

Civile Sent. Sez. 3 Num. 11908 Anno 2020

Presidente: DE STEFANO FRANCO

Relatore: RUBINO LINA

Data pubblicazione: 19/06/2020

SENTENZA

sul ricorso 17184-2017 proposto da:

FIN MONEY SAS DI GIOVANNI MARINO E C. IN LIQUIDAZIONE
in persona del legale rappresentante pro tempore e
liquidatore GIOVANNI MARINO, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 21/23,
presso lo studio dell'avvocato CARLO BOURSIER NIUTTA,
rappresentata e difesa dall'avvocato SETTIMIO DI
SALVO;

- **ricorrente** -

contro

IMI SUD SRL;

- **intimata** -

Nonché da:

IMI SUD SRL in persona dell'amministratore e Custode giudiziario p.t. Dott. MASSIMO ZENO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LUDOVISI 35, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO LAURO, rappresentata e difesa dall'avvocato BENEDETTO MIGLIACCIO;

- **ricorrente incidentale** -

contro

FIN MONEY SAS DI GIOVANNI MARINO E C. IN LIQUIDAZIONE in persona del legale rappresentante pro tempore e liquidatore GIOVANNI MARINO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 21/23, presso lo studio dell'avvocato CARLO BOURSIER NIUTTA, rappresentata e difesa dall'avvocato SETTIMIO DI SALVO;

- **controricorrente all'incidentale** -

avverso la sentenza n. 2149/2016 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 26/05/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/02/2020 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi;

udito l'Avvocato PAOLA POTENZA per delega;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

FATTI DI CAUSA

1. - Nel 2002, Imi Sud s.r.l. proponeva opposizione avverso un decreto ingiuntivo ottenuto dalla FinMoney s.a.s. di Giovanni Marino e c. nei suoi confronti, relativo a compensi per l'attività professionale prestata per fare ottenere alla società opponente un finanziamento di oltre sette miliardi di lire a fondo perduto, *ex lege* 488 del 1992, deducendo la nullità del mandato e facendo intravedere che il compenso pattuito, particolarmente elevato, fosse stato concordato in tale misura perché la Fin Money aveva prospettato la difficoltà di ottenere il finanziamento in mancanza dei giusti contatti; l'opponente deduceva in subordine la configurabilità del dolo incidente, e chiedeva in via riconvenzionale la restituzione della somma già versata.

2. - Il Tribunale, ritenuta la validità del contratto ed esclusa la configurabilità del dolo incidente, rigettava l'opposizione ed anche la domanda riconvenzionale proposta da Imi Sud, svincolando la cauzione prestata da Fin Money in riferimento alla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo.

3. - La Corte d'Appello di Napoli, con la sentenza n. 2149 del 26.5.2016, qui impugnata, accoglieva in parte l'appello di Imi Sud:

- rigettava il motivo di appello relativo all'abusivo svolgimento di attività riservate ai professionisti iscritti agli albi, in quanto in ogni caso l'attività di consulenza era stata svolta prima della introduzione dell'obbligo di legge introdotto in riferimento alle attività dei dottori commercialisti dal d.lgs. n. 139 del 2005;

- rigettava il secondo motivo di appello: premettendo che è sempre possibile il rilievo ufficioso ex art. 1421 c.c. del codice civile della nullità contrattuale, a condizione che la parte a cui favore sia posta la nullità chieda di avvalersene, escludeva nel caso di specie che fosse configurabile una ipotesi di nullità del contratto per illiceità della causa, trattandosi di un mandato lecito, in cui il corrispettivo era stato determinato in una provvigione comprensiva anche delle spese sostenute da corrispondersi solo in caso di buon esito dell'affare: FinMoney si assumeva il rischio di lavorare gratis in caso l'affare non fosse

andato a buon fine, prevedendo un compenso elevato, ma non esoso in caso di esito positivo;

- escludeva inoltre che fosse stata raggiunta la prova che il contratto fosse stato concluso per un motivo illecito comune ad entrambi, consistente nella esigenza di corrompere pubblici funzionari per arrivare alla concessione del finanziamento;

- escludeva l'inadempimento di Fin Money;

