

Anno (XIII) 2024  
Gennaio - Aprile  
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

# IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA  
BRUNO INZITARI



## **DIRETTORE RESPONSABILE**

Bruno Inzitari

## **COMITATO DI DIREZIONE**

Enrico Al Mureden, Laura Baccaglini, Sonia Carmignani, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Marino Marinelli, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz, Abel Benito Veiga Copo

## **REDATTORE CAPO**

Martino Zulberti

## **COMITATO DI REDAZIONE**

Érico Andrade, Cristina Asprella, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

## **COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA**

Vincenzo Ansanelli, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corrarò, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muronì, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Andrea Caloni, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

[www.e-p-a-p.com](http://www.e-p-a-p.com)

email: [info@e-p-a-p.com](mailto:info@e-p-a-p.com)

## PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

## INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XIII) 2024 – N. 1 – Gennaio – Aprile

---

### ARTICOLI

|   |    |
|---|----|
| SONIA CARMIGNANI, <i>Antichi diritti, nuovi contenuti. L'enfiteusi ai tempi della sostenibilità</i> .....                   | 3  |
| GIOVANNI BATTISTA BARILLÀ, <i>Payment fraud in Italy and in the UK: Comparative Analysis and Prospects for Reform</i> ..... | 13 |
| BEATRICE ZUFFI, <i>Clausole abusive, intervento del giudice e principio del giudicato</i> .....                             | 38 |
| MICHELLE VANZETTI, <i>La compensazione nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza</i> .....                        | 51 |

### GIURISPRUDENZA

#### Sez. I – Note a Sentenza

|   |    |
|---|----|
| BRUNO INZITARI, <i>Lodo arbitrale straniero di accertamento del credito ed esclusione della vis attractiva fallimentare</i> ..... | 93 |
|---|----|

#### Sez. II – Osservatorio

|   |     |
|---|-----|
| Travisamento della prova – Nozione – Rimedi – Revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c. – Ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 4 e 5, c.p.c. – Ammissibilità – Presupposti e limiti: Corte di cassazione, Sez. Un. 5 marzo 2024, n. 5792 ..... | 100 |
| Liquidazione controllata – Domanda di apertura formulata dal debitore – Assenza di beni liquidabili – Irrilevanza: Tribunale di Ivrea, 4 marzo 2024, n. 7.....  | 100 |

## ANTICHI DIRITTI, NUOVI CONTENUTI. L'ENFITEUSI AI TEMPI DELLA SOSTENIBILITÀ<sup>1</sup>

SONIA CARMIGNANI  
Professore ordinario  
nell'Università di Siena

SOMMARIO. 1. Enfiteusi e miglioramenti. – 2. L'obbligo di miglioramento del fondo nell'era della sostenibilità. – 3. L'enfiteusi alla prova della tutela ambientale.

1. Un diritto antico e tuttavia longevo, testimone di un assetto economico e giuridico ormai lontano ma ancora presente con i suoi spesso non semplici profili interpretativi nell'attuale contenzioso.

Molteplici, infatti, le questioni che ancora si agitano nella giurisprudenza<sup>2</sup> e nella dottrina<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo riproduce il testo, con l'aggiunta di bibliografia essenziale, della lezione tenuta al Dottorato in Scienze Giuridiche, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Siena, in data 22 aprile 2024.

<sup>2</sup> Cfr., esemplificativamente, Cass. 6 novembre 2023, n. 30823, in *Foro it.*, 2024, I, 525, per la quale La prova del livello va data mediante il titolo costitutivo del diritto o l'atto di ricognizione, non potendosi attribuire rilievo ai dati catastali. Ritiene che il diritto potestativo dell'enfiteuta all'affrancazione prevalga sul diritto potestativo del concedente alla risoluzione del contratto per inadempimento, Cass. 13 giugno 2023, n. 16724, in *Riv. not.*, 2024, 49. V. anche Cass. 1 marzo 2023, n. 6127, in *Riv. Not.* 2023, II, 649 per l'affermazione che la prescrizione estintiva per non uso non può essere fatta valere da un confiteuta a proprio favore e a danno degli altri. Per un caso di subenfiteusi e di rapporto diretto tra proprietario e originari subenfiteuti, Cass. 20 settembre 2022, n. 27519, in *Foro it.*, 2023, 2, I, 571.

<sup>3</sup> Per limitarsi ai contributi più recenti, a titolo meramente esemplificativo, cfr. C. BONA, *In tema di subenfiteusi*, in *Foro it.*, 2023, I, 582; G. MUSOLINO, *Enfiteusi. La prescrizione per non uso*, in *Riv. not.*, 2023, 653 ss.; ID., *Miglioramenti e addizioni. Il rimborso delle spese in caso di enfiteusi*, *ivi*, 2023, 942 ss.; ID., *Enfiteusi. L'obbligo di migliorare il fondo rustico o urbano*, *ivi*, 2023, 6, 932 ss.; ID., *Possesso. Interversione e canone enfiteutico*, *ivi*, 2019, 1, 2, 167 ss.; V. FUCILLI, C. ACCIANI, *Enfiteusi, diritto reale di grande attualità: la determinazione del canone enfiteutico e del prezzo di affranco, alla luce di alcune innovative sentenze*, in *giustiziacivile.com*, 2019, 21; A. MAGNANI, *Il livello oggi enfiteusi: che vi sia ciascun lo dice, cosa sia-e come si cancelli- nessun lo sa*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1437 ss.; M. A. CASINO, *Prescrittibilità di censi e livelli in Notariato* 2017,4, 407 ss.; S. FILIPPO, *Le servitù costituite dall'enfiteuta: ratio e limiti strutturali*, in *Foro Napoletano*, 2013, 616 ss.

E' sufficiente pensare, a titolo meramente esemplificativo alle questioni in tema di prescrivibilità del diritto; alle relazioni tra il canone enfiteutico e diritto di affrancazione; alle relazioni tra il diritto potestativo dell'enfiteuta all'affrancazione e il diritto potestativo del concedente alla risoluzione del contratto per inadempimento; alla legittimazione del livellario ad agire in giudizio in caso di espropriazione illegittima; all'interversione nel possesso; all'operatività del divieto di subenfiteusi.

La testimonianza dottrinale e giurisprudenziale della persistente vitalità del diritto di enfiteusi porta a chiedersi, al di là dei singoli aspetti oggetto di contenzioso: cosa resta dell'antico diritto?<sup>4</sup> Quali le sue connotazioni nell'era della sostenibilità?

Quesito non peregrino, laddove si ponga attenzione al *proprium* del diritto di enfiteusi, ovvero l'obbligo, tra gli altri, posto in capo all'enfiteuta, di migliorare il fondo.

È, in proposito, giurisprudenza consolidata che elemento essenziale dell'enfiteusi, anche successivamente alle modifiche introdotte dalle leggi n.60/1966 e n. 1138/1970, è l'imposizione a carico dell'enfiteuta dell'obbligo di migliorare la precedente consistenza del fondo, che non si identifica né si esaurisce nel diverso obbligo di provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria. Laddove, infatti, come precisa la Cassazione nella pronuncia del 17 maggio 2022, n. 15822<sup>5</sup>, la manutenzione, sia essa ordinaria che straordinaria, ha lo scopo di impedire la perdita di valore dell'immobile, derivante dal logorio del tempo e dall'uso, il miglioramento del fondo può essere qualificato tale solo se aumenta il valore del fondo medesimo.

È forse superfluo evidenziare che il diritto-dovere dell'enfiteuta di migliorare il fondo si articola nei poteri propri dell'imprenditore agricolo di gestione dell'impresa e di organizzazione dell'azienda, ovvero i poteri che

---

<sup>4</sup> «Un antico rapporto agrario da connettere con tempi nuovi»: così G. PACE GRAVINA, *La terra e il codice: l'enfiteusi*, Milano, 2023. Cfr. ID., *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, 42, 435 ss.

<sup>5</sup> In *Giust. Civ. Mass.*, 2022. Cfr. Cass. 14 aprile 2022, n. 12206, in *Riv. not.*, 2022, 940 ss., che evidenzia come l'art. 975, comma 1, c.c., secondo cui l'enfiteuta, al termine del rapporto, ha diritto al rimborso dei miglioramenti apportati, nella misura dell'aumento di valore conseguito dal fondo per effetto dei miglioramenti stessi, quali risultino accertati al momento della riconsegna, si applica solo ai miglioramenti che si collocano nell'ambito del rapporto di enfiteusi e che, essendo ancora esistenti alla data della riconsegna, si traducono in un valore economico direttamente o indirettamente riconducibile alla legittima attività dell'enfiteuta (o dei suoi danti causa), e non anche ai miglioramenti realizzati dopo la cessazione del rapporto, nel tempo in cui l'enfiteuta abbia conservato di fatto il possesso materiale del bene, per i quali, invece, risultano applicabili i criteri generali previsti dall'art. 1150 c.c.

attengono alla libertà di esercizio dell'impresa agricola, alla determinazione delle colture da praticare, ai tempi e ai modi di conduzione del fondo, al potere di modificare l'ordinamento colturale quando si traduca in un incremento di valore del fondo stesso.

Così come i poteri di organizzazione aziendale si esercitano sia sui beni diversi dal terreno oggetto di contratto, sia sul fondo medesimo, alla condizione che la separazione tra il dominio diretto e il dominio utile deve contemperarsi necessariamente con il diritto del concedente di riavere la terra concessa in enfiteusi con valore incrementato.

Indubbio che l'obbligo dell'enfiteuta di migliorare il fondo, aumentandone il valore, nella codificazione del 1942 assumesse il volto della gestione produttiva, con incremento della produttività della terra, rispondendo a quegli obiettivi di razionalità dello sfruttamento del suolo di cui all'art. 44 Cost, per lungo tempo consistenti nella massimizzazione della produzione e nell'evitare che i fondi fossero lasciati incolti e abbandonati<sup>6</sup>.

Oggi, che viviamo nell'era della sostenibilità<sup>7</sup>, è possibile ancora affermare la persistente validità di simile lettura del contenuto dell'obbligo di migliorare il fondo?

Necessario, al riguardo, uno sguardo agli orientamenti della nuova Politica Agricola Europea (PAC).

2. – Per il periodo 2023-2027, la nuova Politica Agricola Comune si fonda su dieci obiettivi chiave, incentrati su aspetti sociali, economici, ambientali<sup>8</sup>.

In particolare, l'architettura ambientale della PAC si muove tra condizionalità, norme c.d. BCAA (Buone Condizioni Agronomiche Ambientali) e regimi ecologici. È rivolta ad obiettivi sfidanti in materia di qualità dell'acqua, protezione del suolo, tutela della biodiversità e mitigazione dei cambiamenti climatici, compresa la riduzione delle emissioni di gas serra e il miglioramento della resilienza dei sistemi di produzione alimentare, affiancandosi agli obiettivi già espressi dal Green Deal, dalla strategia Farm to Fork, dalla Strategia europea sulla biodiversità, dal Quadro europeo per il clima, dalla Legge Europea sul clima.

---

<sup>6</sup> Sull'art. 44 Cost., per tutti, E. ROOK BASILE, *Introduzione al diritto agrario*, Torino, 1995.

<sup>7</sup> Per le relazioni tra sostenibilità e agricoltura, S. MANSERVISI, *La sostenibilità*, in L. COSTATO, F. ALBISINNI (diretto da), *Trattato breve di Diritto agrario italiano e dell'Unione Europea*, Milano, 2023, 83, 170 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, in una prospettiva generale, si rinvia a L. RUSSO, *La PAC dal 2023: le azioni sul primo e sul secondo pilastro*, in L. COSTATO, F. ALBISINNI (diretto da), *Trattato breve di Diritto agrario italiano e dell'Unione Europea*, cit., 45, 81 ss.

La nuova PAC è incentrata sull'obiettivo di migliorare lo sviluppo sostenibile dell'agricoltura, promuovendo un settore agricolo intelligente, competitivo, resiliente e diversificato, sostenendo e rafforzando la tutela dell'ambiente, compresa la biodiversità, e l'azione per il clima, rafforzando il tessuto socio economico delle zone rurali.

Ai sensi dell'art. 12 del Reg. UE n. 2115/2021, gli Stati membri sono chiamati ad includere nei propri piani strategici, di attuazione della PAC, un sistema di condizionalità<sup>9</sup>. Gli agricoltori beneficiari dei pagamenti diretti sono destinatari di una sanzione amministrativa se l'attività svolta non è conforme ai criteri di gestione obbligatori previsti dal diritto dell'Unione Europea e alle norme c.d. BCAA relativamente al clima e l'ambiente, compresi l'acqua, il suolo e la biodiversità degli ecosistemi, la salute pubblica e delle piante e il benessere degli animali.

Il successivo art. 13 impone agli Stati di provvedere affinché tutte le superfici agricole, ivi comprese le terre che non sono più utilizzate a fini produttivi, siano mantenute in buone condizioni agronomiche e ambientali.

Inoltre, ai sensi dell'art. 70, agli Stati è fatto obbligo di includere nei piani strategici di attuazione della PAC i c.d. impegni agro-climatico-ambientali, prevedendo la concessione di pagamenti agli agricoltori che assumano volontariamente impegni di gestione ambientale che vanno sia al di là dei requisiti di gestione obbligatoria e delle norme BCAA, sia delle condizioni stabilite per il mantenimento della superficie agricola in uno stato che la renda idonea al pascolo o alla coltivazione senza interventi preparatori che vadano oltre il ricorso ai metodi e ai macchinari agricoli consueti.

