 29810, "*allorché l'articolo in questione (art. 2 l. 1990 cit.) 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*".

Né può assumere significato nel presente ambito meramente "ripetitorio" e non interamente risarcitorio, in un'ottica di prospettiva (da parte dell'Istituto bancario) valutazione conservativa del tasso concretamente praticato dall'Istituto-parte nel presente procedimento, la circostanza che questo non risulti dalla decisione della Commissione avere partecipato fattivamente a quella specifica manovra "collusiva" anticoncorrenziale.

E' il tasso *ex se*, lo stesso tasso scelto dalle parti, cioè ad essere ormai oggettivamente affetto da quel vizio e porre solo una questione di distinzione tra soggetti che abbiano o non abbiano dato causa a quel fenomeno "infettivo", in questa sede, ove non si pone un problema di applicazione di sanzioni a carico dei colpevoli ovvero di risarcimento integrale come da direttiva e d.lgs citati, non assume alcun significato (si veda in tale prospettiva il principio evincibile a contrario dal disposto di cui all'art. 1338 c.c.). In tale ottica valutativa si evidenzia altresì come non pochi autori affermino ormai la possibilità di rimettere al consumatore finale l'esperimento dei rimedi ordinari atti a bilanciare lo squilibrio negoziale venutosi a creare per effetto (mediato) dell'intesa, nei confronti del proprio diretto dante causa, mero intermediario rispetto ad una intesa vietata frutto di collusione da altri posta in essere.

Alcuna incertezza può comunque poi essere sollevata in ordine alla affermazione che quella condotta posta in essere da alcuni istituti bancari, compartecipanti al coacervo di istituti che danno vita al tasso Euribor, abbia creato un'indiscutibile posizione di vantaggio anche in capo all'istituto mutuante e di penalizzazione in capo al mutuatario.

Rispetto oltretutto alla possibilità o meno (esclusa tuttavia, come detto, la necessità di farlo in questa sede, non essendo qui in questione alcuna richiesta risarcitoria) di configurare profili concretamente colposi in capo allo specifico istituto qui parte, nell'essersi questo avvantaggiato di quelle gravi, manifeste e prolungate condotte anticoncorrenziali (sulla rilevanza peraltro del mero profilo colposo nella materia de qua si veda il paragrafo 8.2.2 della decisione in commento), prevale un'ulteriore considerazione, che potrebbe trasferire l'analisi, e le derivanti conseguenze valutative, su un piano più squisitamente probatorio. Come evidenzia la migliore dottrina, sussiste infatti nel nostro ordinamento sia un diritto degli operatori economici (quindi non solo dei consumatori) a veder praticati soltanto prezzi concorrenziali, che un conseguente dovere giuridico in capo ai medesimi soggetti (specie agli imprenditori) a tenere sotto controllo il mercato al fine di agevolare la repressione di tutti i comportamenti che ostacolano il raggiungimento di questo obiettivo e di astenersi dal praticare, in ogni situazione, un prezzo diverso da quello concorrenziale: "*ogni imprenditore si deve nella sostanza fare carico, in virtù del maggiore e più qualificato flusso di informazioni di cui dispone in merito ai mercati a monte di quello in cui egli opera, della protezione della propria clientela dagli effetti di eventuali violazioni*". E' evidente peraltro come tale asserzione appaia ancor

più condivisibile laddove si verta in ipotesi non di meri imprenditori operanti nello stesso settore merceologico, ma da un insieme di imprenditori, e ciò vale per i maggiori istituti bancari Europei, che tutti concorrono "unilateralmente" alla formazione del dato Euribor.

Se allora può ragionevolmente ritenersi effettivamente immanente nel nostro sistema un tale principio, non può che altrettanto ragionevolmente ritenersi come, sempre in un ambito risarcitorio qui non percorso, almeno spetti all'istituto bancario l'onere di allegare e comprovare di avere vigilato sull'attività di quegli operatori "paralleli", cioè sull'attività di determinazione del tasso Euribor richiamato nello specifico contratto, e di non avere potuto, nonostante tale diligente attività di controllo, evitare quella macroscopica e continuativa attività di manipolazione da parte di quelli, di cui ha oggettivamente beneficiato nella stipula dei propri contratti.

Si pensi ancora in tale prospettiva alla pregnanza della disposizione di cui all'art. 1338 c.c., in forza della quale è tenuta a risarcire il danno dalla controparte risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto, non solo la parte che, conosceva la causa di invalidità, ma anche quella che dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte.

Nella fattispecie al vaglio si verte pertanto in ipotesi di un elemento contrattuale astrattamente determinato in modo legittimo da un fattore esterno utilizzato direttamente in contratto (si vedano ad esempio addirittura le ipotesi sussidiarie/integrative in materia determinazione dell'oggetto del contratto ex art. 1349 c.c., di vendita ex art. 1474 c.c. o in materia di somministrazione l'art. 1561 c.c. ovvero ancora proprio in ambito di comunitario le disposizioni contenute nel *Draft Common Frame of Reference* pubblicato nel 2009 in materia di determinazione del prezzo ad opera di un terzo che omette di provvedervi e ad opera di un fattore esterno extratestuale mancante), e tuttavia, a sua volta, determinato con modalità concrete gravemente violative dell'ordinamento nazionale ed Europeo, vale a dire di norme imperative interne o comunque dell'ordine pubblico economico, nonché con modalità almeno non imparziali; determinazione oltretutto di cui l'istituto qui parte ha oggettivamente beneficiato e con riferimento alla quale non ha assolto all'onere di allegare e comprovare, nonostante il flusso qualificato di informazioni evidentemente in suo possesso, ancor più se direttamente partecipante alla formazione di quel dato di riferimento, di non averne potuto impedire la formazione e di non averne conosciuto l'accadimento.

E' ancora la stessa Commissione ad evidenziare, nella parte della decisione rivolta a valutare il profilo della "gravità della condotta" che la sua valutazione tiene conto, in particolare, del fatto che: (a) gli accordi di coordinamento dei prezzi sono, per loro natura, tra i peggiori tipi di violazione degli Articoli 101 del Trattato e 53 dell'Accordo EEA; (b) il cartello ha coperto almeno l'intero territorio EEA; (c) i punti di riferimento interessati che si riflettono nella determinazione del prezzo degli EIRD si applicano a tutti i partecipanti nel mercato degli EIRD, e (d) i tassi interessati hanno una primaria importanza per l'armonizzazione delle condizioni finanziarie nel mercato interno e per le attività bancarie negli stati membri.

La circostanza comunque che non vi sia prova che alla grave attività di alterazione del tasso di riferimento l'istituto qui parte processuale abbia concretamente partecipato, non può assumere alcuna rilevanza in questo ambito ripetitorio, rilevando viceversa solo l'oggettiva contaminazione, in punto di vizio costituito dalla violazione delle disposizioni nazionali ed Europee in materia di concorrenza, del tasso comunque dallo stesso praticato, quale effetto diretto di quella criminosa alterazione posta in essere da operatori "paralleli".