- riteneva invece parzialmente fondato il motivo di appello subordinato relativo alla clausola contrattuale di pattuizione di interessi in misura ultralegale, pari ad un interesse al 15% annuo oltre al tasso *prime rate* ABI;

- escludeva che il contratto, concluso prima della entrata in vigore della normativa antiusura, potesse essere assoggettato ad essa quanto alla disciplina dei tassi soglia;

- escludeva altresì che fosse applicabile *ratione temporis* la disciplina introdotta con il d.lgs. n. 231 del 202, relativa alla determinazione della misura degli interessi nelle obbligazioni commerciali;

- qualificava la clausola che prevedeva la pattuizione di interessi ultralegali come clausola penale, volta a predeterminare l'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno per il mancato o ritardato pagamento, come tale riconducibile ad equità anche d'ufficio; e si avvaleva di tale potere di riconduzione ad equità, indicando che il tasso base dovesse essere dal 1 gennaio 2005 rapportato al tasso legale, non venendo più rilevato dall'Abi il *prime rate*; inoltre, ritenendo iniqua la misura pattuita di 15 punti oltre al *prime rate*, riduceva l'importo complessivo dovuto a titolo di penale rideterminando l'interesse aggiuntivo in 5 punti sopra il tasso di interesse di riferimento (costituito dal *prime rate* fino al 31 dicembre 2004, dal tasso legale dal 1.1.2005);

- revocava quindi il decreto ingiuntivo, ma condannava l'opponente a pagare all'opposta la sorte capitale e gli interessi come sopra rideterminati.

4. - La creditrice FinMoney s.a.s. di Giovanni Marino e c. in liquidazione propone ricorso per cassazione, articolato in cinque motivi, contro la IMI Sud

s.r.l., per la cassazione della sentenza n. 2149\2016, emessa dalla Corte d'Appello di Napoli e pubblicata il 26.5.2016.

Resiste con controricorso contenente anche un motivo di ricorso incidentale la debitrice Imi Sud s.r.l.

La Fin Money ha depositato controricorso avverso il ricorso incidentale avversario.

La causa è stata trattenuta in decisione una prima volta all'udienza del 28.2.2019, previa deposito di memoria da parte di Fin Money, quindi rinviata a nuovo ruolo per l'acquisizione del fascicolo del ricorso n. 8129\2017, nella prospettazione del ricorrente collegato al presente, e rifissata per l'udienza odierna, in relazione alla quale non sono state depositate memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente, va affrontata la questione relativa al giudicato esterno che, a dire della controricorrente, sarebbe scaturito dalle sentenze n. 750\2016 e 1391\2016 della Corte d'Appello di Napoli, la prima relativa al rapporto sostanziale, la seconda scaturente dalla opposizione all'esecuzione proposta dalla debitrice.

Rinviata la causa a nuovo ruolo per effettuare le opportune verifiche, deve escludersi l'intervenuta formazione di un giudicato esterno, in quanto l'impugnazione avverso la sentenza n. 750/2016 della Corte d'Appello di Napoli, definita da questa Corte con l'ordinanza n. 2239 del 2019, con la quale si dichiarava l'inammissibilità del ricorso, si riferisce ad analogo ma diverso contratto stipulato dalle parti, relativo a differente affare tra esse intercorso.

Analogamente, nessun giudicato atto ad influire sulla presente controversia può ricondursi alla sentenza n. 1391 del 2016 della Corte d'Appello di Napoli, dalla quale emerge l'esistenza di un vasto contenzioso tra le parti, che prende le mosse da svariati contratti, analoghi ma del tutto autonomi, che ha statuito sulla legittimità di un precetto intimato alla sentenza del Tribunale di Napoli n. 7495\2009.

2. - Sempre in via preliminare, il controricorso, depositato dalla debitrice controricorrente Imi Sud, diversamente da quanto asserisce la creditrice ricorrente Fin Money, riguarda questa controversia e non altra.

3. - Con il **primo motivo**, la società ricorrente Fin Money, cioè la creditrice, deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1284 terzo comma c.c. e dell'art. 1221 c.c.