A tale ultimo riguardo, deve essere, infine, evidenziato, che l'art. 4, comma 2, definisce l'attività agricola non solo come l'attività di produzione di prodotti agricoli che comprende azioni quali l'allevamento di animali o la coltivazione, ma anche il mantenimento della superficie agricola in uno stato che la renda, appunto, idonea al pascolo o alla coltivazione senza interventi preparatori che vadano oltre il ricorso ai metodi e ai macchinari agricoli consueti

---

<sup>9</sup> In argomento, L. RUSSO, *Le "nuove" misure agroambientali della PAC 203-2027: quali novità?*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, 142 ss.; F. MARTELLONI, *I benefici condizionati come tecniche promozionali nel Green New Deal*, in *Lavoro e diritto*, 2022, 293 ss.. V. anche I. CANFORA, V. LECCESE, *La sostenibilità sociale nella nuova PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, 110 ss. Cfr. S. MASINI, *"Greening" e adempimento degli obblighi di condizionalità ambientale da parte delle imprese*, *ivi*, 2020, 140 ss.



Non deve, inoltre, sfuggire che il regime degli aiuti è diretto non solo agli agricoltori, ma anche a figure che nei Regolamenti europei di riforma della PAC sono nominate come «altri beneficiari».<sup>10</sup>

<sup>10</sup> *Prima facie*, si potrebbe pensare che i soggetti competenti siano riconducibili a due categorie distinte: la prima, costituita dagli imprenditori agricoli, la seconda costituita da soggetti diversi. In particolare, da un lato, si pongono gli imprenditori agricoli, i quali possono svolgere attività ambientali non solo come attività connessa, ma anche come attività principale. Nella direzione della configurabilità di una attività agricola principale di servizi si pongono tre considerazioni: la prima è che lo svolgimento dell'attività ambientale ben potrebbe essere o divenire l'attività prevalente dell'agricoltore, risultando le attività di coltivazione o di allevamento assolutamente marginali. La seconda è che per la Comunità europea l'attività di coltivazione può tradursi anche in un *non facere* qualificato, ovvero una non coltivazione a patto di mantenere il terreno in buone condizioni: così che il non coltivare, unitamente alla stipula di un contratto agroambientale, spinge l'agricoltore verso lo svolgimento esclusivo di una attività di conservazione a carattere ambientale. La terza è che la Comunità medesima mostra di collocare su un piano di equiordinazione le attività produttive e le attività ambientali dell'imprenditore agricolo, senza che l'una sia subordinata all'altra. In questa prospettiva cfr. L. COSTATO, *La riforma della PAC del 2003*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, I, 387; S. SEVERINI, *La condizionalità ambientale nella politica dell'UE*, in *Questione agraria*, 2003, 109; F. ALBISINNI, L. COSTATO, A. GERMANÒ, *L'attuazione in Italia della riforma della PAC 2003*, in *Dir. giur. Agr. amb.*, 2004, 525; D. BIANCHI, *La condizionalità dei pagamenti diretti o della responsabilità dell'agricoltore beneficiario dei pagamenti diretti nell'ambito della PAC*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2003, 597; ID., *Riforma della Politica agricola comune. I nuovi strumenti della PAC: condizionalità, modulazione e disciplina finanziaria*, in E. CASADEI, G. SGARBANTI (a cura di), *Il nuovo diritto agrario comunitario*, Milano, 2005, 57; L. CASINI (a cura di), *Riforma della Pac e multifunzionalità: l'agricoltura tra nuove sfide e nuove opportunità*, in *Riv. economia agr.*, 2005, 2. Sulla connotazione ambientale dell'agricoltura nella politica comunitaria, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Diritto agrario*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006. D'altro lato sembrerebbero porsi gli «altri gestori del territorio», ovvero soggetti che svolgono come attività principale la cura e la valorizzazione del territorio e dell'ambiente, indipendentemente da ogni legame con l'esercizio dell'agricoltura. Si tratterebbe, dunque, di soggetti non imprenditori agricoli, i quali, se svolgono l'attività ambientale in modo professionale ed organizzato, sono imprenditori, imprenditori commerciali. Se ci si pone in questa prospettiva, e se si ricorda che le misure agroambientali comportano il pagamento di una somma di denaro a fronte della prestazione dei servizi ambientali, si dovrebbe anche concludere che imprenditori commerciali possano essere destinatari di finanziamenti pubblici, e ciò in violazione delle norme in materia di concorrenza. Preme qui solo evidenziare che sembra opportuno accedere ad una diversa ricostruzione, per la quale la formula europea «gli agricoltori» rimanda alla tradizionale figura degli imprenditori agricoli come produttori di beni, laddove, invece, la formula «gestori del territorio» rappresenta una espressione atecnica per indicare le attività non tradizionali dell'imprenditore agricolo, cioè le attività non di produzione di beni ma di prestazione dei servizi di conservazione e valorizzazione del territorio. In

Gli aiuti sono, cioè, diretti a due categorie di soggetti: all'agricoltore, ovvero a colui che la tradizione identifica nel soggetto produttore, sia esso allevatore o coltivatore; e all'agricoltore non produttore, cioè ad una inedita figura di produttore agricolo che il legislatore europeo considera meritevole dei sostegni pubblici non in quanto produce beni, ma in quanto mantiene la natura agraria del terreno.

L'obbligo di conservare la destinazione all'agricoltura del fondo non coltivato evidenzia la finalità marcatamente ambientalista della nuova PAC, la quale consegna, dunque, all'interprete due figure di agricoltori: l'agricoltore produttore, che, *ex artt.* 2082 e 2135 c.c., esercita una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni, e un agricoltore "conservatore", che non produce beni ma che esercita una attività economica organizzata al fine di conservare l'ambiente.

Una notazione è d'obbligo. L'erogazione dell'aiuto è subordinata ad una condizionalità ambientale che è, al tempo stesso, una condizionalità aziendale. L'aiuto è, invero, pagato all'agricoltore storico che, già in possesso di una struttura aziendale, è incentivato a conservare l'ambiente mantenendo il terreno come base aziendale, dunque conservando la struttura produttiva.

In tale contesto deve essere collocato il dovere dell'enfiteuta di migliorare il fondo. Se il miglioramento ha rimandato e ancora rimanda ad un incremento di valore legato alla gestione produttiva, gli obiettivi di sostenibilità che permeano la nuova PAC aprono nuove frontiere al significato di "miglioramento".

L'attività dell'imprenditore enfiteuta come *facere*, legata alla produzione di beni, si affianca ad una diversa accezione di attività che, pur sempre connotata dal *facere*, si discosta dalla realizzazione di una serie di atti diretti alla produzione, per connotarsi come attività di conservazione. L'operosità propria dell'enfiteuta diventa una operosità rivolta al non sfruttamento delle risorse naturali in vista della loro perpetuazione, tramite la sospensione del "fare beni" a vantaggio della conservazione del bene aziendale terra e, con essa, di una produzione di ambiente.

L'era della sostenibilità disegna, cioè, un enfiteuta imprenditore agricolo la cui operosità produttiva percorre sia il sentiero della produzione, sia quello della non produzione, dove, però, il *facere*, riferito alla coltivazione e all'allevamento, diventa un *aliud facere*, ovvero un *facere* ambientale, per la

---

quest'ottica, le misure agroambientali segnalano che l'unico soggetto competente a svolgere servizi ambientali è l'imprenditore agricolo, il quale può svolgere tali attività sia come attività connessa che come attività principale.

via dell'obbligo del mantenimento delle buone condizioni agronomiche ed ambientali del terreno<sup>11</sup>.

Il miglioramento enfiteutico allora, non può dirsi solo incremento della produttività, ma anche, alla luce delle norme europee, all'opposto, non produzione. Conservando la superficie agricola in uno stato agronomico e ambientale che la renda idonea al pascolo o alla coltivazione senza interventi preparatori che vadano oltre il ricorso ai metodi e ai macchinari agricoli consueti, ai fini dell'erogazione degli aiuti, l'imprenditore agricolo enfiteuta pone l'accento su un diverso modo di svolgere l'impresa.

La cura del ciclo biologico, richiesta dall'art. 2135 c.c. per aversi imprenditore agricolo, come cura del ciclo della vita è finalizzata non solo alla produzione di beni destinati all'alimentazione, ma anche ad un *aliud facere*, cioè alla produzione di ambiente.

In altri termini, appartiene oggi al nuovo corso dell'enfiteusi non solo e non tanto il miglioramento come incremento della produttività nel senso dell'incremento della quantità prodotta, quanto, piuttosto, il miglioramento come incremento di valore legato all'essere il terreno un bene ambientale, da conservare non producendo ma mantenendo in buone condizioni.

Quando l'art. 44 Cost. impone la razionalità dello sfruttamento del suolo, segnala che l'attività primaria deve essere diretta a gestire ogni potenzialità del suolo in un'ottica di solidarietà intergenerazionale.

L'attività agricola, esercitata dall'enfiteuta, risponde oggi ad istanze complesse, dove il profilo tradizionalmente produttivo si accompagna a profili più ampi, che abbracciano l'area della tutela dei diritti fondamentali della persona alla vita, alla qualità della vita, alla salubrità ambientale, alla conservazione delle risorse in vista delle generazioni presenti e future, come gli obiettivi della sostenibilità richiedono.

3. – Dunque un terreno, oggetto di contratto, non solo come bene produttivo da migliorare ma come bene ambientale da incrementare nel suo valore, conservandone le potenzialità nell'interesse non solo dell'enfiteuta e del proprietario ma, occorre aggiungere, anche della collettività.

La sostenibilità, cioè, delinea l'atteggiarsi dell'enfiteusi oggi in termini di un diritto che non esaurisce più la sua peculiarità nella scissione dei diritti tra proprietario ed enfiteuta, nell'articolazione nota tra dominio diretto e dominio utile, ma richiede una nuova lettura dell'art. 810 c.c. nella prospettiva dell'appartenenza e del godimento di beni comuni.

---

<sup>11</sup> Cfr. S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Torino, 2012.

Infatti, riguardato dall'angolo visuale dell'art. 810 c.c., il fondo è punto di riferimento oggettivo di considerazione giuridica collegata a diritti soggettivi. Se il diritto è tutela di interessi, è l'attitudine della cosa a soddisfare un interesse dell'individuo, e, dunque, ad entrare nella sua sfera giuridica in termini di proprietà o di godimento a qualificare il terreno come bene.

Tuttavia, la considerazione del fondo come bene comune deve indurre a ripensare i "diritti" ex art. 810 c.c. non più tanto e solo dall'angolo visuale delle posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla proprietà e all'impresa, quanto, piuttosto dal diverso angolo visuale dei diritti della collettività. In quanto bene ambientale, il terreno è, infatti, anche oggetto della pretesa collettiva alla sua difesa.

Nella misura in cui la tutela del fondo è connessa con i diritti fondamentali dell'individuo alla salute e alla qualità della vita, la riflessione sul bene ambientale e, come tale, bene comune-terreno non può prescindere dalle conseguenze che la sua qualificazione giuridica produce sull'area dei diritti della personalità, i cui tradizionali confini subiscono una dilatazione, fino a comprendere «beni» rimasti nel passato estranei alla logica del dominio. Il suolo come bene comune infrange le categorie tradizionali, reclamando una costruzione nuova delle categorie giuridiche soggettive<sup>12</sup>.

È, in proposito, noto che il cammino dei diritti soggettivi ha conosciuto la protezione dipendente dall'esistenza di beni non aperti al godimento di tutti. Dal concetto giuridico di bene esulano le *res communes omnium*, così che rimane fuori dalla riflessione sul diritto soggettivo tutto ciò che appare di godimento così generalizzato da non esigere protezione specifica. Tradizionalmente, il diritto soggettivo si costruisce nella logica proprietaria, accordando protezione a quei beni, suscettibili di appropriazione o di godimento individuale, tali da ricevere apprezzamento economico.

La considerazione in termini patrimoniali della persona, dei suoi beni e, dunque, delle situazioni giuridiche soggettive a questi legate, reclama un ripensamento nell'era della sostenibilità.

Non si tratta, si osservi, di pretermettere la categoria del diritto soggettivo per fare spazio a quella dell'interesse diffuso. Si tratta, invece, di ridisegnare i confini e i contenuti dell'appartenenza e del godimento. E ciò alla luce di una mutata valutazione dei rapporti tra uomo e ambiente, che diviene materia di pretese individuali e collettive, dirette a difendere le risorse naturali e a promuoverne la perpetuazione e la valorizzazione.

---

<sup>12</sup> Cfr. A. GEMANÒ, D. VITI (a cura di), *Agricoltura e "beni comuni"*, Milano, 2012.

Ne deriva che beni estranei al modello proprietario sono percepiti, reclamati e protetti da tutti e da ciascuno come beni propri, pur in una logica estranea a quella del dominio, sia esso diretto od utile.

La percezione, prima ancora della sua qualificazione giuridica, del fondo come bene comune conduce a modificare l'approccio alla categoria del diritto soggettivo. La pretesa alla tutela valica i confini del singolo, per aprirsi anche a beni, quelli ambientali, situati al di fuori della sua sfera proprietaria in senso tecnico, ma ugualmente di sua "proprietà" in accezione atecnica, perché beni essenziali all'esistenza stessa dell'individuo e del genere umano.

Nella prospettiva aperta dai beni comuni, gli interessi individuali, sono subordinati all'interesse della collettività. Il fondo si delinea non solo come bene oggetto di appartenenza e di godimento riferibile ad un soggetto determinato, bensì quale punto di riferimento di una relazione qualitativa di partecipazione della collettività alla gestione e al suo controllo.

L'approccio al terreno come bene comune determina, cioè, la costruzione di un sistema che pone al centro della riflessione giuridica le esigenze della collettività, legate al bene da un rapporto di compenetrazione e non più, dunque, l'oggetto da un lato e il soggetto dall'altro.