A conferma peraltro dell'assunto appena esposto, fondato, come detto, sulla irrilevanza della partecipazione o solo della consapevolezza dei contraenti alla alterazione non imparziale di quell'essenziale dato contrattuale, sembrerebbero altresì potersi almeno evocare, pur volendo rimarcare al massimo la distanza tra l'istituto parte del presente procedimento e le banche colpevoli della condotta criminosa sventata dalla Commissione (fino a far assumere a queste il ruolo addirittura di "terzo" rispetto al contratto "a valle"), i principi desumibili dalla disciplina dettata dall'art. 1349 c.c. in materia di determinazione della prestazione oggetto del contratto, affidata (addirittura) al mero arbitrio del terzo; determinazione che resta, anche in tale ipotesi, impugnabile in presenza della "sola" comprovata "mala fede" del terzo stesso (art. 1349 secondo comma c.c.) e non della prova della collusione tra terzo stesso e parte avvantaggiata. Secondo l'interpretazione granitica resa in sede di legittimità della disposizione al vaglio, l'arbitratore, al quale sia stata affidata la determinazione della prestazione dedotta in contratto, a

norma dell'art. 1349 c.c., comma 2, può decidere secondo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento. Ne consegue che, a differenza dell'ipotesi in cui la determinazione sia stata rimessa all'equo apprezzamento del terzo, assume rilievo decisivo l'atteggiamento psicologico dell'arbitratore che, tradendo la fiducia conferitagli, si pieghi volontariamente ed in piena consapevolezza agli interessi di una delle parti, non essendo sufficiente che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza (Cass. n. 858/1999 e da ultimo Cassazione civile, sez. I 12/06/2014 n. 13379). Anche nello schema codicistico qui evocato pertanto, la parzialità della determinazione del terzo *ex se*, pur non incidendo sull'efficacia del contratto, impone l'intervento sostitutivo giudiziale "chirurgico" e non relega comunque la tutela del danneggiato ad un ambito di tutela risarcitoria nei soli confronti del terzo.

Poiché tale voluta parzialità della determinazione del "terzo" (ruolo che in questa ipotizzata prospettiva andrebbe ad essere rivestito dall'insieme degli istituti bancari cui è demandata la segnalazione dei dati costituenti l'Euribor) a favore di uno dei contraenti, attraverso un'alterazione collusiva del dato relativo al tasso di riferimento, è stata concretamente e motivatamente accertata in sede di Commissione UE (nell'ambito cioè della massima istituzione Europea a tanto deputata), all'esito caducatorio/sostitutivo del tasso concreto adottato dalle parti non può che immediatamente pervenirsi, prescindendosi del tutto dalla necessità di dover ricercare anche un apporto causale o solo un profilo di consapevolezza in capo ai contraenti, che nell'ambito del rapporto si siano determinati ad utilizzare quel tasso quale tasso di riferimento.

Una questione interamente risarcitoria, in forza delle disposizioni di cui alla Direttiva ed al d.lgs. cit., potrà poi eventualmente prospettarsi allora, non solo nel rapporto tra contraente svantaggiato ed autori della violazione (per l'integrale risarcimento del danno), ma anche, ove ricorrenti i presupposti, tra gli stessi istituti bancari da un lato, costretti a ripetere quanto contrattualmente convenuto in favore di quello, e, ancora, le banche colpevoli della manipolazione dall'altro.

In punto di conseguenze derivanti dalla adozione degli assunti sin qui esposti, appare necessario soffermarsi sulla questione inerente il tasso sostitutivo applicabile in caso di invalidità della clausola che lo fissa. L'art. 117 T.U.B. statuisce:

- "1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.*
- 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.*
- 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.*
- 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.*
- 5. comma soppresso dal D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218.*
- 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.*
- 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:*
 - a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione.*
 - b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto".*

Le conseguenze all'invalida pattuizione del tasso sono pertanto, differenziando le diverse ipotesi: in caso di interessi invalidi in un contratto non concluso in forma scritta (o comunque nel caso in cui non sia provata la conclusione per iscritto del contratto, in ipotesi di contestazione del cliente), si applicherà il tasso legale (*ex art. 1284 c.c.*), essendo il contratto insanabilmente nullo, come prescritto dall'art. 117, n. 3, t.u.b.; in tale ipotesi non è pertanto applicabile il comma 7 - che prevede l'utilizzo del tasso sostitutivo dei b.o.t. - in quanto il comma 4 (a cui rimanda il comma 7) richiede comunque che il contratto sia stato

concluso in forma scritta ed in esso sia mancante la pattuizione del tasso d'interesse o di altro prezzo o condizione praticata;

in caso di contratto concluso per iscritto in cui vi sia: o la mancata indicazione del tasso o di ogni altro prezzo o condizione (comma 4, art. 117 t.u.b.) o il rinvio agli usi del tasso applicato e comunque di ogni altro prezzo o condizione praticati, inclusi gli eventuali maggiori oneri in caso di mora (comma 6, art. 117 t.u.b.) ovvero una invalidità per altre ragioni del tasso e di ogni altro prezzo o condizione praticati dalla banca (comma 4, art. 117 t.u.b.), in caso di mancata indicazione del tasso o sua invalidità, si applica il tasso sostitutivo di cui all'art. 117 t.u.b. comma 7, lettera a), vale a dire il tasso nominale minimo e massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei b.o.t. emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto o dell'operazione, se più favorevoli per il cliente.

Concorda infatti lo scrivente con quella impostazione interpretativa in forza della quale il comma 4 sottintende l'esistenza dell'avverbio "validamente", da interpretare cioè come se dicesse "i contratti indicano validamente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora", con la conseguenza che ogni forma di invalidità del tasso, tra cui quella rilevata in questa sede, in un contratto concluso per iscritto, resta disciplinata dal comma 4 dell'art. 117 t.u.b. anche in ipotesi di invalidità diverse dalla mancata indicazione del tasso o dal rinvio agli usi.

Il tasso finito praticato infine non è determinato dal solo Euribor ma, come detto, da indice + *spread*.

L' Euribor indica il tasso di interesse medio applicato da un primario istituto di credito Europeo ad altro primario istituto per operazioni di prestito a breve termine in Euro, con scadenza da una a tre settimane e da uno a dodici mesi. Il tasso viene rilevato ("fissato") giornalmente dalla *European Banking Federation* (EBF), in base alle segnalazioni trasmesse entro le ore 11 (fuso dell'Europa centrale) all'agenzia Reuters da un insieme di oltre 50 banche, individuate tra quelle con il maggiore volume d'affari dell'area Euro. Ancorché rilevato da un organismo (EBF) riconducibile al sistema bancario Europeo, su segnalazione delle principali banche, l'Euribor indica anzitutto, convenzionalmente, il rendimento di un impiego non garantito in Euro a breve termine *risk free*. Tale deve infatti ritenersi il prestito a un soggetto solvibile, o che deve presumersi tale, quale una primaria banca Europea. Dato questo punto di riferimento, ogni altro prodotto bancario o finanziario in Euro, di pari durata, offerto che sia da una banca altro intermediario o diverso emittente - notoriamente all'Euribor sono indicizzati oltre a mutui a tasso variabile, derivati e obbligazioni bancarie, anche titoli di Stato (in Italia i CCT Eu) e obbligazioni corporate - definisce il proprio costo, e implicitamente la propria rischiosità, per differenza (*spread*) rispetto al tasso interbancario. Il tasso finito praticato non è dunque determinato dal solo Euribor, ma da indice + *spread*, (si veda, tra le tante, Trib. Bologna 9 febbraio 2018).

In tale prospettiva occorre pertanto statuire la nullità del tasso utilizzato dalle parti in relazione al periodo oggetto di decisione della Commissione UE e procedere all'accertamento del nuovo piano di ammortamento così come determinato dal perito, su indicazione dello scrivente, alle pgg. da 33 a 37 dell'elaborato in atti.

Il parziale accoglimento della domanda, su questione peraltro sollevata d'ufficio dallo scrivente, induce a ritenere interamente compensate tra le parti le spese di lite ed a porre le spese di ctu definitivamente su entrambe le parti

P.Q.M.

in parziale accoglimento della domanda, accertata l'applicazione di interessi illegittimi come da parte motiva ed accertato altresì che quindi non sono dovute le somme portate dall'originario piano di ammortamento, ridetermina lo stesso come da risultanze derivate dall'elaborato peritale a firma dr. (*omissis*) in atti - pgg. da 33 a 37 - , con condanna dell'istituto convenuto alla ripetizione in favore dell'istante di quanto versato, in ottemperanza al primo piano, in più rispetto a tale secondo piano, oltre interessi ulteriori dal pagamento al soddisfo;

dichiara interamente compensate le spese di lite;

pone le spese di ctu definitivamente su entrambe le parti.