Sostiene che l'art. 1284 individua una nullità che inerisce ad una patologia genetica del contratto, perché è nullo il contratto che addebita interessi ultralegali senza una specifica pattuizione scritta, e segnala che questa è la conseguenza determinata dalla sentenza d'appello, che, con la cessazione della indicazione del tasso base di riferimento indicato nel contratto, ha determinato una impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione.

4. - Con il **secondo motivo** la ricorrente denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo della controversia, in relazione alla rilevazione del *prime rate* e critica la decisione laddove, in sostituzione del *prime rate* perché non più rilevato dall'ABI, ha deciso di sostituirlo come base di calcolo con l'interesse legale, mentre invece avrebbe dovuto sostituirlo, compiendo una operazione di gran lunga più favorevole al creditore, con il tasso più favorevole praticato allo scoperto di conto ai migliori clienti (criterio equivalente al *prime rate* ed ottenibile a mezzo di un accertamento tecnico, o anche a mezzo della semplice consultazione delle riviste specializzate del settore). Sostiene che il giudice avrebbe potuto e dovuto rilevare il *prime rate* per il periodo dal 2005 in poi, facendo riferimento semplicemente a fonti diverse dall'ABI ugualmente diffuse ed attendibili, ma non avrebbe dovuto ritenere caducata per indeterminatezza quella parte della pattuizione degli interessi convenzionali.

5. - L'intervento del giudice di appello si è mosso sulla base di due diverse e concorrenti esigenze, che chiamano in causa sia l'art. 1284 c.c., che concerne la determinazione del saggio di interessi, sia l'art. 1384 c.c., che disciplina la riduzione anche d'ufficio della clausola penale, entrambi denunciati come violati dalla ricorrente: la corte d'appello ha dapprima preso in considerazione la clausola contrattuale specificamente sottoscritta dalle parti, avente ad oggetto la determinazione degli interessi convenzionali in una

misura pari al *prime rate* più 15 punti percentuali e ha rilevato che il tasso di base dal primo gennaio 2005 non avrebbe più potuto essere determinato facendo riferimento, come contrattualmente pattuito, al *prime rate* ABI, essendo un dato che da allora in poi l'ABI non ha più fornito.

In riferimento al venire meno della base di calcolo convenzionalmente fissata, la corte territoriale ha rilevato una indeterminatezza sopravvenuta della misura degli interessi e, sulla base del criterio fissato dall'art. 1284 secondo comma, c.c. lo ha rideterminato al tasso legale.

6. - Con i primi due motivi, congiuntamente esaminabili, la ricorrente si duole della legittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato la nullità della clausola contrattuale determinativa degli interessi.

La censura non coglie nel segno. I due motivi sono **infondati**.

6.1. - Le censure mosse in riferimento alla violazione dell'art. 1284 c.c. sono infondate in quanto la corte d'appello ha legittimamente ritenuto che fosse venuta meno, per indeterminatezza sopravvenuta, la base di calcolo alla quale le parti avevano calcolato la determinazione degli interessi e l'ha sostituita con gli interessi al tasso legale, come previsto dall'art. 1284 secondo comma c.c.. Non essendo più acquisibile il dato al quale le parti avevano inteso concordemente far riferimento per determinare la misura degli interessi e non potendo il giudice sostituirsi alla volontà delle parti nel determinare il contenuto contrattuale, correttamente ha affermato che sia caduta la clausola determinante gli interessi convenzionali e la misura del tasso base sul quale calcolare gli interessi dovesse essere sostituita dalla determinazione del tasso nella misura legale, prevista dall'art. 1284 secondo comma c.c.

6.2. - Una fattispecie analoga, tra le stesse parti, è stata già decisa da questa Corte con la sentenza n. 1674 del 2017, che ha dichiarato la nullità, per indeterminatezza sopravvenuta, della clausola laddove ragguaglia il parametro di base sul quale calcolare gli interessi al *prime rate*, parametro venuto meno, con conseguente indeterminabilità ed inevitabile nullità sul punto della pattuizione negoziale. La predetta sentenza condivisibilmente sul punto osserva: "*è dato pacifico, tuttavia, che dal 31 dicembre 2004 non sia stata più disponibile la rilevazione quindicinale del livello del prime rate medio del*