Il venir meno della dicotomia oggetto-diritto individuale stempera, se non annulla, la distinguibilità tra soggetto e oggetto, instaurando una complementarità tra bene comune e collettività nella quale il primo è parte della seconda e viceversa.

Alla luce degli obiettivi della sostenibilità e della configurazione dei beni comuni, il rapporto enfiteutico mal si appiattisce sulla tradizionale dicotomia tra domini, vedendo l'ingresso nella relazione proprietario-enfiteuta di un terzo, per così dire, soggetto, ovvero la collettività, titolare di un altro tipo di dominio, connesso al governo partecipato dei beni comuni, al controllo sulla sua gestione, nell'interesse delle generazioni presenti e future.

In definitiva, se la prospettiva aperta dai beni comuni è quella che, non più riducibile alla sola sfera del diritto individuale, imputa le pretese di tutela in capo all'intera collettività, la finalità dell'art. 44 Cost di stabilire equi rapporti sociali, come creazione di un sistema di partecipazione di tutti alla gestione di beni di interesse pubblico, si salda con quella dell'art 43 Cost.<sup>13</sup>

L'utilità generale di conservazione del fondo come bene comune può essere perseguita non solo vincolando l'enfiteuta all'incremento del valore

---

<sup>13</sup> Per uno spunto in questo senso, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, 106.

del fondo, nell'accezione anche ambientale imposta dalla PAC, ma altresì imputando alla "comunità di utenti" la partecipazione alla gestione del suolo svolta dall'imprenditore enfiteuta, in termini di controllo dell'uso di un bene comune.

Così che l'enfiteuta, nell'esercizio del suo diritto e dell'attività economica, si configura oggi, nell'era della sostenibilità, come prestatore di un servizio pubblico essenziale.

-----

*Abstract*

#### **ANCIENT RIGHTS, NEW CONTENTS. ENPHYTEUSIS IN THE TIME OF SUSTAINABILITY**

La testimonianza dottrinale e giurisprudenziale della persistente vitalità del diritto di enfiteusi porta a chiedersi, al di là dei singoli aspetti oggetto di contenzioso, cosa resta oggi dell'antico diritto e quali sono le sue connotazioni nell'era della sostenibilità, soprattutto laddove si ponga attenzione al *proprium* del diritto di enfiteusi, ovvero l'obbligo, tra gli altri, posto in capo all'enfiteuta, di migliorare il fondo. L'obbligo dell'enfiteuta di migliorare il fondo, aumentandone il valore, che nel codice civile ha assunto il volto dell'incremento della produttività della terra, deve confrontarsi con gli obiettivi della sostenibilità, verificando se e come tali obiettivi consentano o meno di affermare la persistente validità di una simile lettura.

\*\*\*

*The doctrinal and jurisprudential testimony of the persistent vitality of the right of emphyteusis leads us to ask ourselves, beyond the individual aspects subject to litigation, what remains of the ancient law today and what are its connotations in the era of sustainability, especially where attention is paid to the proprio of the right of emphyteusis, i.e. the obligation, among others, placed on the emphyteutist, to improve the land. The emphyteutist's obligation to improve the land, increasing its value, which in the civil code has taken on the aspect of increasing the productivity of the land, must be compared with the objectives of sustainability, verifying whether and how these objectives allow or not to affirm the persistent validity of such a reading.*

-----

## PAYMENT FRAUD IN ITALY AND IN THE UK: COMPARATIVE ANALYSIS AND PROSPECTS FOR REFORM

GIOVANNI BATTISTA BARILLÀ

*Professore associato  
nell'Università di Bologna*

SUMMARY: 1. Digital payment fraud and COVID-19 pandemic. – 2. From unauthorised to authorised fraud: rise in app fraud. – 3. Comparative analysis of payment fraud statistics in Italy and the UK. – 4. Payment fraud overview. – 5. Managing compliance expenses. – 6. UK legal framework. – 7. Corporate criminal liability and “failure to prevent fraud”. – 8. PSR’s APP fraud reimbursement requirement. – 9. Gross negligence as the customer standard of caution. – 10. Italian legal framework. – 11. New EU rules on payment fraud. – 12. Conclusion. <sup>1</sup>

1. – Comparing payment fraud rates across different countries is challenging due to the underreporting of fraud incidents and the use of different parameters. However, the Social Market Foundation (SMF) discovered that, when compared to other European countries, pre-pandemic, the UK had the highest rate of card fraud victims per 1000 persons and suffered the greatest financial losses, with Italy having significantly lower averages than its EU counterparts <sup>2</sup>. The UK has emerged as a particularly attractive target for digital payment fraud due to various long-term factors – globalisation, its status as an English language hub, rapid digitisation, and short-term ones – the COVID-19 pandemic, the ongoing cost of living crisis, the emergence of crypto assets, and the UK’s early adoption of the Faster Payments Service (FPS) <sup>3 4</sup>. This trend is not confined to the UK alone. European countries, including Italy, have experienced increasing digital payment fraud, albeit with a slight time delay compared to the UK.

---

<sup>1</sup> The opinions of experts in the banking world are quoted anonymously.

<sup>2</sup> R. KAPOOR, *UK Is Card Fraud Capital of Europe* (Social Market Foundation, 3 August 2022), <https://www.smf.co.uk/uk-is-card-fraud-capital-of-europe-think-tank>.

<sup>3</sup> The Faster Payment Service (FPS), launched in 2008 and operated by Pay.UK, allows individuals with UK bank accounts to send money to almost any other UK account, enabling near-instantaneous transfers 24/7.

<sup>4</sup> Pay.UK, *Faster Payment Service Principles* (2023) Version 7.6, 31/01/2023 <https://www.wearepay.uk/wp-content/uploads/2023/02/Pay.UK-Faster-Payments-Service-Principles.pdf>.

During the pandemic, there was a notable surge in fraudulent activities, driven by the increased usage and greater exposure of customers to digital services. However, the banking sector managed to perform well by implementing various initiatives to mitigate and tackle the rising fraud and cyber threats.

While digitalisation has been progressing rapidly over the last two decades, the COVID-19 pandemic served as a catalyst for the proliferation of payment fraud and significantly impacted consumer behaviour. Fraud rates rose during lockdowns and the pandemic created an environment ripe for fraudsters to exploit, particularly with new-to-digital consumers and increased vulnerabilities and anxieties. The consequences of the pandemic are expected to have a lasting effect due to the adoption of changed habits, and a return to pre-pandemic norms is improbable <sup>5</sup>.

2. – Recently, there has been a significant and exponential rise in authorised fraudulent transactions, often referred to as «scams». This transition from unauthorised to authorised fraud, initially observed in the UK and subsequently in Italy and other European countries during the pandemic, presents a challenge due to the widespread use of sophisticated social engineering tactics, in contrast to the more conventional and consolidated unauthorised fraud practices <sup>6</sup>.

In recent times, there has been a notable transition, not only during the pandemic but also predating it in the UK, where the focus has shifted from actual fraud to scams, making scams the predominant occurrence. This trend towards scams is also evident in both the European and Italian contexts <sup>7</sup>.

One of the most prevalent forms of authorised payment fraud is known as Authorised Push Payment (APP) fraud, relying heavily on social engineering techniques, as detailed in the upcoming chapter's case study on emerging tactics. It involves manipulating individuals or businesses into sending money or sensitive information to criminals who impersonate legitimate payees, leading the victims to unwittingly authorise fraudulent transfers <sup>8</sup>. APP fraud has significant repercussions within the banking sector, as it hinges on deceiving victims into transferring funds under false pretences: sending money to a different recipient or for a different purpose

---

<sup>5</sup> M. LEVI, R. G. SMITH, *Fraud and Pandemics*, (2022) 29, *Journal of Financial Crime*, <https://doi.org/10.1108/JFC-06-2021-0137>.

<sup>6</sup> HM Government (n 2).

<sup>7</sup> Interview Head of Cybersecurity ID, Italian Bank.

<sup>8</sup> FCA HANDBOOK, <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook>.



than what the victim initially believed<sup>9</sup>. Although APP fraud data has started to be collected relatively recently, in 2017, the trends over time indicate that this type of scam is experiencing exponential growth, worsened by the COVID-19 pandemic and the use of faster payments<sup>10</sup>.

Detecting and preventing APP fraud poses significant challenges. As Jordanoska documented, warning signs that a customer may be falling victim to an APP scam include rapid transactions occurring within a brief timeframe, originating from a seldom-used bank account with minimal prior withdrawals. While the obstacles in thwarting and identifying these scams stem from various factors. These encompass the underlying social engineering tactics used to manipulate victims, the voluntary nature of the victim's actions within the scam, the increasing complexity of scam scripts, and the proliferation of real-time and expedited payment systems that facilitate substantial fund transfers with limited scrutiny<sup>11</sup>.

3. – This section analyses payment fraud dynamics in Italy and the UK, primarily using the latest available data from 2022 to identify similarities and differences in their fraud trends, suggesting that Italy is following the UK's main fraud patterns, albeit with a slight time delay. Understanding the vulnerabilities exploited by fraudsters in each country enables more effective resource allocation for defensive mechanisms, but year-on-year comparisons have limitations as they provide snapshots rather than comprehensive depictions of the intricate fraud dynamics<sup>12</sup>.

In the UK, a comprehensive dataset on fraud incidents is compiled from the National Fraud Intelligence Bureau (NFIB), which gathers information through Action Fraud, Cifas, and UK Finance, ensuring robust data triangulation. On the other hand, Italy primarily relies on the annual CERTFin report<sup>13</sup>, with additional minor contributions from public bodies like UCAMP<sup>14</sup> within the Ministry of Economy and Finance (MEF)<sup>15</sup>. At the

<sup>9</sup> PSR, *APP Scams*, (August 2023), <https://www.psr.org.uk/our-work/app-scams/>.

<sup>10</sup> A. JORDANOSKA, *The Management of Financial Crime Risks by Financial Technology Companies (FinTechs)*, Unpublished Extended Project Report (2022).

<sup>11</sup> A. JORDANOSKA, *ibid*.

<sup>12</sup> M. LEVI, *Written Evidence (FDF0042)*, 2022, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/108054/pdf/>.

<sup>13</sup> The writer acknowledges the Italian CERTFin for generously sharing their latest payment fraud reports, typically restricted to members.

<sup>14</sup> The Italian Central Means of Payment Antifraud Office (Ufficio Centrale Antifrode dei Mezzi di Pagamento).

<sup>15</sup> MEF UCAMP, *Rapporto statistico sulle frodi con le carte di pagamento 2021*, n. 11/2021, [https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti\\_it/antifrod](https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/antifrod)

European level, the European Central Bank (ECB) and the European Payments Council also issue annual reports on card fraud and payment threats. The UK possesses richer and more diverse data for cross-referencing, yet non-comparable parameters and varying focus on different fraud sectors often create a confusing overall picture, while Italy's more straightforward and less scattered fraud data landscape lacks cross-referencing.

More fraud data is always valuable, but concerns continue about its reliability, due to self-reporting and underreporting, and sector-specific stats resulting in gaps, biases, and a fragmented fraud landscape. Comprehending the issue's magnitude and its enabling factors remains elusive, necessitating reliance on anecdotal rather than statistical evidence <sup>16</sup>.

4. – In 2022, the fraud landscape in Italy and the UK indicates a return to pre-pandemic levels, suggesting pandemic-related spikes in fraud incidents may have been temporary rather than lasting shifts in underlying trends. Italy experienced its most successful year in combating payment fraud in 2022 since before the pandemic, with the CERTFin report <sup>17</sup> indicating a reduced number of “finalised” frauds when comparing 2022 to 2021 (down by 6% in quantity and 8% in amount). In Italy, the Retail segment remains disproportionately affected by fraudulent transactions, constituting about 95% of the total, of which 65% authorised fraud. Whereas in the Corporate sector, unauthorised fraud accounted for 62% of cases. Finally, in a European context, Italy consistently maintained a lower card fraud rate than the Single Euro Payments Area (SEPA) average, while the UK often surpassed it <sup>18</sup>.

Our bank aligned with findings from the Italian 2023 CERTFin report and worldwide trends in fraud. During the pandemic, fraud escalated in scale and frequency. The banking industry reacted with anti-fraud protocols, yielding significant post-pandemic reductions in attacks.

The Crime Survey for England and Wales (CSEW) for the year ending March 2023 revealed a total of 3.65 million fraud offences (40% of total crime

---

e\_mezzi\_pagamento/antifrode\_mezzi\_pagamento/Rapporto-statistico-sulle-frodi-con-le-carte-di-pagamento-edizione-2021.pdf.

<sup>16</sup> Interview Financial Crime Expert, Think Tank.

<sup>17</sup> CERTFin (n 3).

<sup>18</sup> BANCA D'ITALIA, *Le frodi con carte di pagamento: andamenti globali ed evidenze empiriche sulle frodi online in Italia*, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni>.

in the UK)<sup>19</sup>. When compared to 2021, 2022 UK's payment fraud losses decreased by 8%, while fraud cases by 4%, with a shift towards authorised fraud (54% of the total in 2022)<sup>20</sup>. Cifas data revealed a significant 68% of all fraud cases as identity fraud in the UK in 2022, alongside notable increases in advance fee fraud, misuse of facilities and false application fraud<sup>21</sup>.

#### a) Fraud Vectors

In 2022, communication channels, primarily phone calls and SMS, accounted for nearly 70% of cases in Italy. Retail customers face 90% of fraud through customer manipulation (authorised fraud), while corporate customers encounter Business Email Compromise (BEC) in nearly half of all fraud cases<sup>22</sup>. Shifting to the UK, online sources drive 78% of fraud cases, mainly lower-value purchase scams, accounting for 36% of total losses. Meanwhile, telecommunications account for 18% of cases, typically involving higher-value impersonation scams, contributing to 44% of total losses<sup>23</sup>.