Così deciso in Pescara, il 28 marzo 2019.

Depositata in Cancelleria il 28 marzo 2019.

* * *

IL CASO

Il 6 novembre 2002, Tizio ha sottoscritto un mutuo fondiario a tasso variabile indicizzato al tasso Euribor per un importo complessivo pari a Euro 62.000.

Il rapporto è ancora in corso quanto Tizio conviene in giudizio la Banca - subentrata nella posizione del mutuante dopo la sottoscrizione del contratto - con un atto di citazione che solleva contestazioni ad ampio spettro in relazione alla validità della determinazione degli interessi.

Il Tribunale di Pescara conduce dunque una dettagliata analisi delle eccezioni sollevate, che lo porta a svolgere un meticoloso approfondimento di pressoché tutte le maggiori problematiche che occupano il dibattito giurisprudenziale in tema di interessi nei contratti di natura finanziaria.

Nella motivazione - per ragioni di sintesi sopra riportata solo per un estratto delle 116 pagine in cui si articola - sono via via respinte tutte le eccezioni sollevate dal mutuatario. In breve, infatti:

- E' respinta l'eccezione di violazione del principio del divieto di anatocismo per illegittima applicazione di interessi moratori sulla rata composta anche da interessi corrispettivi: il Tribunale ha ricordato, da una parte, **(i)** che la produzione di interessi moratori sugli interessi corrispettivi scaduti (a) era consentita a norma dell'art. 3 Delibera CICR del 9 febbraio 2000 (emessa in attuazione dell'art. 120, comma 2, D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 ("TUB"), così come modificato dall'art. 25 del D. Lgs. 4 agosto 1999) ed è (b) oggi consentita dalla attuale formulazione dell'art. 120, comma 2, TUB così come risultante dalla novella di cui all'art. 17-bis del D.L. 14 febbraio 2018 inserito in sede di conversione con modifiche nella L. 8 aprile 2016, n. 49; nonché, dall'altra, come **(ii)** il piano di ammortamento alla francese, contrariamente a quanto sostenuto da una minoritaria giurisprudenza di merito, non contiene alcun meccanismo anatocistico, ma prevede solo una rata costante in cui, con il succedersi delle rate, la quota di interessi - via via decrescente in corrispondenza dell'aumento della quota di capitale - è calcolata solo sulla quota di capitale non ancora restituita;
- E' respinta l'eccezione di nullità dei tassi di mora per pretesa usurarietà: il Tribunale, premesso che
 - i)** l'accertamento deve riguardare anche gli interessi moratori, in quali, in caso di accertata usurarietà, non sono dovuti (mentre restano dovuti gli interessi corrispettivi infrasoglia);
 - ii)** nella determinazione del TEG (Tasso Effettivo Globale) ai fini della determinazione delle soglie non deve tenersi conto della penale per anticipata estinzione del debito, in quanto eventuale e alternativa rispetto agli interessi corrispettivi e moratori;
 - iii)** nel TEG deve tenersi conto delle sole spese assicurative intese a tutelare i diritti del creditore ovvero che siano rese obbligatorie per la stipula o per la stipula alle condizioni contrattuali offerte, indipendentemente dalla circostanza per cui la polizza venga stipulata tramite un finanziatore o direttamente dal cliente;
 - iv)** nella prospettazione di un superamento del TEGM (Tasso Effettivo Globale Medio), l'attore non può proporre un metodo di calcolo difforme da quello con cui la discrezionalità tecnica di Banca d'Italia ha determinato il TEGM, in quanto verrebbero in tal modo a confrontarsi tassi non omogenei, né può prospettare un diverso metodo di calcolo del TEGM (in ipotesi di illegittimità nel calcolo del TEGM dovrebbe al più concludersi per l'inapplicabilità della norma in bianco relativa all'usura presunta);
 - v)** è sprovvista di pregio scientifico e giuridico la pretesa di calcolare, per la dimostrazione del tasso soglia, un TEMO (Tasso Effettivo di Mora), che prende a base del calcolo costi eventuali e disomogenei

ha ritenuto non dimostrato, nella concreta fattispecie alla sua attenzione, il superamento dei tassi soglia;

- E' respinta la tesi per cui, in caso di difficoltà economica, la sussistenza di una usura soggettiva potrebbe discendere dal mero superamento del TEGM (senza applicazione di aumento del 50%), in quanto tale superamento può al più costituire, insieme ad altri elementi, indice di usura soggettiva;
- Affrontata d'ufficio la questione relativa alla possibile nullità parziale del contratto di mutuo per omessa indicazione del TAEG/ISC (Indicatore Sintetico di Costo), il Giudice ne ha esclusa la rilevanza nel caso concreto, considerato che l'art. 125-bis, comma 6, TUB stabilisce la nullità delle clausole del contratto relative ai costi non inclusi o inclusi in modo non corretto nel TAEG solo in materia di credito al consumo, ipotesi non ricorrente nella fattispecie in esame.

Il Tribunale è quindi passato ad esaminare la validità della determinazione del tasso di interesse del mutuo attraverso il

riferimento al tasso Euribor aumentato di un determinato spread.

La questione era stata invocata da Tizio con riferimento alla nullità del rinvio al tasso Euribor per contrarietà al disposto di cui all'art. 2 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (*"Legge Antitrust"*)¹. L'Attore riteneva, infatti, che il rinvio a un tasso determinato dagli stessi istituti di credito (cfr. infra) dovesse considerarsi illecito, in quanto in ultima analisi costituente un rinvio a un tasso determinato concordemente dalle banche, in spregio alle regole della concorrenza e del mercato.

L'eccezione, sotto questo profilo, è stata rigettata, sulla base della considerazione per cui i meccanismi di rilevazione dell'Euribor sono da ritenersi in sé idonei - salvo la prova di accordi collusivi tra le banche - alla rilevazione di un effettivo tasso di mercato, fondato su dati oggettivi.

Né il rinvio al tasso Euribor quale componente del tasso applicabile alla fattispecie concreta equivarrebbe a un rinvio alle "condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza" nullo in quanto inidoneo alla univoca previa determinazione per iscritto del tasso di interesse (cfr. art. 1284, comma 2^o, c.c. e art. 117, commi 2, 4 e 7, TUB³). Il rinvio al tasso Euribor, infatti, contrariamente ai rinvii all'uso piazza, "è tempo per tempo determinabile attraverso il rinvio recettizio al tasso di riferimento e la variabilità del tasso, anche nel caso in cui questo aumenti, non fa sì che il tasso sia "più sfavorevole di quello pubblicizzato": il mutuatario sa sin dall'inizio che è esposto alle variazioni del tasso Euribor e non può essere indotto a ritenere che il corrispettivo non sarà mai superiore a quello inizialmente indicato, sulla base dell'Euribor già vigente alla data di conclusione del contratto".

Diversa però è stata la conclusione del Tribunale di Pescara con riferimento alla violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*"TFUE"*)⁴ e dell'art. 53 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (*"Accordo EEA"*)⁵.

Il Giudice ha infatti richiamato la recente pubblicazione della decisione della Commissione UE del 4 dicembre 2013, con la quale è stata accertata una violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 53 Accordo EEA da parte di alcune delle banche deputate alla formazione del tasso Euribor, la cui condotta collusiva è risultata volta ad alterare il processo di formazione del tasso e quindi di strumenti finanziari indicizzati in Euro. Una condotta che la Commissione ha accertato per il periodo compreso tra il 29 settembre 2007 e il 30 maggio 2008.

Il Tribunale dunque, in rito, ha reputato sussistere la sua competenza, non ricorrendo la speciale competenza della sezione imprese, ex art. 33 Legge Antitrust, operante solo per le azioni conseguenti alla violazione della normativa antitrust nazionale, e comunque da escludersi per il caso di azioni di domande di ripetizione dell'indebitato e arricchimento senza causa. L'accertamento della Commissione è quindi considerato dal Giudice nazionale - in ragione degli strumenti conoscitivi e dell'elevato know how dell'Autorità europea (nonché attraverso il richiamo ai principi desumibili dalla direttiva 2014/104 sul private enforcement del diritto comunitario antitrust e dal suo recepimento avvenuto con D. Lgs. 19

¹ Disposizione in forza della quale "Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera concorrenziale all'interno del mercato nazionale o di 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; [...]".