sistema bancario ad opera dell'ABI. Ciò ha indotto congruamente la Corte d'Appello di Napoli a ritenere che da tale momento non fosse più soddisfatto il requisito della forma scritta richiesto ad substantiam dall'art. 1284, comma 3, c.c., sotto il profilo della determinabilità del tasso di interessi convenuto, venendo a mancare il criterio prestabilito estrinseco di riferimento. Costituisce indubbiamente compito del giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione (nella specie non emergenti), apprezzare in fatto la sussistenza di indici o criteri di determinazione del tasso di interessi che, ancorché estrinseci, fossero esistenti per l'intera durata del rapporto e sicuramente accertabili mediante una mera operazione aritmetica. Essendo, poi, l'obbligo di corresponsione degli interessi un'obbligazione periodica e di durata, in quanto la relativa prestazione è suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo, è del tutto ammissibile che, ove intervengano mutamenti della situazione di diritto o di fatto incidenti sui patti contrattuali che determinano la misura degli interessi stessi, tali da cagionare, come nel caso in esame, l'indeterminatezza dell'oggetto, se non venga stipulato un nuovo accordo, gli stessi mutamenti comportano la nullità sopravvenuta della clausola contrattuale pur precedentemente conclusa (arg. da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9627 del 22/04/2009; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4093 del 25/02/2005)".

7. - Con il **terzo motivo** la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1384 c.c., anche in riferimento all'art. 2697 c.c., osservando che, se è ben vero che il giudice può decidere anche d'ufficio di ridurre la penale, ciò nondimeno questo potere possa essere legittimamente esercitato solo se la parte abbia correttamente allegato e provato i fatti dai quali risulti l'eccessività della penale stessa (e cita in questo senso Cass. n. 22747 del 2013) e comunque avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento.

8. - Con il **quarto motivo** deduce la violazione dell'art. 1384 c.c. sotto il diverso profilo della mancanza di una valutazione sulla eccessività o meno della clausola nel momento in cui essa fu pattuita: indica il vizio di violazione di legge nell'aver preso in esame l'eccessività al momento delle esecuzione del contratto e non nel momento genetico, della stipula del contratto.

9. - Entrambi i motivi, connessi, sono **infondati**.

9.1. - La ricorrente non contesta la qualificazione, operata dalla corte d'appello, della clausola laddove predeterminava la misura degli interessi dovuti in caso di inadempimento come clausola penale. Né contesta che il giudice avesse il potere di intervenire anche d'ufficio rideterminando la clausola penale per riportare in equilibrio le posizioni contrattuali.

Contesta invece che questo potere sia stato legittimamente esercitato, in quanto non avrebbe tenuto in conto l'interesse di entrambe le parti, ed in particolare l'interesse del creditore all'adempimento, illegittimamente sacrificato da una consistente riduzione della penale, e perché avrebbe valutato l'eccessività della clausola penale tenendo in considerazione la fase di esecuzione del contratto e non, come avrebbe dovuto, quella della sua stipula.

9.2. - I principi da seguire in caso di rideterminazione della clausola penale da parte del giudice non sono stati violati dalla corte di merito.

Va premesso che l'apprezzamento della eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, e della misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità se non negli aspetti relativi alla motivazione (da ultimo, Cass. n. 23750 del 2018).

Quanto all'idoneità della clausola, per come colmata dalle pattuizioni delle parti, ad alterare l'equilibrio del rapporto, questa Corte ha già segnalato che occorre guardare all'interesse di entrambe le parti, senza perder di vista l'interesse del creditore all'adempimento, tenendo conto dell'effettiva incidenza dell'adempimento sullo squilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, a prescindere da una rigida ed esclusiva correlazione con l'effettiva entità del danno subito (Cass. n. 17731 del 2015).

Quanto al momento, genetico o funzionale, al quale far riferimento, si è affermato che, al di là dell'espressione letterale utilizzata nell'art. 1384 c.c., non è sufficiente guardare al momento genetico del contratto, ma occorre guardare alla fase successiva della sua esecuzione (tant'è che si ammette che la domanda possa pacificamente essere proposta per la prima volta in appello,

se una consistente alterazione della posizione delle parti si è verificata a distanza della conclusione del contratto: v. Cass. n. 21297 del 2011).