#### b) Fraudulent Payment Types

In both Italy and the UK, instant payments take centre stage in 2022 due to their operational attributes. In Italy's Retail sector, SEPA Instant Credit Transfer (SCT) is implicated in over 40% of fraud cases, with an even higher percentage in the corporate sector (70%)<sup>24</sup>. Turning to the UK, in 2022 Faster Payments accounted for 98% of APP fraud cases, with mobile banking as the dominant payment channel (59% of volume)<sup>25</sup>.

#### c) Victim Demographics

---

<sup>19</sup> ONS *Crime in England and Wales: Year Ending March 2023*, <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/bulletins/crimeinenglandandwales/yearendingmarch2023>.

<sup>20</sup> UK *Finance 2022 Annual Fraud Report*, [https://www.ukfinance.org.uk/system/files/2023-05/Annual%20Fraud%20Report%202023\\_0.pdf](https://www.ukfinance.org.uk/system/files/2023-05/Annual%20Fraud%20Report%202023_0.pdf).

<sup>21</sup> CIFAS *Fraudscape 2023*, <https://www.fraudscape.co.uk/>.

<sup>22</sup> CERTFin (n 3).

<sup>23</sup> UK Finance (n 54).

<sup>24</sup> CERTFin (n 3).

<sup>25</sup> UK Finance (n 54).

In 2022, in Italy's Retail sector, the age group 45-60 years emerges as the most affected (30%), followed by those aged 30-35 (27%) and over 60 (26%), while the under-30 cohort experiences the least impact (17%)<sup>26</sup>. In the UK, in 2022, individuals constitute 88% of fraud victims<sup>27</sup>, younger demographics aged 20-39 stand out as particularly vulnerable to fraud and those aged 21-25 are more at risk of impersonation scams<sup>28</sup>. In the UK, victims with disabilities and social renters face heightened vulnerability to fraud.<sup>29</sup> The emotional toll of fraud is profound, with nearly three-quarters of victims reporting emotional distress, highlighted by Action Fraud receiving over 300 calls annually from individuals at risk of suicide due to fraudulent activities<sup>30</sup>. Studying fraud victim demographics is crucial for defining «vulnerability» parameters, as exemplified in the UK, where it serves as a mitigating factor for banks reimbursing authorised fraud victims.

#### d) Insight: Cybersecurity

While DDoS attacks are not directly a form of payment fraud, they can be part of a broader cybercriminal strategy that includes fraudulent financial activities targeting banks. In 2022, 57% of surveyed banks in Italy detected and mitigated 413 DDoS attacks, influenced by the Russia-Ukraine conflict, which fuelled “hacktivism”, particularly by pro-Russian groups Killnet and NoName057. Although 22% of banks recorded DDoS attacks linked to these groups, none were deemed “serious”. Furthermore, 83% of Italian banks identified dependencies on “End-of-Life” (EOL) IT components, with 50% having dependencies on EOL client components and 72.2% on EOL server components.<sup>31</sup> In H1 2022, the UK financial sector saw a significant rise in DDoS attacks, with more incidents reported to the Financial Conduct Authority (FCA) in March and April than in the entire year of 2021<sup>32</sup>. The

---

<sup>26</sup> CERTFin (n 3).

<sup>27</sup> NFIB *Fraud and Cyber Crime Dashboard*, <https://colp.maps.arcgis.com/apps/dashboards/0334150e430449cf8ac917e347897d46>.

<sup>28</sup> UK Finance (n 54).

<sup>29</sup> ONS, *Nature of Fraud and Computer Misuse in England and Wales: Year Ending March 2022*,

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/natureoffraudandcomputermisuseinenglandandwales/yearendingmarch2022>.

<sup>30</sup> HM Government (n 2).

<sup>31</sup> CERTFin (n 3).

<sup>32</sup> FINEXTRA, *UK Finance Suffers Surge in DDoS Attacks* (Finextra Research, 14 September 2022), <https://www.finextra.com/newsarticle/40955/uk-finance-suffers-surge-in-ddos-attacks>.

group Killnet caused disruption, targeting UK entities like the Bankers Automated Clearing Service (BACS), the London Stock Exchange (LSEG), and the Prince of Wales's official website as retaliation for the UK's stance on Ukraine <sup>33</sup>.

5. The banking sector is among the most heavily regulated industries, and for PSPs operating within the regulatory perimeter, compliance expenses often exceed the losses caused by fraud <sup>34</sup>. This can be attributed to the fact that the recorded loss primarily reflects operational costs and fails to capture the not quantifiable reputational damage, that can have long-lasting effects on customer trust and the bank's brand image.

Insufficient investment in protective systems, left static over time, leads to an exponential surge in fraudulent activities. The growth of fraud tends to follow an exponential trajectory, whereas the reduction in fraud usually progresses linearly in response to the bank's implemented measures <sup>35</sup>.

Investing proactively in compliance not only mitigates current losses but also helps prevent potential future financial setbacks, as seen with the example of the interviewed Italian Bank heavily investing in Artificial Intelligence (AI), despite not experiencing AI-driven fraud cases so far <sup>36</sup>. Attempting to directly compare compliance expenses with fraud losses does not yield meaningful insights, as these two elements operate under vastly different logics, dynamics, and trends. Each necessitates a distinct approach and understanding, given their unique nature and implications <sup>37</sup>.

The dynamics of fraud and compliance present stark contrasts. Fraud incidents exhibit numerous spikes, whereas compliance costs remain stable and predictable <sup>38</sup>.

In 2022, UK financial services spent around £34.2 billion on complying with financial crime regulations, comparable to 75% of the UK's 2021/22

---

<sup>33</sup> A. SCROXTON, *Killnet DDoS Hacktivists Target Royal Family and Others* (ComputerWeekly, 22 November 2022); <https://www.computerweekly.com/news/252527560/Killnet-DDoS-hacktivists-target-Royal-Family-and-others>.

<sup>34</sup> LEXISNEXIS RISK SOLUTIONS, *True Cost of Compliance 2023 Report - Is the UK Financial Services Sector Doing Enough of the Right Things to Effectively Fight Financial Crime?*

<sup>35</sup> Interview Head of Anti-Fraud, Italian Bank.

<sup>36</sup> Interview Head of Cybersecurity ID, Italian Bank.

<sup>37</sup> M.T. BIEGELMAN and J. T. BARTOW, *Executive Roadmap to Fraud Prevention and Internal Control: Creating a Culture of Compliance*, London, 2012.

<sup>38</sup> Interview Head of Cybersecurity ID, Italian Bank.

defence budget <sup>39</sup>. The average UK firm spent £194.6 million on financial crime compliance, with smaller firms disproportionately shouldering compliance costs due to their lack of economies of scale. However, the impact varies among different financial sectors, with retail, commercial, and investment banks facing higher costs compared to the average, while neobanks experience lower costs. Compliance spending has been rising since 2020 and is expected to continue increasing, with the highest allocations in the next three years going toward transaction monitoring, Know-Your-Customer (KYC), and onboarding fraud checks <sup>40</sup>.

6. – When examining the UK fraud landscape, a multitude of legislations emerge as significant, prompting the reference to a ‘*panoply of laws*’ <sup>41</sup>. The key legislative tools are briefly outlined below, but the primary emphasis centres on two recently introduced UK initiatives: (i) the HM Government Fraud Strategy, published in May 2023 <sup>42</sup>, and (ii) the Payment Systems Regulator (PSR)’s new APP fraud reimbursement requirement, announced in June 2023 <sup>43</sup>. These initiatives have been received by the payments industry and customers with contrasting opinions, and this study seeks to evaluate their effectiveness by incorporating observations from expert interviews. Finally, the Integrated Review (IR) Refresh 2023 <sup>44</sup> designated fraud in the UK as a «national security threat», and the Royal United Services Institute (RUSI) has highlighted instances where fraud has financed terrorist endeavours <sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> MINISTRY OF DEFENCE, *MOD Departmental Resources: 2022*, <https://www.gov.uk/government/statistics/defence-departmental-resources-2022/mod-departmental-resources-2022>.

<sup>40</sup> LEXISNEXIS RISK SOLUTIONS (n 88).

<sup>41</sup> SOCIAL MARKET FOUNDATION, *Written Evidence (FDF0026)*, 2022, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/108022/pdf/>.

<sup>42</sup> HM Government (n 2).

<sup>43</sup> PSR, *PS23/2 Fighting APP Fraud: A New Reimbursement Requirement. Response to September 2022 Consultation (CP22\4)*, 2023; <https://www.psr.org.uk/media/iolpbw0u/ps23-3-app-fraud-reimbursement-policy-statement-final-june-2023.pdf>.

<sup>44</sup> *Integrated Review Refresh 2023: Responding to a More Contested and Volatile World*, <https://www.gov.uk/government/publications/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world>.

<sup>45</sup> H. WOOD and others, *The Silent Threat: The Impact of Fraud on UK National Security* (RUSI 2021), [https://static.rusi.org/the\\_silent\\_threat\\_web\\_version.pdf](https://static.rusi.org/the_silent_threat_web_version.pdf).

Fraud was labelled a «national security» concern predating the pandemic, and this stance remains pertinent and unchanged. If anything, the threat might have expanded, potentially involving state actors and connections to cryptocurrency fraud.

a) Overview of UK Measures

(i) *Computer Misuse Act 1990* <sup>46</sup>: This legislation addresses computer-related offences with key offences: unauthorised access to computer material (Section 1), unauthorised access with intent to commit or facilitate the commission of further offences (Section 2), and unauthorised acts impairing computer operation (Section 3). Calls for its review have arisen to align it with ‘where we are now’ <sup>47</sup>.

(ii) *Fraud Act 2006* <sup>48</sup>: The Fraud Act modernised and clarified fraud laws, serving as the primary legal tool for prosecuting fraud. It identifies three means of committing fraud: false representation (Section 2), failure to disclose information (Section 3), and abuse of position (Section 4). While well-constructed, its effectiveness is hampered by application challenges and deficiencies in fraud prevention and enforcement.<sup>49</sup>

(iii) *Data Protection Act 2018*<sup>50</sup>: Incorporating the EU General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>51</sup> into UK law, this Act governs the use of personal data. The House of Lords has advocated for the Information Commissioner’s Office (ICO) to foster a permissive approach, or «safe harbour», for private sector data sharing to combat fraud <sup>52</sup>.

(iv) *Telecommunications (Security) Act 2021* <sup>53</sup>: This legislation addresses the historical issue of fraud facilitated through telecom services, obliging providers to manage security risks and mitigate breaches.

(v) *Proceeds of Crime Act 2022* <sup>54</sup>: POCA provides the legal framework for freezing and confiscating unlawfully acquired assets and criminal proceeds.

(vi) *Financial Services and Markets Act 2023* <sup>55</sup>: FSMA empowers regulatory oversight for reimbursement in APP fraud cases, extends regulation to

<sup>46</sup> Computer Misuse Act 1990.

<sup>47</sup> P. SMITH, *Corrected Oral Evidence*, 2022; <https://committees.parliament.uk/oralevidence/10178/html/>.

<sup>48</sup> Fraud Act 2006.

<sup>49</sup> HOUSE OF LORDS, *Fighting Fraud: Breaking the Chain. Report of Session 2022-23*, 2022; <https://publications.parliament.uk/pa/ld5803/ldselect/ldfraudact/87/87.pdf>.

<sup>50</sup> Data Protection Act 2018.

<sup>51</sup> General Data Protection Regulation (GDPR) (EU) 2016/679.

<sup>52</sup> House of Lords (n 109).

<sup>53</sup> Telecommunications (Security) Act 2021.

<sup>54</sup> Proceeds of Crime Act 2002.

specific crypto-assets and alters the authorisation procedures for financial promotions.

*Upcoming Bills on Counter-Fraud Policy:*

(i) *Online Safety Bill 2021* <sup>56</sup>: It mandates large online platforms hosting user-generated content (Category 1) and search engines (Category 2A) to prevent fraudulent paid advertisements (a sort of duty of care in clauses 34, 35, and 36). The House of Lords recommended enhancing anti-fraud efforts by extending prevention measures to all platforms through a risk-based approach, departing from size-based criteria <sup>57</sup>.

(ii) *Economic Crime and Corporate Transparency Bill 2022* <sup>58</sup>: Strengthens Companies House, enables crypto-assets seizure, and enhances information sharing to combat economic crime. The Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022 received royal assent in March 2022.

(iii) *Digital Markets, Competition and Consumer Bill 2022-23* <sup>59</sup>: Aims to counter fake online reviews, increase competition by regulating Tech firms, empower the Digital Markets Unit (DMU) and strengthen the Competition and Markets Authority (CMA).

(iv) *Data Protection and Digital Information Bill 2022-23* <sup>60</sup>: Aims to revamp the UK data protection system and includes measures for facilitating information-sharing agreements. Currently, the Bill's progress is halted, and the Government has signalled its plans to substitute GDPR "*with its own system*" <sup>61</sup>. The House of Lords suggested incorporating «fraud» as a specified crime in Section 5(a) to improve transparency <sup>62</sup>.

While identity theft, extensively employed by fraudsters, is often the precursor of payment fraud, it is not a criminal offence <sup>63</sup>. In 2023, the Government announced no plans for a new identity theft criminal offence, as existing laws like the Fraud Act 2006 and the Data Protection Act 2018 safeguard individuals' personal data and prosecute identity theft-enabled

<sup>55</sup> Financial Services and Markets Act 2023.