² "Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale"

³ "4. I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli ai clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio è reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto".

⁴ Come noto, a norma dell'art. 101 TFUE "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico e gli investimenti;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

[...]"

⁵ L'art. 53 dell'Accordo EEA ha tenore analogo all'art. 101 TFUE, salvo la sostituzione di "parti contraenti" a "Stati membri" e di "all'interno del territorio in cui si applica il presente accordo" a "all'interno del mercato comune".

gennaio 2017, n. 3) - quale prova privilegiata dalla condotta anticompetitiva posta in essere dalle banche in sede di procedura di formazione del tasso Euribor nel periodo di riferimento.

Da queste considerazioni, il Tribunale di Pescara deduce una incidenza diretta dell'intesa sul contratto di mutuo oggetto di causa, non tanto nell'ottica di una nullità derivata ma nella prospettiva dell'accertamento della invalidità del tasso utilizzato e recepito dalle parti nella regolamentazione del loro rapporto (pag. 101 della Sentenza). Invalidità che anche il consumatore, in quanto titolare di un interesse giuridicamente qualificato al mantenimento delle condizioni competitive del mercato, può censurare.

In altri termini, secondo il Tribunale – richiamandosi i precedenti giurisprudenziali e gli interventi dottrinali sul tema – deve riconoscersi che la nullità dell'intesa produce effetti a cascata sui singoli contratti, laddove una limitazione degli effetti dell'accertamento della nullità comporterebbe il venir meno dell'effettività della sanzione.

Né potrebbe assumere rilievo la circostanza per cui la Banca convenuta nel procedimento non abbia partecipato all'intesa accertata dalla Commissione: tale estraneità non farebbe venir meno l'invalidità del tasso recepito e lo squilibrio negoziale venutosi a creare per effetto dell'intesa. E anzi, pur non rilevando, in assenza di domanda risarcitoria dell'attore, un accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, un tale profilo potrebbe comunque essere delineato: sussisterebbe infatti in capo a un imprenditore qualificato quale una banca, pure in virtù del flusso di informazioni per esso disponibile, un particolare dovere di garantire ai propri clienti un'offerta a condizioni di mercato, anche vigilando sui comportamenti paralleli dei concorrenti e non valendosi degli effetti di accordi collusivi. In ogni caso, conclude il Tribunale, l'eventuale estraneità della Banca all'accordo collusivo non incide sui poteri di intervento del Giudice, in analogia a quanto accade con riferimento nell'ipotesi di cui all'art. 1349 c.c.⁶, nella quale l'assenza di accordo collusivo tra una parte e il terzo arbitratore non preclude l'accertamento dell'invalidità della determinazione. Potrà al più prospettarsi, osserva il Giudice, un diritto al risarcimento del danno della banca estranea all'accordo e incolpevolmente di esso ignara – costretta a soccombere nell'azione di ripetizione dell'indebito – nei confronti degli istituti di credito partecipi dell'intesa anticoncorrenziale.

La decisione ha dunque rideterminato il piano di ammortamento attraverso la determinazione degli interessi prevista, per il caso di mancato (valido) accordo sul tasso, dall'art. 117, comma 6, TUB mediante il rinvio al tasso nominale dei titoli di stato.

COMMENTO

La questione relativa alle conseguenze sui contratti «a valle» di intese restrittive della concorrenza continua ad agitare la giurisprudenza.

E' noto che - a seguito della ferma presa di posizione della Corte di Cassazione in ordine alla nullità dei contratti posti in essere «a valle» di una accertata intesa restrittiva della concorrenza consistente nella indicazione di clausole uniformi da adottare nella disciplina di negozi fideiussori omnibus⁷ - si è aperto un vivace dibattito in giurisprudenza, sollecitato dal proliferare di iniziative giudiziarie instaurate dai garanti di obbligazioni bancarie.

In quel caso, il contrasto giurisprudenziale in attesa di composizione riguarda l'incidenza della nullità dei negozi «a valle», se estesa all'intera fideiussione riprodotte lo schema ABI ovvero se da limitarsi alle sole clausole di “sopravvivenza”, “reviviscenza” e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. espressione di intesa restrittiva della concorrenza secondo il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia.⁸

Ma un altro fronte pare in procinto di aprirsi nel contenzioso tra istituti di credito e clientela in relazione a una problematica che pare presentare – almeno prima facie – profili di analogia con la questione della validità delle fideiussioni omnibus: le

⁶ Secondo la disposizione in esame “1. Se la determinazione della prestazione in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

2. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

[...]

⁷ Il riferimento è a Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 28910, pubblicata ad esempio, in *Foro it.* 2018, I, 152, e anche commentata in questo Osservatorio n. 2/2018, 44.

⁸ V. ad esempio Trib. Belluno, 31 gennaio 2019 e App. Bari, 21 marzo 2018, in questo Osservatorio, n. 2/2019, 28 con ulteriori richiami di giurisprudenza in commento.

conseguenze dell'accertamento da parte della Commissione europea della avvenuta manipolazione del tasso Euribor sui contratti che a detto tasso abbiano fatto rinvio per relationem.

Si tratta di un contenzioso potenzialmente assai vasto, considerata la diffusione del rinvio al tasso Euribor nella determinazione degli interessi, anche se, come di seguito rilevato, relativo a un periodo di tempo limitato.

La determinazione del tasso Euribor avviene con un procedimento che coinvolge le principali banche operanti nell'Unione europea. Si richiede infatti alle maggiori banche per volume d'affari (44 all'epoca degli accertamenti della Commissione) di supporre il tasso di interesse che una banca primaria offrirebbe a una seconda banca primaria per i depositi bancari a termine entro la zona Euro⁹.

Il tasso Euribor è dunque calcolato sulla base dei dati spontaneamente inviati dalle banche di riferimento entro le 11 ore di Bruxelles a Thomson Reuters, che riveste il ruolo di agente di calcolo per conto della EBF e provvede a elaborare il tasso solo se vi è la partecipazione di almeno 12 banche di riferimento, comunque escludendo dal computo il 15% dei valori rispettivamente più alti e più bassi¹⁰. Ogni banca di riferimento fornisce il suo contributo per ciascuno dei 15 vari tassi di interesse Euribor, uno per ogni termine, a decorrere da una settimana a dodici mesi¹¹.

Come osservato in dottrina, questo meccanismo presenta profili di vulnerabilità in quanto, da una parte, la quotazione dell'indice eseguita dalle banche non riflette un dato reale ed effettivo di mercato, ma consiste invece in una stima teorica effettuata dalle banche stesse; e, dall'altra parte, la quotazione è determinata secondo un procedimento meramente interno dell'impresa, non facilmente contestabile da un operatore terzo¹².

E infatti la giurisprudenza era già stata chiamata a valutare la conformità della procedura di determinazione del tasso Euribor alle regole poste a tutela della struttura competitiva del mercato. Tuttavia a fronte delle eccezioni di nullità delle clausole di rinvio al tasso Euribor – in quanto lo stesso meccanismo di determinazione del tasso sarebbe rimesso in ultima analisi alla concertazione delle banche – la giurisprudenza di merito si è consolidata nel ritenere, condivisibilmente, che la procedura di determinazione dell'Euribor non costituisca in sé una intesa anticompetitiva. Anche la sentenza in commento ritiene invero che la partecipazione di una pluralità di operatori indipendenti e lo scarto dei valori anomali nella misura del 15%, costituiscano elementi che, almeno su di un piano normativo, non consentono di ritenere il computo del tasso frutto di una concertazione tra le banche¹³.