Come ha precisato Cass. n. 21994 del 2012, infatti, ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola - come sembra indicare l'art. 1384 cod. civ., riferendosi all'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento - ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 cod. civ., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 cod. civ., impiegando il verbo "avere" all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto.

La lettura complessiva della sentenza rende palese come sia stata valutata la rilevanza della clausola penale anche ed innanzitutto in relazione all'interesse del creditore all'adempimento e si sia ritenuto, avuto riguardo al momento della stipula del negozio, che il risarcimento come predeterminato non potesse giustificarsi in alcun modo, realizzando di fatto, per come era stato consegnato, una illegittima locupletazione in danno del creditore (non a caso la penale è stata ritenuta illegittima tanto per la prevista rivalutazione che per l'aumento percentuale).

La clausola penale, destinata a regolamentare i rapporti tra le parti per un arco di tempo che si proietta nel futuro, era stata determinata in riferimento a un parametro di base variabile nel tempo conformemente all'andamento del mercato, ed è stata legittimamente rideterminata con riferimento a parametri altrettanto variabili (sicché perde anche di rilevanza, siccome riferita a clausola destinata ad operare nel tempo, la questione del momento cui riferire la valutazione di congruità).

10. - Infine, con il **quinto motivo di ricorso** la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1384 c.c. e critica direttamente la quantificazione operata dalla corte d'appello ed il criterio di quantificazione da essa prescelto, sostenendo che l'abbattimento che ne consegue è a sua volta un risultato iniquo, perché la corte territoriale da un importo pattuito pari al *prime rate* più 15 punti di interessi ha ridotto il tasso complessivo al tasso legale più 5 punti di interessi e quindi in totale da circa il 15 % a non oltre il 5,5 %.

Il motivo è inammissibile perché critica il risultato cui è prevenuta l'opzione interpretativa della corte d'appello senza addurre alcuna violazione di legge.

11. - Vi è poi il **ricorso incidentale** di IMI Sud s.r.l., che fornisce una propria, diversa e diretta interpretazione del contenuto da attribuirsi alla clausola penale, già proposta in appello e non condivisa dal giudice del provvedimento impugnato, nel senso che la maggiorazione pattuita in caso di inadempimento o di ritardo non fosse di 15 punti percentuali, ma di 15 centesimi di punto percentuale. Quindi, nella ricostruzione della debitrice, la clausola originaria prevedeva interessi al tasso base pari al *prime rate* oltre 15 centesimi di punto, e la corte d'appello l'avrebbe in concreto danneggiata rileggendo la pattuizione e dando ad essa un diverso contenuto, perché pur riducendo il tasso base al tasso legale, aveva posto a suo carico oltre ad esso 5 (così ridotti ex art. 1384 c.c.) punti percentuali anziché 5 punti base, pari a 5 centesimi di punto percentuale.

11.1. - Il motivo di ricorso incidentale è del tutto **inammissibile**, sia per la genericità dei riferimenti, sia perché ripropone una propria diversa lettura interpretativa diretta del contratto alla base della controversia tra le parti, attività non consentita in cassazione, ove è unicamente denunciabile la violazione delle norme sulla interpretazione dei contratti, qui neppure dedotta.

11.2. - Il riferimento ad altra sentenza della Corte d'Appello di Napoli in altro giudizio tra le stesse parti, definito con sentenza n. 1391 del 2016 passata in giudicato, che avrebbe condiviso questa linea interpretativa, è da un lato carente sotto il profilo dell'autonomia, perché la ricorrente incidentale allega il provvedimento richiamato, ma non ne riproduce nel ricorso incidentale

il cui contenuto nei suoi passi salienti. La sentenza richiamata, inoltre, non fa stato nel presente giudizio.

12. - Il ricorso principale è quindi rigettato, il ricorso incidentale è dichiarato inammissibile.

Stante la reciproca soccombenza, le spese di questo giudizio sono compensate.

13. - Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013 e le parti risultano soccombenti; pertanto, sono gravate dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile l'incidentale. Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale e per quello incidentale.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 26 febbraio 2020

Si dà atto che il presente provvedimento è sottoscritto dall'estensore anche nella