<sup>56</sup> Online Safety Bill 2021.

<sup>57</sup> House of Lords (n 109).

<sup>58</sup> Economic Crime And Corporate Transparency Bill.

<sup>59</sup> Digital Markets, Competition and Consumers Bill.

<sup>60</sup> Data Protection and Digital Information Bill.

<sup>61</sup> S. RAVIKUMAR, W. JAMES, *Britain to Replace GDPR Data Privacy Regime With Own System*. Reuters (3 October 2022), <https://www.reuters.com/legal/litigation/britain-replace-gdpr-data-privacy-regime-with-own-system-2022-10-03/>.

<sup>62</sup> House of Lords (n 109).

<sup>63</sup> Cifas (n 55).



crimes <sup>64</sup>. The Government should consult on the introduction of this offence, or alternatively, the Sentencing Council is advised to view identity theft as a significant aggravating factor in fraud cases.

7. – Numerous firms accept fraud as a business cost and inadequately prevent its facilitation. In June 2023, the UK Government outlined a new «failure to prevent fraud» offence aimed at promoting behavioural change and organisational accountability <sup>65</sup>. The new offence will make corporations liable if an employee commits a specified fraud offence for the organisation's gain and if the organisation lacks adequate fraud prevention measures. This offence applies to all large <sup>66</sup> corporations and partnerships across sectors, carrying the potential penalty of an unlimited fine.

#### a) HM Government 2023 Fraud Strategy

Fraud constitutes more than 40% of all crimes in the UK, yet police resources allocated to it are less than 1%. The goal of the three-year plan is to cut fraud by 10% from 2019 levels by the end of the current legislative session in 2025 <sup>67</sup>. The Strategy presents several commendable components yet given the substantial scale of fraud in the UK it might not suffice to turn the tide.

The Fraud Strategy is built upon three main pillars <sup>68</sup>:

(i) *Pursue Fraudsters*: Key initiatives include establishing a National Fraud Squad, implementing an intelligence-driven approach to disrupt fraudulent activities, substituting Action Fraud with a new state-of-the-art reporting system, increasing fraudsters' imprisonment, and leading global partnerships to remove obstacles to prosecute fraudsters worldwide. The first pillar lacks adequate resource allocation. Although the establishment of a National Fraud Squad staffed by 400 specialised investigators is promising,

---

<sup>64</sup> *Government Response to the Digital Identity and Attributes Consultation*. Question 16, 2023, <https://www.gov.uk/government/consultations/digital-identity-and-attributes-consultation/outcome/government-response-to-the-digital-identity-and-attributes-consultation>.

<sup>65</sup> *Factsheet: Failure To Prevent Fraud Offence* (GOV.UK, 13 April 2023), <https://www.gov.uk/government/publications/economic-crime-and-corporate-transparency-bill-2022-factsheets/factsheet-failure-to-prevent-fraud-offence>.

<sup>66</sup> The definition of large organisations is established in accordance with Companies Act 2006, which involves meeting at least two out of three criteria: 250+ employees, £36 million+ in turnover, and £18 million+ in total assets.

<sup>67</sup> HM Government (n 2).

<sup>68</sup> HM Government (n 2).

its operational details remain nebulous. At best, it might elevate the fraction of police dedicated to fraud from less than 1% to 1.5%.

(ii) *Block Fraudsters*: This pillar aims to significantly reduce the volume of fraudulent communications reaching the public. Measures include appointing an Anti-Fraud Champion <sup>69</sup>, curbing criminals' misuse of the telephone network (banning cold calls on all financial products <sup>70</sup>, banning SIM farms <sup>71</sup>, reviewing the use of mass text aggregators and stopping more spoof calls), prompting the tech industry to actively prevent fraud through legislation and voluntary commitments, enhancing powers to shut down fraudulent websites, and sharing information about fraud prevalence on various platforms.

The industry-centric pillar introduces some sensible initiatives, like the prohibition of SIM farms (who needs them for any legitimate purpose?). However, the success of these measures hinges on the engagement of the tech sector.

(iii) *Empower the Public*: This aspect focuses on enabling individuals to effectively recognise, avoid, and report fraud. It encompasses providing support and reimbursement to more fraud victims and enhancing communication about fraud prevention and reporting <sup>72</sup>.

The Strategy emphasises enhancing customer protection in financial institutions through measures like SCA, Confirmation of Payee (CoP), and the Banking Protocol. SCA requires authenticating customer identities during online transactions, mandated by Payment Services Regulations 2017 <sup>73</sup> – the same requirement adopted by all EU countries under PSD2.

CoP enables payers to confirm recipient account details, supported by an October 2022 PSR Policy Statement<sup>74</sup> directing 400 PSPs to expand CoP services. The EU recently put forth a similar provision, albeit with a delay

---

<sup>69</sup> A. BROWNE MP, <https://www.gov.uk/government/people/anthony-browne>.

<sup>70</sup> HM TREASURY, *Open Consultation: Ban on Cold Calling for Consumer Financial Services and Products*, (2023) <https://www.gov.uk/government/consultations/ban-on-cold-calling-for-consumer-financial-services-and-products>.

<sup>71</sup> HOME OFFICE, *Preventing the Use of SIM Farms for Fraud: Consultation* (2023) <https://www.gov.uk/government/consultations/preventing-the-use-of-sim-farms-for-fraud/preventing-the-use-of-sim-farms-for-fraud-consultation-accessible>.

<sup>72</sup> HM Government (n 2).

<sup>73</sup> The Payment Services Regulations 2017.

<sup>74</sup> PSR, *PS22/3 Extending Confirmation of Payee Coverage*, 2022; <https://www.psr.org.uk/publications/policy-statements/ps22-3-extending-confirmation-of-payee-coverage/>.

compared to the UK <sup>75</sup>. The Banking Protocol, led by UK Finance, equips banks to detect authorised fraud and collaborate with law enforcement <sup>76</sup>. Lastly, the Strategy outlines two pivotal initiatives: a risk-based approach for PSPs investigating potential fraudulent transactions and FCA evaluations of PSPs' fraud prevention systems.

8. – Currently, UK regulations mandate banks to reimburse victims of unauthorised fraud within 48 hours <sup>77</sup>, but there is no equivalent provision for authorised fraud victims. In response to a super-complaint by Which? in 2016 <sup>78</sup>, the PSR developed in 2019 the Voluntary Contingent Reimbursement Model (CRM) Code outlining conditions for reimbursing APP fraud victims <sup>79</sup>. Although ten PSPs have signed the CRM Code <sup>80</sup>, reimbursement rates vary among them, and according to FOS 2020/2021 data, the Ombudsman ruled against banks in favour of customers in 73% of authorised fraud cases <sup>81</sup>.

The UK Government addressed this issue by granting the PSR regulatory authority to mandate reimbursement from all PSR-regulated PSPs in relation to the Faster Payments System. In May 2022, the Treasury announced its intent to legislate <sup>82</sup>, and in June 2023, the FSMA received

---

<sup>75</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Revised Rules on Payment Services to Improve Consumer Protection and Competition in Electronic Payments*, 28 June 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_23\\_3544](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3544).

<sup>76</sup> *Expanding the Banking Protocol Scheme*, UK Finance, <https://www.ukfinance.org.uk/news-and-insight/blogs/expanding-banking-protocol-scheme>.

<sup>77</sup> This requirement mirrors the one imposed on all EU member states by PSD2.

<sup>78</sup> WHICH? *Super-Complaint Consumer Safeguards in the Market for Push Payments*, 2016, <https://www.psr.org.uk/media/t0sln5vn/which-super-complaint-sep-2016.pdf>.

<sup>79</sup> Lending Standards Board, *Written Evidence (FDF0050)*, 2022, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/108066/html/>.

<sup>80</sup> Current CRM Code signatories: Barclays Bank UK plc, The Co-Operative Bank plc, HSBC UK, Lloyds Banking Group, Metro Bank, Nationwide Building Society, NatWest Bank plc, Santander UK, Starling Bank, and Virgin Money UK.

<sup>81</sup> C. CAVAGLIERI, *Banks Wrongly Denying Fraud Victims Compensation in Up to 8 in 10 Cases*, in *Which?*, 11 November 2021. For instance, data from FOS 2020/2021 reveals that the Ombudsman overturned bank decisions in 86% of fraud cases involving RBS and NatWest.

<sup>82</sup> HM TREASURY, *Government Approach to APP Scam Reimbursement*, 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/government-approach-to-authorised-push-payment-scam-reimbursement/government-approach-to-authorised-push-payment-scam-reimbursement>.

Royal Assent <sup>83</sup>, allowing for this legislation to take effect. The focus on Faster Payments is due to its frequent use in APP fraud cases, accounting for 98% of such fraudulent payments in 2022 <sup>84</sup>. The UK's pioneering implementation of APP fraud reimbursement standards has garnered international attention from other jurisdictions <sup>85</sup>. The final PSR policy statement was issued in June 2023, and the new reimbursement requirement is scheduled to be implemented in 2024, with a specific date to be disclosed in Q4 2023 <sup>86</sup>. In the short to medium term, the policy is expected to result in an initial increase in reported APP fraud cases due to victim awareness and increased reporting by PSPs. However, a gradual decline in overall APP fraud incidents is anticipated over time.

The April deadline for implementation is much too soon given that the PSR has yet to establish final guidance and put in place an effective arbitration/dispute mechanism.

The novel reimbursement framework, backed by ten core policies, compels PSPs to promptly reimburse APP fraud victims within Faster Payments <sup>87</sup>. The reimbursement process mandates sending PSPs to compensate victims of APP fraud, with exceptions encompassing instances of first-party fraud or gross negligence, which is the customer standard of caution. Receiving PSPs are directed to share 50% of the reimbursement cost. The reimbursement window stands at 5 business days, with stop-the-clock provisions if needed. The 13-month claim timeframe mirrors PSD2 rules. Pending consultation, the claim excess and maximum reimbursement level are still to be finalised in Q4 2023. Importantly, the customer standard of caution and claim excess do not apply to vulnerable customers.

9. According to section 77(3) of the Payment Services Regulations 2017 <sup>88</sup> and as acknowledged in the CRM Code's exceptions to reimbursement, gross negligence is an established exception to PSP liability for unauthorised fraud. The FCA characterises gross negligence as follows: *«In line with the recitals to PSD2, we interpret gross negligence to be a higher standard than the standard of negligence under common law, demanding a high degree of carelessness*

---

<sup>83</sup> Financial Services and Markets Act 2023.

<sup>84</sup> UK Finance (n 54).

<sup>85</sup> Only two other markets, Japan and South Korea, have frameworks specific to APP fraud.

<sup>86</sup> PSR, *PS23/2 Fighting APP Fraud: A New Reimbursement Requirement. Response to September 2022 Consultation (CP22\4)*, (n 101).

<sup>87</sup> Excluded are civil disputes, payments via alternate systems, international transactions, and payments for unlawful purposes.

<sup>88</sup> The Payment Services Regulations 2017.

from customers»<sup>89</sup>. This exception places the burden of proof on the PSP, and it does not apply to vulnerable customers.

The interpretation of «gross negligence» is still evolving. The application of the reimbursement model and the rulings of disputed bank cases will shape the precise definition over time. Clarification is needed to guide consistent application. During the PSR September 2022 Consultation<sup>90</sup>, the banking industry expressed concerns that gross negligence sets a demanding threshold for the customer standard of caution, potentially causing increased moral hazard by diminishing customer responsibility, heightened fraud due to decreased customer vigilance, and increased transactional friction. Consumer groups disagreed with these industry viewpoints. The PSR assessed gross negligence against alternative standards proposed by consultation participants but found no credible substitute<sup>91</sup>. In August 2023, the PSR introduced a consultation on the customer standard of caution outlining three customer care requirements: acknowledging PSP warnings, promptly reporting to the PSP, and responding to reasonable information requests by the PSP<sup>92</sup>.

We do not believe that gross negligence should be used as the consumer caution exception. As stated in paragraph 4.19 of the consultation paper, the PSR recognises ‘it can be hard to distinguish social engineering and sophisticated scam tactics from a lack of care by the consumer’. In addition, it is very difficult to prove or disprove gross negligence in the context of payments, and so it should not be the only standard applied.

As previously mentioned, «vulnerable customers» are exempt from the application of the customer standard of caution and claim excess. The FCA has provided comprehensive guidance, endorsed by the PSR, to firms for the fair treatment of vulnerable customers<sup>93</sup>. This guidance entails firms recognising vulnerability characteristics within their target audience, setting

---

<sup>89</sup> FCA, *The FCA's Role Under the Payment Services Regulations 2017 and the Electronic Money Regulations 2011*, 2021, <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fca-approach-payment-services-electronic-money-2017.pdf>.

<sup>90</sup> PSR, CP22/4: *APP Scams: Requiring Reimbursement*, 2022, <https://www.psr.org.uk/publications/consultations/cp22-4-app-scams-requiring-reimbursement/>.

<sup>91</sup> PSR, PS23/2 *Fighting APP Fraud: A New Reimbursement Requirement. Response to September 2022 Consultation (CP22\4)*, (n 101).

<sup>92</sup> PSR, CP23/7: *APP Fraud: The Consumer Standard of Caution*, 2023, <https://www.psr.org.uk/publications/consultations/cp-23-7-app-fraud-the-consumer-standard-of-caution>.

<sup>93</sup> FCA, FG21/1 *Guidance for Firms on the Fair Treatment of Vulnerable Customers*, 2021, <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg21-1.pdf>.

up supporting processes, and evaluating individual circumstances to ascertain if their vulnerability attributes, temporary or enduring, contributed to their fraud victimisation and thus meet the vulnerability criteria. According to the former Victims' Commissioner study, 22% of fraud victims exhibit high vulnerability <sup>94</sup> and approximately 700,000 individuals in the UK annually face severe vulnerability <sup>95</sup>.