In questo quadro è tuttavia intervenuta, con effetti dirompenti, la Decisione della Commissione europea 4 dicembre 2013¹⁴. La Commissione ha infatti accertato, con riferimento a quattro banche coinvolte nella procedura per il computo dell'Euribor¹⁵, l'esistenza di un cartello volto alla manipolazione del tasso. Gli accertamenti svolti hanno infatti, secondo la Commissione, confermato l'esistenza di accordi e/o azioni concertate nell'ambito almeno dell'intero Spazio Economico Europeo, con l'oggetto di limitare e/o distorcere la competizione nel settore dei tassi d'interesse dei derivati dell'euro (o dei del tasso di interesse dell'euro anche) connessi al tasso Euribor o all'indice medio Overnight¹⁶.

⁹ Infatti, secondo il codice di condotta Euribor dell'European Banking Federation (associazione di diritto privato alla stregua dell'ABI), le banche coinvolte nella procedura forniscono quote giornaliere del tasso che ciascuna ritiene essere quello richiesto da una banca ad un'altra per depositi a termine interbancari all'interno dell'euro zona (cfr. punto (5) della Decisione Commissione, 4 dicembre 2013, Case AT.39914, in ec.europa.eu/ - Competition / Cartel Cases).

¹⁰ cfr. Decisione Commissione, 4 dicembre 2013, Case AT.39914, cit., punto (6); nonché la sentenza in commento.

¹¹ cfr. ancora Decisione Commissione, 4 dicembre 2013, Case AT.39914, cit., punto (6).

¹² Cfr. BENEDETTELLI-LAMANDINI, *Diritto societario europeo e internazionale*, Torino, 2016, 422.

¹³ Cfr. Trib. Napoli, 17 maggio 2019, in banca dati *Dejure*; Trib. Roma, 19 settembre 2018, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Bologna, 9 febbraio 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Avellino, 11 gennaio 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Latina, 12 marzo 2016, in banca dati *Dejure*; Trib. Torino, 27 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna, 3 dicembre 2016, in *www.expartecreditoris.it*.

¹⁴ V. *supra* nt. 9.

¹⁵ Più precisamente, Barclays, Deutsche Bank, Société Générale e Royal Bank of Scotland. La procedura è stata avviata a seguito della denuncia dei fatti di Barclays, che ha richiesto e ottenuto dalla Commissione la conseguente immunità dalla sanzione.

¹⁶ Come rilevato anche nella sentenza in commento, la Commissione ha accertato le seguenti condotte:

a) alcune volte certi *trader* comunicavano e/o ricevevano preferenze per un *settaggio* a valore costante, basso o alto, di certi valori Euribor; queste posizioni andavano a dipendere dalle proprie posizioni commerciali ed esposizioni;

b) alcune volte certi *trader* si scambiavano informazioni dettagliate non di dominio pubblico/disponibili sulle posizioni commerciali o sulle intenzioni per futuri invii di dati per l'Euribor di certi valori per almeno una delle proprie banche;

La violazione si è prolungata, secondo gli accertamenti della Commissione, dal 26 settembre 2007 al 30 maggio 2008¹⁷. Già in seguito alla diffusione da parte della stampa di notizie relative al procedimento sanzionatorio e alla condanna nei confronti delle banche, la decisione della Commissione era stata invocata in numerosi procedimenti di merito per ottenere la declaratoria della nullità del rinvio al tasso. Ma anche in questo caso la risposta della giurisprudenza era stata negativa in quanto – pur essendo tali notizie idonee a dar conto dell'effettiva esistenza della procedura e del suo esito – solo la conoscenza in dettaglio dell'accertamento compiuto dalla Commissione europea e l'esame della sua ricostruzione sul piano logico-fattuale avrebbero potuto consentire al giudice nazionale di verificarne l'eventuale incidenza sui rapporti oggetto di giudizio¹⁸. Il quadro giurisprudenziale è tuttavia cambiato a seguito della pubblicazione della decisione avvenuta il 7 dicembre 2016. Dapprima con provvedimenti istruttori, che avevano demandato a consulenza tecnica d'ufficio la quantificazione del credito senza tener conto della determinazione degli interessi nel periodo per il quale è stata accertata l'intesa collusiva¹⁹. Il precedente in commento costituisce un più compiuto tentativo di argomentare la nullità dei contratti che rinviano la determinazione degli interessi – nella sua componente di base cui sommare lo spread – al tasso Euribor. Come sopra rilevato la sentenza riconosce, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale, la natura di prova privilegiata dell'accertamento dell'intesa anticompetitiva da parte della competente Autorità Antitrust²⁰. Prendendo poi le mosse dal sopra menzionato precedente Cass. n. 28910/2017, il Tribunale di Pescara ha dunque configurato un effetto a cascata dell'intesa a monte su tutti gli accordi a valle, in guisa da far ritenere gli stessi contratti a valle alla stregua di una parte di un'unica intesa restrittiva della concorrenza. Il giudice ha quindi avuto modo di inserire il suo orientamento nella prevalente giurisprudenza nella parte in cui ha riconosciuto anche al consumatore la legittimazione attiva a contestare la violazione della disciplina antitrust, non solo in tema di risarcimento del danno²¹, ma anche nella contestazione dell'intesa a valle²². E ancora, è stata ritenuta irrilevante la circostanza per cui la banca convenuta non fosse stata pacificamente coinvolta nell'accordo collusivo, trattandosi comunque di una invalidità da accertare e sanzionare a livello oggettivo.

c) alcune volte certi *trader* inoltre esploravano la possibilità di allineare le proprie posizioni in derivati in euro sulla base delle informazioni ottenute *sub a)* e *b)*;

d) alcune volte certi *trader* esploravano la possibilità di allineare almeno uno degli invii futuri di dati delle proprie banche sulla base delle informazioni ottenute *sub a)* e *b)*;

e) alcune volte, almeno uno dei *trader* coinvolti in queste discussioni si rivolgeva all'incaricato dell'invio dei dati Euribor della propria banca, o affermava che questa discussione fosse da compiersi, per chiedere un invio di dati che seguisse una certa direzione o un livello specifico;

f) alcune volte, almeno uno dei *trader* coinvolti in queste discussioni asseriva che avrebbe riferito, o riferiva la risposta dell'incaricato, prima del momento dell'invio giornaliero dei dati o, nei casi in cui il *trader* ne aveva già discusso con l'incaricato, comunicava le informazioni ricevute all'altro *trader*;

g) alcune volte, almeno uno dei *trader* comunicava all'altro altre informazioni sensibili in dettaglio sulle strategie sul commercio o sul prezzo della sua banca per i derivati in euro.

Inoltre, alcune volte certi *trader* discutevano il risultato della finalizzazione del tasso Euribor, compresi anche i dati specifici inviati dalle banche, dopo la pubblicazione dei tassi di giornata.

L'attività collusiva avveniva in incontri bilaterali, principalmente su *chat on line*, *email* e messaggi *on line* o telefonicamente.

(cfr. Decisione Commissione, 4 dicembre 2013, Case AT.39914, cit., punti (32) – (35))

¹⁷ In realtà, si legge nella Decisione, data la segretezza sotto la quale l'illecito era stato commesso, non è stato possibile determinare con assoluta certezza se all'epoca dell'accertamento l'illecito fosse cessato. Pertanto la Commissione ha richiesto alle imprese destinatarie della decisione di porre termine all'illecito qualora non lo avessero già fatto e di astenersi da qualsiasi accordo, pratica concordata o decisione con associazione di oggetto o effetto simile o identico (Decisione Commissione, 4 dicembre 2013, Case AT.39914, cit., punto (84)).

¹⁸ Così Trib. Milano, S.I., 21 aprile 2016, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; v. anche Trib. Milano, S.I., 9 gennaio 2017, in www.expartecreditoris.it; Trib. Mantova, 21 ottobre 2015, in banca dati *Dejure*.