Banks are quite risk-averse about customer vulnerability, as disputes escalated to the FOS frequently lead to losses for them. Recognising that vulnerability is dynamic, varies across scenarios and evolves with fraud types, a one-size-fits-all approach cannot be adopted.

In the September 2022 Consultation, PSPs expressed concerns about heightened moral hazard due to the policy, but the evidence provided lacked quantitative support <sup>96</sup> and a PSR's lived experience workshop indicated that consumers anticipate minimal changes in their spending habits and payment practices due to the policy <sup>97</sup>. The Payments Association, representing 300+ firms, alerted the UK Government of '*unintended consequences*' of the policy. Firstly, they noted that the provision to refund all APP fraud victims might encourage fraud by people falsely presenting themselves as «vulnerable» to secure automatic reimbursement even in intentional cases. Secondly, the equal sharing of compensation costs between PSPs could prompt firms to be more cautious about opening accounts, disadvantaging low-income individuals («de-banking» effect) <sup>98</sup>.

While we acknowledge that there certainly is the potential for customers to abuse the system by claiming certain transactions are fraudulent/scams when they are not, we actually hope that this new obligation will increase consumer awareness of APP scams and lead to a

---

<sup>94</sup> *Fraud Surged by 24% Under Covid. Now a New Study Reveals Around 700,000 Victims a Year Are Likely to Be Highly Vulnerable To Fraudulent Crime and Seriously Harmed By It*, (Victims Commissioner, 13 October 2021), <https://victimscommissioner.org.uk/news/who-suffers-fraud/>.

<sup>95</sup> S. POPPLETON, K. LYMPEROPOULOU, J. MOLINA, *Who Suffers Fraud? Understanding the Fraud Victim Landscape*, (Victims Commissioner 2021), <https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/6/2021/12/VC-Who-Suffers-Fraud-Report-1.pdf>.

<sup>96</sup> PSR, CP22/4: *APP Scams: Requiring Reimbursement*, (n 157).

<sup>97</sup> PSR, PS23/2 *Fighting APP Fraud: A New Reimbursement Requirement. Response to September 2022 Consultation* (CP22\4), (n 101).

<sup>98</sup> PAYMENTS ASSOCIATION WARNS UK GOVT ON APP FRAUD PLANS, (*Finextra*, 27 June 2023) <https://www.finextra.com/newsarticle/42555/payments-association-warns-uk-govt-on-app-fraud-plans>.

more knowledgeable and wary customer base. Globally, regulators and industry experts are meticulously examining the UK's APP mandatory reimbursement protocols. As outlined below, Italian bank representatives' reactions to this measure express underlying concerns.

The UK «Make Banks Pay» approach is one possible solution, yet many actors involved in the fraud chain leverage interactions that do not exploit banks' vulnerabilities. As fraud continues to proliferate, regulatory pressure is expected to increase, but the issue of «economic responsibility» may fail to stop fraudsters. While reimbursement is crucial for securing justice for fraud victims, it should not be the sole focus of counter-fraud policy, as it is a 'downstream action that should be supported by upstream action'<sup>99</sup>. Blanket reimbursement may lead to moral hazard and increased fraud, with the mistaken perception that fraud is a 'victimless crime'<sup>100</sup>. Sharing responsibility is necessary, but expecting banks alone, as the final point in the fraud chain, to bear the entire fraud bill is unrealistic and this rationale was recently upheld in the case of *Philipp v Barclays Bank UK* [2023] UKSC 25<sup>101</sup>. I hold a firm stance on this issue: implementing such a measure would likely amplify criminal activity and create risky moral hazard loopholes. The feasibility of this measure should be assessed on a country-specific basis, considering regional variations in criminal behaviour. This initiative appears somewhat populist in nature, driven by social unrest and economic turmoil, with the knee-jerk reaction being «compensation».

As already mentioned, when discussing the 2023 Fraud Strategy, to align responsibility and incentivise action, the Government should engage all fraud-enabling sectors, alongside the sending and receiving PSPs, in sharing the reimbursement costs<sup>102</sup>. According to UK Finance, 'a

---

<sup>99</sup> PSR, *PS23/2 Fighting APP Fraud: A New Reimbursement Requirement. Response to September 2022 Consultation* (CP22\4), (n 101).

<sup>100</sup> BUILDING SOCIETIES ASSOCIATION, *Written Evidence* (FDF0023) (2022) <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/108011/html/>.

<sup>101</sup> *Philipp v Barclays Bank UK PLC* [2023] UKSC 25. This recent Supreme Court judgment focused on a bank's duty of care in APP fraud cases. The unanimous ruling confirmed the customer's authorisation of the transaction and highlighted the bank's obligation to swiftly carry out customer instructions without evaluating the wisdom or risks associated with their payment decisions. Although the impending introduction of mandatory APP fraud reimbursement may moderate the ruling's impact, it remains significant for potentially shaping the interpretation of customers' gross negligence. Even though the international transaction in question is not eligible for reimbursement, this case could set a precedent for similar fraud cases involving overseas payments.

<sup>102</sup> House of Lords (n 109).

*reimbursement model alone will not slow the UK's growing epidemic of scams, nor prevent the non-financial impacts on customers and industry'* <sup>103</sup>.

While these reimbursement amounts might not harm banks, reimbursement shouldn't be granted for authorised transactions, as it would contradict PSD2 principles and undermine SCA. Alternatively, a model akin to MiFID could be adopted, requiring a similar form of «license» to be able to perform instant transfers. Instead, sharing reimbursement costs 50:50 between PSPs, holding receiving banks – frequently neobanks – partly liable, could promote accountability.

10. – In Italy, the domain of payment fraud is governed not only by the general provisions concerning the fulfilment of obligations and the «diligence required of mandatory» <sup>104</sup> and the bank in the «execution of instructions» <sup>105</sup> but also by the Italian Legislative Decree (D.lgs.) 11/2010 <sup>106</sup>, issued in implementation of Directive PSD1 2007/64/EC <sup>107</sup>, and subsequently amended by D.lgs. 218/2017 <sup>108</sup> in implementation of Directive “PSD2” 2015/2366/EU <sup>109</sup>. The offence of «computer fraud» is provided for in Article 640-ter of the Italian Penal Code <sup>110</sup>, and in this context, one can also discuss the crimes of «identity theft»<sup>111</sup> and «unauthorised access to a computer or telematic system» <sup>112</sup>. Italy, like many other countries, does not categorise authorised fraud as a distinct form of fraud and its legislative and regulatory frameworks address fraud in a broader context.

#### a) Strong Customer Authentication (SCA)

In Italy, as of now, every payment transaction can only be carried out following the SCA requirement by PSPs, governed by Articles 97 and 98 of PSD2, as well as the Regulatory Technical Standards (RTS) on SCA issued by

<sup>103</sup> UK Finance, Response to Consultation CP22-4, December 2023.

<sup>104</sup> Article 1710, Italian Civil Code.

<sup>105</sup> Article 1856, Italian Civil Code.

<sup>106</sup> D.Lgs. 27 January 2010, No. 11.

<sup>107</sup> Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on Payment Services in the Internal Market.

<sup>108</sup> D.Lgs. 15 December 2017, No. 218.

<sup>109</sup> Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on Payment Services in the Internal Market.

<sup>110</sup> Defined as “any unauthorised alteration of a computer or telematic system, or the unauthorised intervention in any manner with data, information, or programs contained within a relevant computer or telematic system, with the intent of securing unjust profit for oneself or others to the detriment of another”.

<sup>111</sup> Article 494, Italian Penal Code.

<sup>112</sup> Article 615-ter, Italian Penal Code.



the EBA and incorporated into the Regulation (EU) 2018/389<sup>113</sup>, amended by Regulation (EU) 2022/2360<sup>114</sup>. The new Article 10-bis of the Italian D.lgs. 11/2010<sup>115</sup>, mandates that PSPs implement SCA when the user accesses their online payment account, initiates a payment transaction, and takes any action via a remote channel that may pose a risk of payment fraud. Moreover, in the case of online payment transactions, SCA must include elements linking the transactions to a specified amount and beneficiary through «dynamic linking»<sup>116</sup> by generating a unique authentication code (e.g. OTP<sup>117</sup>). SCA is a procedure based on the use of two out of three authentication factors: a «knowledge» factor (e.g., password), a «possession» factor possessed only by the user (e.g., smartphone, token), and an «inherence» factor inherent only to the user (e.g., fingerprint, facial recognition). Lastly, the concept of «independence»<sup>118</sup> is provided, ensuring that the breach of one of the aforementioned factors does not compromise the reliability of the others<sup>119</sup>.

First and foremost, for a banking transaction to be valid, the consent of the consumer is essential as *‘in the absence of consent, a payment transaction cannot be considered authorised’*<sup>120</sup>. In cases of unauthorised transactions by customers or incorrect execution by PSPs, customers are entitled to reimbursement of charged amounts and have a period of 13 months from the debit to request reimbursement<sup>121</sup>. Customers have several protection mechanisms to recover funds:

- i) A refund request to the issuing intermediary;

<sup>113</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017.

<sup>114</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2022/2360 of 3 August 2022.

<sup>115</sup> In accordance with Article 98, PSD2.

<sup>116</sup> Dynamic Linking is designed to intricately connect each transaction with its corresponding amount and the intended payment recipient. This overarching objective serves to thwart social engineering attacks, such as the notorious “man-in-the-middle” attack.

<sup>117</sup> One-Time Password.

<sup>118</sup> Article 9, Para. 1, Reg. (EU) 2018/389. See also ABF Milan Panel, Decs. n. 5895/2020 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2020/03/Dec-20200331-5895.PDF>) and n. 1066/2019 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2019/01/Dec-20190116-1066.PDF>).

<sup>119</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017.

<sup>120</sup> Article 5, Para. 1, D.lgs. 11/2010.

<sup>121</sup> Article 9, D.lgs. 11/2010.

ii) Recourse to alternative dispute resolution systems (Banking and Financial Ombudsman – ABF<sup>122</sup>);

iii) Recourse to the Judicial Authority, which is the least frequently employed mechanism in this domain, due to its high costs, lengthy proceedings, and the need for exceptionally specialised expertise.

The user bears responsibility solely in cases of their own fraudulent actions or deliberate and severely negligent violation of duties pertaining to the safekeeping of payment instructions, authentication credentials, and prompt reporting of any irregularities (loss, theft, misappropriation, or unauthorised use of the payment instrument)<sup>123</sup>. The assessment of the client's fault has changed over time. In the initial rulings on the matter, clients were often considered concurrently at fault with the PSP due to negligent custody of access codes.<sup>124</sup> However, recently, a *favor* emerged towards the client that has been confirmed by the interpretation of the Italian Courts and the ABF. According to this interpretation, the PSP retains responsibility in all cases of unauthorised fraudulent transactions and a significant number of cases of authorised ones, as elaborated further below.

#### b) PSPs Liability and Burden of Proof

The burden of proof of the fraudulent, intentional, or grossly negligent behaviour by the customer, pursuant to Article 10, Paragraphs 1 and 2, D.lgs. 11/2010, falls upon the PSP<sup>125</sup>. In this regard, it is pertinent to refer to the significant decision of the ABF Coordinating Panel, Dec. n. 22745/2019<sup>126</sup>,

---

<sup>122</sup> The Banking and Financial Ombudsman (ABF) offers an extrajudicial alternative dispute resolution (ADR) to resolve disputes between customers and financial institutions, including banks, related to banking and financial transactions and services. For further information, consult <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/> and all the ABF Panels' decisions were consulted through the advanced research tool at <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/index.html>.

<sup>123</sup> Article 7, D.lgs. 11/2010.

<sup>124</sup> C. VALENTINI, *Phishing: il cliente della banca vince facile*, *Bancaria*, 345, 2022.

<sup>125</sup> ABF Coordinating Panel, Dec. 897/2014 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2014/02/Dec-20140214-897.pdf>) and Cassazione Civile, Sect. VI, 12/04/2018 Dec. No. 9158.

<sup>126</sup> ABF Coordinating Panel, Dec. No. 22745/2019, pag. 7, para. 8: *“Si osserva che l'onere probatorio previsto nei commi 1 e 2 dell'art. 10 del decreto deve necessariamente essere assolto dal PSP con riguardo ad ambedue i profili (autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento, nonché colpa grave dell'utilizzatore), da ritenersi necessari e*

which states that the evidentiary burden must necessarily be fulfilled by the PSP with respect to both aspects: (i) proper authentication, recording, accounting, and execution of payment transactions, as well as (ii) proof of fraud, intent, or gross negligence by the user. These two proofs are deemed necessary and complementary <sup>127</sup>. Moreover, as stated by the ABF Coordinating Panel, the proof must be provided by the PSP through “clear, precise, and consistent indications” <sup>128</sup>. Furthermore, as highlighted by the ABF Naples and Milan Panels, the evaluation of the customer’s conduct must be based on the consideration “of the set of circumstances that characterise the specific case” <sup>129</sup>. The burden of proof incumbent upon the PSP must also be read in conjunction with the general principle established by Article 1218 of the Italian Civil Code <sup>130</sup>, which – based on the interpretation of the Italian Supreme Court of Cassation <sup>131</sup> and embraced by various ABF Panels <sup>132</sup> –

---

complementari.” (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2019/10/Dec-20191010-22745.PDF>).

<sup>127</sup> This orientation is also supported by Cassazione Civile Dec. n. 9158/2018 and Milan Court of Appeal, Sect. I, 23/07/2021 Dec. n. 2419.

<sup>128</sup> ABF Coordinating Panel, Dec. n. 897/2014, pag. 7: “Ma vi è di più: l’intermediario ha addotto una serie di indizi chiari, precisi e concordanti idonei a comprovare che l’operazione disconosciuta è stata posta in essere mediante l’impiego della carta e del codice dispositivo [...]” (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2014/02/Dec-20140214-897.pdf>).

<sup>129</sup> ABF Milan Panel, Dec. No. 2594/2012, pag. 3: “Occorre infatti collocare tale evento nelle circostanze del singolo caso al fine di valutare se esso sia sufficiente a dimostrare che la indebita autorizzazione conferita mediante l’uso di tali codici sia frutto o meno di una colpa grave del cliente.” (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2012/07/Dec-20120725-2594.pdf>) and ABF Naples Panel 1802/2013, pag. 4: “Alla luce del complesso delle circostanze sopra delineate, questo Collegio ritiene soddisfatto l’onere di dimostrare, da parte dell’intermediario, la grave negligenza della titolare della carta, al fine di liberarsi dalla presunzione di responsabilità derivante dall’utilizzo non autorizzato della carta di debito.” (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2013/04/Dec-20130403-1802.pdf>).

<sup>130</sup> «Liability of debtor».

<sup>131</sup> Cassazione Civile, Sect. I, 24 settembre 2009, Dec. n. 20543 (“La diligenza del buon banchiere deve essere qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell’agente consente e richiede. Tale diligenza trova applicazione non solo con riguardo all’attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia oggettivamente esplicato presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario. Inoltre la diligenza di cui trattasi va valutata, non in base a criteri rigidi e predeterminati, ma considerando le cautele e gli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono.”) and Cassazione Civile, Sect. I, 12 giugno 2007 Dec. n. 13777 (“In materia di rapporti bancari

requires the PSP to prove that it has fulfilled the obligations of custody and safeguarding of client funds with «qualified diligence»<sup>133</sup>, namely the diligence of a *bonus nummarius* (prudent banker)<sup>134</sup>, considering also that in contractual relationships with the customer, “the bank is answerable according to the rules concerning mandate”<sup>135</sup>.

If the PSP fails to meet the evidentiary burden, it is obligated, as stipulated by Article 11 of D.lgs. 11/2010, to promptly recredit the amount deducted from the customer’s current account upon registering the fraudulent transaction within the close of the next operational day following the occurrence. This provision aims to restore the account “to the state it would have been in if the payment transaction had not taken place”. However, in cases of reasonable suspicion of fraud, the PSP has the authority to suspend reimbursement to investigate the matter, informing the Italian Central Bank through immediate written communication. With a few borderline cases aside, the bank holds substantial proof to differentiate between fraud and a scam scenario. It looks at factors like transaction location, history, and device used. The bank’s verification process is crucial in determining reimbursement eligibility, differentiating between fraud (eligible) and scams (not eligible).

---

*va precisato che la banca è tenuta ad adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei propri clienti con la diligenza particolarmente qualificata dell'accorto banchiere, non solo in relazione all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche con riferimento ad ogni tipo di atto o di operazione oggettivamente espliciti. Pertanto, la banca emittente della carta bancomat è responsabile, fino a prova contraria, della predisposizione dei mezzi meccanici, della loro idoneità e del loro funzionamento e, comunque, degli errori dovuti a dolo o colpa grave.”).*

<sup>132</sup> ABF Rome Panel, Dec. 960/2012, (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2012/03/Dec-20120330-960.pdf>), ABF Naples Panel, Decs. n. 2191/2012 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2012/06/Dec-20120627-2191.pdf>), and n. 1725/2012 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2012/05/Dec-20120528-1725.pdf>).

<sup>133</sup> Article 1176, Par. 2, Italian Civil Code (“Diligence in performance”).

<sup>134</sup> In line with ABF Bari Panel, Dec. n. 13094/2017 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2017/10/Dec-20171020-13094.PDF>), which follows Cassazione Civile, Sect. I., 3 febbraio 2017 Dec. n. 2950. According to the Cassazione, “the diligence required of the professional has a technical nature and must be evaluated considering the typical risks of the relevant professional sphere, thus taking as a benchmark the prudent banker” (in line with Cassazione, Dec. n. 13777/2007).

<sup>135</sup> Article 1856 Italian Civil Code.

11. – Regarding recent EU efforts to combat payment fraud, there are key initiatives: Directive (EU) 2019/713 addressing fraud and counterfeiting of non-cash payments <sup>136</sup>, Regulation (EU) ‘DORA’ 2022/2554 focusing on Digital Operational Resilience for the Financial Sector <sup>137</sup>, and a legislative proposal for a regulation on instant payments published on 26 October 2022 <sup>138</sup>. Furthermore, the European Commission (EC) evaluated PSD2 in 2022 and released revised rules on June 28, 2023, aimed at enhancing consumer protection and fostering competition in electronic payments <sup>139</sup>.

In these revised rules, the EC prioritises combatting payment fraud and emphasises that modifications to the PSD2 liability structure must diminish fraud while avoiding moral hazard. Evolving fraud types, which blur the line between unauthorised and authorised transactions, exceed the scope of PSD2, emphasising the necessity for the introduction of PSD3.

Consequently, the Commission suggested proactive anti-fraud measures:

- (i) Extending IBAN/name-matching verification services to all credit transfers for euro instant payments in the EU, offered free to consumers;
- (ii) Establishing a legal basis for PSPs to share fraud-related information without violating GDPR via dedicated IT platforms;
- (iii) Strengthening transaction monitoring;
- (iv) Requiring PSPs to enhance customer and staff fraud awareness;
- (v) Expanding consumer refund rights in specific circumstances;
- (vi) Imposing obligations on telecom operators to collaborate with PSPs in preventing fraudulent activities and scams <sup>140</sup>.

The proposal introduces refund rights in two scenarios: for consumers affected by the IBAN/name verification service’s failure to detect a mismatch, and for those deceived by «spoofing» fraud, where fraudsters impersonate the consumer’s bank employees. Victims of spoofing fraud may seek damages from their PSP under specific conditions, requiring a police report and prompt notification, and refunds would not be permitted in cases of victim «gross negligence». This proposal is similar to the new UK PSR’s

<sup>136</sup> Directive (EU) 2019/713 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019.

<sup>137</sup> Regulation (EU) 2022/2554 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022.

<sup>138</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulations (EU) No 260/2012 and (EU) 2021/1230.

<sup>139</sup> European Commission (n 138).

<sup>140</sup> Ibid.

APP reimbursement requirement, albeit narrower in scope, focusing solely on impersonation fraud rather than covering all APP fraud <sup>141</sup>.

Finally, there are proposals to enhance the existing SCA framework, including clarifying when certain transactions can be exempt from SCA while still safeguarding against fraud, simplifying SCA application for payment account information services, strengthening the use of digital passthrough wallets by mandating SCA during payment instrument enrolment under PSP responsibility, and ensuring diverse SCA methods accessible to all users, accommodating various needs and situations without reliance on a single technology or device, such as a smartphone <sup>142</sup>.

12. – Payment fraud, a global «epidemic» <sup>143</sup>, exhibits a dynamic nature and is perpetrated with ever-adapting tactics. Despite being a regulated operational risk, there remains a significant ‘*dark figure of undetected and detected but unreported and unrecorded*’<sup>144</sup> fraud incidents, stemming from the tendency to downplay its severity. This has resulted in an accountability gap within the fragmented realm of stakeholders tasked with addressing this issue. This work explored three core research areas, informed by expert interviews: payment fraud evolution in digital banking, the efficacy of legislative tools in the UK and Italy against modern payment fraud, and countermeasures for both legal systems. A thorough analysis of payment fraud laws in the UK and Italy uncovers remarkable similarities in policy outcomes. The UK’s proactive approach could serve as a “crystal ball”, a predictive model, for countries like Italy, offering insights into future fraud trends and preventive strategies. Despite the UK mandating APP fraud reimbursement from 2024, and Italy requiring reimbursement solely for unauthorised fraud cases, both countries adopt customer-centric systems, placing the burden of proof on the PSPs through a strict liability approach, akin to a *probatio diabolica*. Both the UK’s FOS and Italy’s ABF have been gradually shifting their rulings in favour of the customers, even in cases involving authorised fraud. The ongoing debate surrounding fraud reimbursement calls for comprehensive, multi-sectoral solutions that avoid

---

<sup>141</sup> Refer to the EC’s legislative proposal on Instant Payments published on October 26, 2022.

<sup>142</sup> S. ELLENA, *EU Commission Updates Payment Rules to Fight Fraud, Improve Consumer Rights*, ([www.euractiv.com](http://www.euractiv.com), 28 June 2023).

<sup>143</sup> K. WESTMORE, J. HOLMES, *The Fraud Epidemic* (RUSI, 18 March 2022), <https://rusi.org/podcasts/suspicious-transaction-report/episode-6-fraud-epidemic>.

<sup>144</sup> M. LEVI, M. SMITH, *Fraud and its relationship to pandemics and economic crises: From Spanish flu to COVID-19*, Research report n. 19 Canberra, <https://doi.org/10.52922/rr78115>.

exacerbating customer moral hazard while holding all fraud-enabling sectors accountable.

Addressing payment fraud requires a concerted effort from both the public and private sectors, but it is challenging due to the scarcity of reliable data, a lack of consensus on effective solutions, its global reach, and its ever-evolving nature driven by dynamic perpetrators and vulnerabilities. Governments should adopt a risk-based approach to payment fraud, emphasizing ongoing assessment and implementation of adaptive mitigations, rather than seeking a one-size-fits-all solution. This dissertation outlines five domains of countermeasures, applicable to Italy, the UK, and similar legislative contexts: legislation, law enforcement, data sharing, customer empowerment through awareness and victim support, and the utilisation of Industry 4.0 technologies. While legislative reforms and enhanced law enforcement are vital, effectively combating payment fraud necessitates engaging in complex discussions regarding incentives and disincentives within all fraud-enabling sectors, with a particular focus on social media platforms and telecom companies, to recalibrate their share of accountability within the fraud bill.

----

*Abstract*

**PAYMENT FRAUD IN ITALY AND THE UK: COMPARATIVE ANALYSIS AND PROSPECTS FOR REFORM**

Questo lavoro indaga gli aspetti chiave delle frodi nei pagamenti bancari digitali in Italia e nel Regno Unito (UK), sfruttando anche le informazioni ricavate dalle interviste agli esperti del mondo bancario. In primo luogo, esplora la natura in evoluzione delle frodi nei pagamenti, evidenziando il loro passaggio da forme non autorizzate a forme autorizzate. In secondo luogo, valuta l'efficacia degli strumenti legislativi esistenti in Italia e nel Regno Unito, sottolineando la loro dipendenza dai processi politici. Da ultimo, analizza anche la proposta di direttiva PSD3 mettendone in luce aspetti positivi e criticità.

\*\*\*

*This work investigates the key aspects of digital banking payment fraud in Italy and the United Kingdom (UK), also exploiting the information obtained from interviews with experts in the banking world. First, it explores the evolving nature of payment fraud, highlighting its shift from unauthorized to authorized forms. Secondly, it evaluates the effectiveness of existing legislative instruments in Italy and the United Kingdom, highlighting their dependence on political processes. Finally, it also analyzes the proposed PSD3 directive, highlighting its positive aspects and critical issues.*

----

## CLAUSOLE ABUSIVE, INTERVENTO DEL GIUDICE E PRINCIPIO DEL GIUDICATO

BEATRICE ZUFFI

*Professore associato  
nell'Università di Padova*

SOMMARIO: 1. La relativizzata preclusione *pro iudicato* del decreto ingiuntivo definitivo dopo la sentenza della CGUE *Banco di Desio*. – 2. La complessiva ragionevolezza delle soluzioni prospettate dalla Corte di cassazione sul rafforzamento dell'istruttoria monitoria e sulla possibilità per il consumatore di far valere, anche oltre il termine per l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, l'abusività delle clausole presenti nel titolo negoziale posto a fondamento del credito. – 3. La portata eversiva del lento ma inesorabile movimento dei giudici del Kirchberg verso la consapevole fruizione delle nullità di protezione da parte del consumatore: scenari futuribili.

1. – Il presente contributo è tratto dalla relazione che ho avuto il piacere e l'onore di tenere, in dialogo con il Presidente di Sezione della Corte di cassazione, Franco De Stefano, durante un incontro di studio organizzato dalla Struttura decentrata della Corte di appello di Venezia della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La tutela del consumatore tra Corte di Giustizia e giudice nazionale*, tenutosi tra il 7 e l'8 marzo 2024 nella bella Aula d'assise di Rialto. Il dibattito che mi ha visto coinvolta concerne in particolare un problema di diritto processuale civile – quello del solerte controllo che il giudice deve d'ufficio operare sull'eventuale presenza di clausole vessatorie in seno ma anche a valle dei procedimenti ingiuntivi (e, come vedremo, in realtà anche in altre sedi) – che negli ultimi due anni ha assillato magistrati, accademici, avvocati, e rispetto al quale vorrei qui abbozzare alcune delle possibili future evoluzioni.