¹⁹ Trib. Nocera Inferiore, ord. 28 luglio 2017, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, ord., 29 settembre 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 316, con nota adesiva di CALABRESE, *Effetti della manipolazione dell'Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile*.

²⁰ Cfr. Cass. civ., 31 ottobre 2016, n. 22031, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, 562; Cass. civ., 23 aprile 2014, n. 9116, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

²¹ Circostanza ormai normativamente riconosciuta dalla direttiva 2014/104 sul *private enforcement* del diritto comunitario *antitrust* e dal suo recepimento avvenuto con D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, ma v. già Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 11904, in *Dir. giust.*, 2014, 1, 19; Cass. civ., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Resp. civ. prev.*, 2005, 440.

²² Cfr. ancora, Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810 cit.

Occorre tuttavia osservare che, allo stato, la prevalente giurisprudenza di merito pare orientata in senso contrario alla sentenza in commento.

Sulla base di un orientamento maturato in particolare presso il Tribunale di Milano, si ritiene infatti che i destinatari diretti delle norme antimonopolistiche sono solo gli imprenditori commerciali del settore di riferimento e non anche i singoli utilizzatori, laddove l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa e indiretta, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non ritenersi direttamente investito della legittimazione a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o un gruppo di imprese. Non vi è pertanto alcuna possibilità per i singoli utenti, ai fini della nullità delle clausole di richiamo all'interesse Euribor, di effettuare un collegamento tra intese anticoncorrenziali di imprenditori bancari e, dall'altro lato, l'invalidità dei contratti che a quelle intese facciano riferimento; secondo questa giurisprudenza, infatti, poiché il diritto comunitario e quello nazionale nulla dispongono in ordine agli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti conclusi dalle imprese con i clienti, il giudice può applicare ad essi solo le sanzioni eventualmente previste dal diritto interno e, al riguardo, l'ordinamento interno non prevede alcuna sanzione di nullità delle clausole di richiamo all'indice Euribor²³.

Altro consistente filone della giurisprudenza di merito ribadisce poi come gravi su chi eccepisca la dedotta nullità per violazione della normativa antitrust la prova della partecipazione della controparte processuale alla intesa restrittiva della concorrenza²⁴.

Vi è poi da rilevare che la pur ampia motivazione adottata dal Tribunale non pare del tutto chiara e persuasiva nella parte in cui descrive l'incidenza, sotto il profilo giuridico, dell'intesa restrittiva sul contratto che ne costituirebbe attuazione.

La motivazione pare infatti, da una parte, evocare un meccanismo di propagazione della nullità tipico anche della nullità derivata e, dall'altro, richiamare la configurabilità di una sorta di intesa restrittiva estesa anche ai negozi stipulati con i clienti finali, da ritenersi direttamente colpiti dalla sanzione di nullità comminata dalla normativa antitrust.

Si tratta di un tema oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, all'interno del quale si è rilevata la difficoltà di inquadrare il meccanismo di propagazione della nullità nella categoria della nullità derivata²⁵ e, parte autorevole della dottrina, ha ritenuto configurabile in favore dei consumatori e clienti estranei all'intesa solo un'azione risarcitoria²⁶.

Nel caso di specie, poi, non appare persuasivamente argomentato il nesso funzionale che avvolgerebbe l'intesa «a monte» con i contratti «a valle».

Come rilevabile dalla lettura della Decisione, l'oggetto della concertazione «a monte» era la stabilizzazione dell'Euribor utilizzato quale componente di calcolo di strumenti derivati in euro negoziati dalle banche. E questa intesa, secondo quanto riferito in dottrina, avrebbe un intento volto a ribassare il tasso per creare l'apparenza di disponibilità finanziarie maggiori quelle effettive²⁷. Un effetto in ultima analisi favorevole al cliente della banca debitore del tasso.

²³ Così Trib. Milano, 27 settembre 2017, in *www.expartecreditoris.it*; richiamata poi da Trib. Sassari, 11 febbraio 2019, banca dati *Dejure*; Trib. Parma, 19 dicembre 2018, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Treviso, 26 luglio 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Ancona, 31 ottobre 2018, in banca dati *Dejure*.

²⁴ Per l'affermazione per cui la nullità non può essere dichiarata in assenza di prova della partecipazione all'intesa «a monte» della banca parte del contratto «a valle» v. anche Trib. Napoli, 17 maggio 2019, cit.; Trib. Sassari, 11 febbraio 2019, cit.; Trib. Parma, 19 dicembre 2018, cit.; Trib. Verona, 21 giugno 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Padova, 28 maggio 2018, in banca dati *Dejure*; Trib. Bologna, 9 febbraio 2018, cit.; Trib. Torino, 27 aprile 2016, cit.; Trib. Marsala, 13 giugno 2016, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Bologna, 3 dicembre 2016, cit.; rilevano invece il difetto di connessione tra l'eventuale intesa collusiva per la determinazione del tasso e il singolo contratto con il consumatore estraneo all'intesa Trib. Milano, 28 febbraio 2019, in banca dati *Dejure*; Trib. Genova, 22 gennaio 2019, in *www.ilcaso.it*; Trib. Piacenza, 13 dicembre 2018, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Sciacca, 17 gennaio 2017, in *www.expartecreditoris.it*.

²⁵ Per la propagazione della illiceità dell'oggetto, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 473; per le critiche alla tesi della nullità derivata e per l'inquadramento generale del tema v. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 579, il quale aderisce alla tesi della inclusione dei contratti a valle nella complessiva intesa richiamando ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012.

²⁶ In questo senso LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza*, in *Riv. dir. Comm.*, 2002, I, 452. In giurisprudenza, Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, I, 466; Cass. civ., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421; App. Milano, 2 febbraio 2005, in *Contratti*, 2006, 141; App. Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 87; Trib. Milano, 25 maggio 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 87.

²⁷ BRUTTI, *La manipolazione degli indici finanziari: un illecito in cerca di identità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 302 ss.

Inoltre, questa considerazione rende difficilmente configurabile una unica intesa della quale farebbero parte l'intesa a monte e il contratto a valle, in quanto tali intese avrebbero un oggetto completamente diverso: da una parte la stabilizzazione dei derivati negoziati dalle banche per amministrare il tasso di rischio o per fini speculativi e, dall'altro, la determinazione di un tasso di interesse di un prestito.

Conclusivamente, la questione oggetto della sentenza in commento appare al centro di un dibattito ancora aperto e sul quale non mancheranno verosimilmente nuovi interventi dottrinali e pronunce di giudici di grado superiore

Avv. Massimo Di Muro

massimo.dimuro@munaricavani.it

4. Consiglio di Stato, Sezione III, 11 giugno 2019, n. 3902

Prescrizione dei crediti – Atti interruttivi della prescrizione – Notifica della risoluzione del contratto di *factoring* – Efficacia interruttiva della prescrizione – Esclusione
(Codice Civile, artt. 1264, 2943, 2944)

La notifica della risoluzione del contratto di factoring non costituisce né valido atto interruttivo della prescrizione né costituzione in mora. Parimenti, non sono di per sé atti idonei ad interrompere la prescrizione l'accordo transattivo e l'emissione di fatture.

* * *

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Consiglio di Stato sez. III , - 11 giugno 2019, n. 3902

Il Consiglio di Stato ha emesso la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale *(omissis)*, proposto dalla
(omissis), "*(omissis)*,"

(omissis), rappresentata e difesa dall'Avvocato *(omissis)*, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in *(omissis)*, via *(omissis)*,

contro

(omissis), in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa *(omissis)*, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in *(omissis)*, piazza *(omissis)*,

per la riforma della sentenza *(omissis)*, del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. III-*quater*, resa tra le parti, concernente il giudizio di opposizione proposto *(omissis)*, avverso il decreto ingiuntivo *(omissis)*, ottenuto *(omissis)*, in ordine al compenso revisionale per il contratto di assistenza domiciliare infermieristica, stipulato il 28 marzo 2003, e in ordine al compenso revisionale per il contratto di assistenza riabilitativa, stipulato il 18 dicembre 2003.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'*(omissis)*,

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, *(omissis)*, l'Avvocato *(omissis)*, su delega dell'Avvocato *(omissis)*, e per l'odierna appellata, *(omissis)*, l'Avvocato *(omissis)*, ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellata, *(omissis)*, (di qui in avanti, per brevità, Cooperativa), ha chiesto ed ottenuto dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, l'emissione del decreto ingiuntivo n. 2501 dell'11 maggio 2017, per il complessivo importo di € 1.372.273,20, in ordine al compenso revisionale per il contratto di assistenza domiciliare infermieristica, stipulato il 28 marzo 2003 con l'*(omissis)*, (di qui in avanti, per brevità, Azienda), e in ordine al compenso revisionale per il contratto di assistenza riabilitativa, stipulato il 18 dicembre 2003 sempre con la stessa Azienda.

1.1. Avverso tale decreto ingiuntivo ha proposto opposizione Azienda e ne ha chiesto la revoca, deducendo *in limine litis* il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ed eccependo nel merito, tra i sette motivi di opposizione, la prescrizione dei crediti azionati in via monitoria.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, con la sentenza n. 2901 del 14

maggio 2018, ha accolto l'opposizione, in ordine al primo motivo relativo alla prescrizione dei crediti azionati e con assorbimento degli altri sei, e ha revocato il decreto ingiuntivo.

1.3. Ad avviso del primo giudice, infatti, nessun atto interruttivo della prescrizione quinquennale applicabile al caso di specie sarebbe stato validamente posto in essere dall'odierna appellante dal 17 gennaio 2011 al 29 luglio 2016, in quanto i due giudizi incardinati avanti al medesimo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, aventi R.G. 601/11 e R.G. n. 603/2011, erano stati oggetto di rinuncia agli atti da parte della Cooperativa, che aveva stipulato una transazione con l'Azienda, ed erano stati dichiarati estinti con i decreti presidenziali n. 18888 e n. 18889 del 4 settembre 2013, con il venir meno dell'effetto sospensivo permanente dovuto all'incardinazione dei due giudizi poi dichiarati estinti, ai sensi dell'art. 2945, comma terzo, c.c., e il nuovo decorso del termine prescrizionale a far data dal 17 gennaio 2011.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Cooperativa e, nel censurarne l'erroneità per due specifici motivi che di seguito saranno esaminati, ne ha chiesto la riforma, con la conseguente conferma del decreto ingiuntivo invece revocato.

2.1. Si è costituita l'Azienda appellata per chiedere, al contrario, la reiezione dell'appello e riproponendo se del caso, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi dichiarati assorbiti dal primo giudice in conseguenza dell'accoglimento del primo motivo, con il quale l'Azienda aveva eccepito la prescrizione.

2.2. Nella pubblica udienza del 9 maggio 2019 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello è infondato, anche per le ragioni che qui di seguito si specificheranno, perché i crediti azionati in via monitoria, come ha ben rilevato la sentenza impugnata, si sono prescritti.

4. Quanto al primo articolato motivo proposto dall'appellante (pp. 7-13 del ricorso), infatti, si deve osservare che il primo giudice abbia correttamente ritenuto detti crediti estinti per prescrizione, in assenza di validi atti interruttivi nel periodo intercorrente tra il 17 gennaio 2011, data della notifica dei due ricorsi che avevano poi generato i due giudizi dichiarati estinti con decreto presidenziale, e il 16 gennaio 2016, in quanto:

a) l'atto transattivo del 19 marzo 2012, diversamente da quanto assume l'odierna appellante (pp. 7-10 del ricorso), non ha efficacia interruttiva della prescrizione, poiché esso nell'art. 7 fa salva, in relazione alle fatture indicate nell'art. 3 del contratto espressamente escluse dall'accordo transattivo e azionate in via monitoria, la possibilità di esercitare ogni diritto in capo al preteso titolare del credito, ma non integra affatto la sicura intenzione di esercitare il diritto che spetta al dichiarante, contenendo una mera riserva di agire ad eventuale tutela di pretese creditorie, né, correlativamente, implica la rinuncia da parte del preteso debitore a sollevare l'*exceptio praescriptionis*, per il consolidato principio in forza del quale le trattative per comporre bonariamente la vertenza, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria, e non rappresentando, quindi, riconoscimento del diritto altrui ai sensi dell'art. 2944 c.c., non hanno efficacia interruttiva né possono importare rinuncia tacita a far valere la prescrizione medesima, perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta (senza, cioè, possibilità alcuna di diversa interpretazione) con la volontà di avvalersi della causa estintiva dell'altrui diritto, come richiesto dall'art. 2937, comma terzo, c.c., a meno che dal comportamento di una delle parti non risulti il riconoscimento del contrapposto diritto di credito, e si accerti che la transazione è mancata solo per questioni attinenti alla liquidazione del credito e non anche all'esistenza di tale diritto (v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2010, n. 1687), ipotesi che, chiaramente, non ricorre nel caso di specie per non essere dovuto il mancato raggiungimento dell'accordo transattivo in ordine anche alle citate fatture, poi azionate in via monitoria, a questioni meramente attinenti al *quantum* del credito;

b) la notifica, nei confronti dell'Azienda, della risoluzione del contratto di *factoring* del 18 novembre 2013, con il quale erano stati inizialmente ceduti i crediti qui controversi, non costituisce nemmeno essa valido atto interruttivo della prescrizione, contrariamente a quanto pure sostiene l'appellante (pp. 10-12 del ricorso), in quanto dalla stessa non si desume alcuna volontà di esercitare il diritto nei confronti del preteso debitore, ma essa ha al più la funzione di rendere efficace la cessione - o nel caso di specie la risoluzione della cessione - al debitore ai soli sensi e per i soli effetti dell'art. 1264, comma primo, c.c., senza poter integrare, quindi, costituzione in mora e/o valido atto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943 c.c., in assenza di certa volontà di esercitare il diritto;

c) nemmeno l'emissione delle fatture emesse il 22 novembre 2011 costituisce, a dispetto di quanto sostiene l'appellante (pp. 12-13 del ricorso), valido atto interruttivo della prescrizione, dovendosi qui ricordare che, come è noto, la fattura commerciale, avuto riguardo alla sua formazione unilaterale ed alla funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione di un contratto, si inquadra tra gli atti giuridici a contenuto partecipativo, in quanto consiste in una dichiarazione, indirizzata all'altra parte, di fatti concernenti un rapporto già costituito, ma la sua emissione e la trasmissione alla controparte non sono di per sé sufficienti alla costituzione in mora, essendo necessario a questo scopo un elemento ulteriore, costituito da una espressa richiesta di pagamento (v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2016, n. 6549) che, nel caso di specie, non sussiste né è stata nemmeno dedotta dall'odierna appellante.

4.1. Non può che discenderne quindi, in assenza di validi atti interruttivi della prescrizione nel periodo dal 17 gennaio 2011 al 29 luglio 2016, l'estinzione del diritto azionato in via monitoria, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata con una motivazione che, seppure con le precisazioni integrative svolte, va immune da censura.

5. Le ulteriori deduzioni fatte valere dall'appellante con il secondo motivo (pp. 13-15 del ricorso) in ordine alla spettanza *ex lege et ex contractu*, sia per l'*an* che del *quantum*, del compenso revisionale per i due contratti stipulati nel 2003, per l'importo complessivo di € 1.372.273,20 azionato in via monitoria, sono dunque del tutto ininfluenti ai fini del decidere, alla luce dell'intervenuta estinzione del credito per il decorso del termine prescrizione.

6. In conclusione, per le ragioni sin qui esposte, l'appello della Cooperativa deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata anche per le ragioni sin qui espresse e con il definitivo assorbimento degli ulteriori motivi proposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., dall'Azienda appellata nella memoria depositata il 16 luglio 2018, in quanto ininfluenti in punto di diritto per la definizione del presente giudizio.

7. Le spese del presente grado del giudizio, considerata la complessità delle questioni esaminate civilistiche, sin qui esaminate, che hanno richiesto una integrazione del percorso motivazionale presente nella sentenza impugnata da parte di questo Collegio, possono essere interamente compensate tra le parti.

7.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da (*omissis*), lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compenza interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di (*omissis*), il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

* * *

IL CASO

La vicenda da cui muove la sentenza del Consiglio di Stato qui in commento trae la propria origine in un mancato pagamento, che avrebbe dovuto essere effettuato da parte di una Azienda Sanitaria Locale (di seguito, "ASL") in favore di una Cooperativa Sociale e di Lavoro (di seguito, la "Cooperativa") a titolo di compenso revisionale per un contratto di assistenza domiciliare infermieristica nonché per un contratto di assistenza riabilitativa.

A fronte di detto mancato pagamento, la Cooperativa ha chiesto e ottenuto da parte del competente TAR l'emissione di un

decreto ingiuntivo di pagamento. La ASL ha dunque proposto opposizione avverso tale decreto ingiuntivo, chiedendone la revoca.

Il TAR competente ha accolto l'opposizione – revocando dunque il decreto ingiuntivo – accogliendo in particolare il motivo di merito (ritenuto assorbente) secondo cui i crediti azionati sono da ritenersi prescritti. A mente del TAR, infatti non sarebbe stato posto in essere alcun atto interruttivo della prescrizione quinquennale, in quanto – in particolare – due giudizi incardinati avanti al medesimo TAR erano stati oggetto di rinuncia agli atti a seguito di un accordo transattivo tra la Cooperativa e la ASL.

Avverso tale provvedimento del TAR, la Cooperativa ha dunque proposto appello, chiedendo la conferma del decreto ingiuntivo.

Con la sentenza qui in commento, il Consiglio di Stato rigetta l'appello, in quanto infondato, ritenendo esso pure che i crediti azionati in via monitoria si siano prescritti.

Nell'argomentare il provvedimento, il Consiglio di Stato ha modo di sottolineare come la transazione, l'emissione di fatture e – in particolare – la notifica della risoluzione del contratto di factoring non costituiscono di per sé validi atti interruttivi della prescrizione.

COMMENTO

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, ha modo di soffermarsi sugli atti idonei ad interrompere la prescrizione nonché – e per quanto oggetto della presente indagine, in particolare – sugli effetti della notifica del contratto di factoring (o della sua risoluzione) sulla prescrizione (escludendo che tale notifica, così come una serie di altri atti, sia di per sé idonea a interrompere la prescrizione).

Anzitutto, il Consiglio di Stato esclude che un accordo transattivo, quale quello concluso tra la ASL e la Cooperativa, nel quale – pur facendosi salva la possibilità di esercitare ogni diritto in capo al preteso titolare del credito – non risulti e non emerga la sicura intenzione di esercitare il diritto che spetta al dichiarante, possa valere come atto interruttivo della prescrizione. Ciò in virtù del principio¹ in forza del quale le trattative per comporre bonariamente la vertenza, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria (e non rappresentando dunque riconoscimento del diritto altrui), non hanno efficacia interruttiva della prescrizione né possono importare rinuncia tacita a far valere la prescrizione medesima, perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta ed inequivoca (senza, cioè, possibilità di diversa interpretazione) con la volontà di avvalersi della causa estintiva dell'altrui diritto, come richiesto dall'art. 2937, terzo comma, cod. civ.², a meno che dal comportamento di una delle parti non risulti il riconoscimento del contrapposto diritto di credito e si accerti che la transazione è mancata solo per questioni attinenti alla liquidazione del credito e non anche all'esistenza di tale diritto; ipotesi che, a giudizio del Consiglio di Stato, non ricorre nel caso in commento.

Parimenti, l'emissione di fatture non può di per sé rappresentare valido atto interruttivo della prescrizione. Il Consiglio di Stato rammenta infatti che la fattura commerciale, stante la sua formazione unilaterale e la sua funzione di far risultare a livello documentale elementi relativi all'esecuzione di un contratto, si debba inquadrare tra gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo in una dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito. La sua emissione e la trasmissione alla controparte non sono dunque di per sé atti o fatti sufficienti alla costituzione in mora, essendo necessario a questo scopo un elemento ulteriore, costituito da una espressa richiesta di pagamento³; che, a valutazione del Consiglio di Stato, nel caso di specie, non sussiste.

¹ Sul punto, la sentenza risulta potersi collocare nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale; *ex multis*, v. Cass, 27 gennaio 2010, n. 1687, in *Diritto & Giustizia*, 2010; Cass. civ., 8 marzo 2007, n. 5327, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3.

² L'art. 2937 cod. civ., sotto la rubrica "Rinuncia alla prescrizione", dispone testualmente quanto segue:

"Non può rinunciare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto.

Si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta.

La rinuncia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione".

³ Sul punto, nella stessa direzione, si veda in particolare la recente Cass. civ, 5 aprile 2016, n. 6549, in *GiustiziaCivile.com*, 2018 (con commento di MARCONI).

Soprattutto, va sottolineato come il Consiglio di Stato abbia escluso che la notifica (nel caso di specie, da parte dell'Azienda) della risoluzione del contratto di *factoring* (con il quale, nella fattispecie, erano stati inizialmente ceduti i crediti controversi), possa costituire valido atto interruttivo della prescrizione. Difatti, da tale atto non si desume alcuna volontà di esercitare il diritto nei confronti del preteso debitore; la notifica ha al più la funzione di rendere efficace la cessione — o nel caso di specie la risoluzione della cessione — al debitore ai soli sensi e per i soli effetti dell'art. 1264, comma primo, cod. civ.⁴, non essendo idonea ad integrare né la costituzione in mora né un valido atto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943 cod. civ.⁵, in assenza di certa volontà di esercitare il diritto.

In tal proposito, si segnala che, secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale — nel cui solco sembra potersi collocare anche la presente pronuncia — ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 2943 e 1219 cod. civ., l'efficacia di atto interruttivo può essere riconosciuta ai soli atti scritti aventi ad oggetto l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto passivo, con l'effetto di costituirlo in mora⁶.

Dalla sentenza qui in commento sembra dunque potersi dedurre una sorta di utile monito (indiretto ed implicito) a fini prudenziali: la notifica della risoluzione di un contratto di *factoring* così come la notifica della cessione del credito non vale, di per sé, ad interrompere la prescrizione; a tal fine, sarà necessario un atto contenente la volontà del titolare del credito di esercitare il proprio diritto nei confronti del debitore.

Avv. Federico Ferraresi

federico.ferraresi@munaricavani.it

⁴ L'art. 1264 cod. civ., sotto la rubrica "Efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto", dispone testualmente quanto segue:

"La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata.

Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione".

⁵ L'art. 2943 cod. civ., sotto la rubrica "Interruzione da parte del titolare", dispone testualmente quanto segue:

"La prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo.

È pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio.

L'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente.

La prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore e dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

⁶ Cfr. *ex multis*, Cass. civ., 25 agosto 2015, n. 17123, in *Quotidiano giur.*, 2015; Cass. civ., 16 maggio 2014, n. 10789, in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ., 30 marzo 2006, n. 7524, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 3; App. Potenza, 14 gennaio 2016, in www.leggiditaliaonline.it; Trib. Aosta, 14 agosto 2015, in www.leggiditaliaonline.it; Trib. Roma, 25 novembre 2013, in www.leggiditaliaonline.it; Trib. Milano, 14 maggio 2012, in www.leggiditaliaonline.it. In dottrina, v. *ex multis* ROSELLI, VITUCCI, La prescrizione e la decadenza, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da RESCIGNO, vol. 20, *Tutela dei Diritti*, II, Torino, 2002, 506 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 115.