Una premessa è doverosa, ma appunto potrà essere assai breve grazie alle molte pagine scritte prima e dopo la pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 17 maggio 2022 nelle cause riunite c-693/19 e c-831/19<sup>1</sup>. Al riguardo concordo con le conclusioni che

---

<sup>1</sup> CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, 485 ss.; FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ibidem*, 526 ss.; CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, *ibidem*, 533 ss.; D'ALESSANDRO, *Una proposta per*



ricondere a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev, *ibidem*, 541 ss.; PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. esec. forz.*, 3, 2022, 686 ss.; DE STEFANO, *La Corte di giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande camera della CGUE*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) (22 settembre 2022); STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. It.*, 10, 2022, 2126; MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 ovvero quel che resta del brocardo "res judicata pro veritate habetur"*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), (17 maggio 2022); FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (10 luglio 2022); MINAFRA, *L'autorità del giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com) (17 agosto 2022); CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. It.*, 10, 2022, 2117 ss.; D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (2 novembre 2022); SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione Europea*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (17 gennaio 2023); SOLDI-CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (10 febbraio 2023); FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) (24 febbraio 2023); RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2023, 63 ss.; CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Rass. esec. forz.*, 2023, 126 ss.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 86 ss.; BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 65; CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, 357 ss.; CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, *ibidem*, 384 ss.; SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (12 aprile 2023); BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 946 ss.; CAPORUSSO, *Le sezioni unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1231 ss.; CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 2023, 1054 ss.; D'ALESSANDRO, *Dir.*

buona parte della dogmatica processualcivile trae dall'oggetto e dai limiti strutturali del procedimento monitorio: di per sé il decreto ingiuntivo non può recare alcun accertamento sull'efficacia o sulla validità delle clausole inerenti il titolo negoziale, così come su altre questioni pregiudiziali, la cui fondatezza potrebbe condurre – in un giudizio ordinario a cognizione piena – all'accertamento dell'inesistenza del credito<sup>2</sup>. In caso di mancata opposizione ex art. 645 c.p.c. la definitività che il provvedimento giudiziale emesso *inaudita altera parte* guadagna si concreta, infatti, in una preclusione *pro iudicato* che impedisce all'ingiunto di mettere in discussione la sola esistenza del credito con una successiva azione di accertamento negativo ovvero, in sede esecutiva, proponendo l'opposizione all'esecuzione<sup>3</sup>, mentre rimane del tutto impregiudicato (nel senso di non accertato...neppure implicitamente) l'antecedente logico da cui deriva il credito oggetto dell'ordine di pagamento.

Quello che risulta perciò direttamente impattato dalla sent. *Banco di Desio* non è (ancora) il vero e proprio giudicato, ma il procedimento monitorio sotto due diversi, ma correlati punti di vista. Innanzitutto, risulta mutata quasi geneticamente la delibazione che il giudice è chiamato a fare al cospetto del ricorso del creditore (non più limitata alla sussistenza di prove scritte del credito ex artt. 633-634 c.p.c., ma estesa al controllo officioso del contratto e della qualità di consumatore in capo al debitore), il che a sua volta rischia di circoscrivere l'ampio utilizzo del rimedio per come lo abbiamo conosciuto finora. L'effetto ultimo agognato dai giudici del Kirchberg è infatti di evitare – se non *in toto*, certo nella maniera più efficace possibile – l'emanazione e la circolazione di titoli esecutivi privi del doveroso scrutinio sulle clausole abusive. Per raggiungere tale *goal* si ammette – ed ecco il secondo vistoso aggiustamento apportato all'originario assetto del rito monitorio – la possibilità di una opposizione successiva alla consumazione del potere ordinario di impugnativa del decreto ingiuntivo ogni qualvolta la motivazione del provvedimento sommario taccia sul punto

---

93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. Cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c., ibidem, 1060 ss.; VINCRE, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1487 ss.

<sup>2</sup> V. VINCRE, *op. cit.*, 1495: «poiché, com'è indiscusso, nella procedura monitoria possono essere poste solo domande di condanna relative ad un diritto di credito o ad un diritto alla consegna di un determinato bene, la conclusione da trarre sul punto mi pare chiara: l'accertamento della non vessatorietà delle clausole contrattuali, in questo tipo di procedura non entra, né è mai entrat[o], nel deducibile e pertanto la questione non è coperta dal giudicato».

<sup>3</sup> BACCAGLINI, *Nullità di protezione*, cit., 65.

relativo alla possibile inefficacia (totale o parziale) della pattuizione da cui discende il debito del consumatore.

Mi sembra inequivoco allora che di tal fatta si finisca per rendere attaccabile (in maniera sin qui inusitata) il vincolo che è proprio del decreto ingiuntivo definitivo. Non sarà la vera e propria *res judicata* ad essere menomata, perché l'irretrattabilità del decreto ingiuntivo è più "focalizzata" ossia cala sul solo diritto al pagamento o alla consegna oggetto di ingiunzione. Tuttavia, non si può non constatare che a valle della citata sentenza della Corte di Giustizia un provvedimento giudiziale di condanna che sino a poco tempo fa si considerava appunto idoneo ad attingere una forza simile a quella del giudicato, ove non tempestivamente impugnato ex art. 645 c.p.c., può ora essere caducato, pur decorsi inutilmente 40 giorni dalla sua valida notificazione, in forza di una ragione astrattamente deducibile in sede di opposizione monitoria ordinaria.

Per garantire l'effettività della tutela accordata al consumatore ingiunto, la preclusione *pro iudicato* del decreto ingiuntivo definitivo non è insomma più in grado di precludere la tarda deduzione di certe circostanze (quelle attinenti la vessatorietà della pattuizione a base della pretesa): il meccanismo su cui si regge *l'impositio silentii* risulta così incrinato o – se si preferisce – relativizzato, in quanto il silenzio ben può essere rotto dal debitore-consumatore, laddove il giudice dell'ingiunzione abbia ommesso di effettuare il rilievo ufficioso sul carattere abusivo del contratto da cui origina il credito.

2. – Ciò detto, meritano sicuro apprezzamento le soluzioni avallate dalla celeberrima sentenza del 6 aprile 2023, n. 9479, con cui la Cassazione, quale organo di vertice deputato a garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ha indicato gli adattamenti del sistema nazionale conseguenti all'*arrêt* pervenuto dal Lussemburgo<sup>4</sup>.

In particolare, si mostrano del tutto condivisibili gli insegnamenti rassegnati dalle Sezioni Unite sul potenziamento dell'istruttoria monitoria, sugli esiti della fase *inaudita altera parte* e sull'avvertimento da rivolgere all'ingiunto per provocarne l'opposizione ex art. 645 c.p.c. in ordine alla possibile vessatorietà delle clausole del contratto. Un'adesione più perplessa, ma nel complesso consentanea, va a mio avviso manifestata anche rispetto alla scelta delle S.U. di rendere esperibile l'opposizione tardiva dell'art. 650 c.p.c. da parte del consumatore "ignaro" (ossia non avvertito dal giudice dell'ingiunzione) circa la possibile presenza di clausole vessatorie. Come ben si sa, la Cassazione ha così allargato (oltre forse il limite di elasticità) la clausola della forza maggiore, considerando l'*error in procedendo* del mancato

---

<sup>4</sup> In *Foro it.*, 2023, 5, I, 1452 ss.

rilievo dell'abusività del contratto<sup>5</sup> quale *factum principis* in grado di giustificare l'intempestiva reazione dell'ingiunto<sup>6</sup>. In maniera altrettanto disinvolta i giudici di legittimità hanno operato l'innesto del termine dell'opposizione *ex art. 645 c.p.c.* nell'opposizione tardiva, rendendo inoperativo il limite temporale dell'art. 650, ultimo comma, c.p.c., che altrimenti avrebbe sbarrato l'esperibilità del rimedio decorsi 10 giorni dall'inizio dell'esecuzione. Ciò è stato fatto nella consapevolezza – suffragata da vari precedenti della CGUE – di dover garantire appunto un congruo lasso di tempo al consumatore dalla “scoperta” (*rectius*: segnalazione giudiziale) del vizio per articolare la sua opposizione ed altresì per evitare che il pignoramento siluri l'effettività dell'apparato di speciale protezione apprestato per tale soggetto dal diritto unionale. Le licenze ermeneutiche che la S.C. si è presa a tal riguardo appaiono così ragionevoli: nell'immobilità del legislatore serviva un prontuario per la gestione delle ricadute della sentenza *Banco di Desio* e, tutto sommato, l'*arcuaria fabrica* costruita dalla S.C. per conformare l'ordinamento italiano al consolidato indirizzo del Plateau Kirchberg sembra a tenuta.

Vi sono, pervero, delle incongruenze: ne indicherò un paio. Innanzitutto, discutibile appare la supposta necessità del rimedio dell'opposizione tardiva quale unica via per ottenere la caducazione del decreto ingiuntivo adottato senza il rilievo di abusività del contratto: in realtà non ci sono ragioni davvero persuasive per escludere in radice la possibilità di dichiarare la vessatorietà nell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* Com'è stato osservato, anzi, la soluzione di incanalare in maniera assorbente nell'art. 650 c.p.c. la tutela giurisdizionale del consumatore “poco avveduto” non solo non è richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ma rischia di “tradire” uno dei cardini su cui essa si poggia<sup>7</sup>, sottraendo al giudice – che si trovi ad essere investito *ex art. 615 c.p.c.* del potere di giudicare in merito al diritto del creditore di agire *in executivis* – la facoltà di valutare e decidere immediatamente l'abusività delle clausole del sottostante contratto: la CGUE ha, infatti, più volte enfatizzato che la valutazione dell'autorità giurisdizionale sulla possibile violazione della dir. 93/13 deve avvenire «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine»<sup>8</sup>. Non vi sono nemmeno motivi cogenti per imporre

<sup>5</sup> CONSOLO, *op. cit.*, 1056; DE STEFANO, *La Corte di Giustizia*, cit.; ID., *Le sentenze di Chicxulub*, cit.

<sup>6</sup> BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo*, cit., 950.

<sup>7</sup> CARRATTA, *op. cit.*, 372.

<sup>8</sup> V. le sentenze della Corte di Giustizia adottate nelle cause: *Asturcom*, *Pannon*, *Eva Martin Martin*, *Profi Credit Polska*, *Kancelaria Medius*, *Lintner*.

alla causa che fosse proposta nelle forme dell'art. 615 c.p.c. la conversione in un'opposizione tardiva, ciò che comporta impegnative contorsioni per giustificare l'inedita *translatio*<sup>9</sup> da un processo avente ad oggetto l'esercizio dell'azione esecutiva e che, oltretutto, potrebbe essere stato promosso per doglianze diverse dalla denuncia di vessatorietà, ad un giudizio riguardante la revoca del d.i. su tale motivo<sup>10</sup>.

L'altro inconveniente insito nella soluzione prospettata – autodenunciato dalle stesse S.U. – sta nel fatto che, radicandosi la causa di opposizione tardiva avanti al giudice dell'ingiunzione, risulta vanificata la previsione dell'art. 63 cod. cons. ogniquale volta appunto la vessatorietà riguardi la clausola di deroga alla competenza. Sul punto la Cassazione ritiene che la distrazione del consumatore dal proprio foro sia accettabile, stanti le virtù del processo civile telematico: la considerazione non è molto ficcante, ma soprattutto va respinta perché in realtà vi è la possibilità che la causa sulla validità del contratto e quindi sull'esistenza del credito si svolga dinanzi al giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore. A mio modesto avviso, infatti, il giudice, avanti al quale in ossequio al principio della competenza funzionale va proposta l'opposizione tardiva, una volta revocato il provvedimento sommario di condanna per vessatorietà della deroga al foro, dovrebbe declinare la propria competenza a favore del giudice *ex art. 63 c. cons.* proprio perché constata l'inefficacia della pattuizione che aveva fondato la competenza del giudice dell'ingiunzione. Analogamente a quanto accade quando il decreto ingiuntivo opposto *ex art. 645 c.p.c.* risulta emesso da un giudice incompetente.

*De iure condendo* sarebbe comunque preferibile che questo importante "adeguamento" dell'ordinamento italiano alla pronuncia *Banco di Desio* avvenisse mediante un'interpolazione all'art. 656 c.p.c. L'interpretazione estensiva offerta dalle S.U. circa l'ambito di operatività dell'opposizione tardiva, pur giustificata dall'impellenza di individuare una *exit strategy* "unidirezionale" rispetto ai vari problemi precipitati sugli uffici giudiziari all'esito della decisione della CGUE, rischia di assumere in effetti i contorni di una forzatura, che alla lunga potrebbe far implodere la stabilità del d.i. non opposto. L'art. 650 c.p.c. rappresenta una fattispecie di rimessione in termini che dovrebbe scattare laddove l'ingiunto, per ragioni obiettive – estranee alla sua minore o maggiore consapevolezza circa le deduzioni esperibili – non sia stato raggiunto da una valida notificazione del decreto o sia stato impossibilitato a proporre un'opposizione monitoria nei successivi

<sup>9</sup> C'è infatti chi parla di una «riassunzione innovativa e talora trasformativa in radice dell'oggetto da decidere e degli effetti»: CONSOLO, *op. cit.*, 1057.

<sup>10</sup> CRIVELLI, *op. cit.*, 402.

40 giorni. Consentire in via ermeneutica che tale espediente possa essere utilizzato anche per la mancata motivazione del d.i. sulla validità del titolo negoziale del credito, oltre che per la scarsa dimestichezza giuridica del debitore, potrebbe insomma rendere la preclusione *pro iudicato* permeabile anche ad altri tipi di *errores in procedendo* e ad altre situazioni di *ignorantia legis* da ritenersi scusabili, in quanto riferibili a parti deboli<sup>11</sup>.

Mi sembra allora più soddisfacente, da un punto di vista sistematico, la soluzione, autorevolmente sostenuta<sup>12</sup> e veicolata anche in una proposta di legge<sup>13</sup>, volta ad integrare il catalogo dei motivi di revocazione esperibili contro il provvedimento monitorio definitivo al fine di includervi l'ipotesi del mancato rilievo ufficioso dell'abusività del contratto su cui si fonda la pretesa creditoria. In tal modo verrebbe ad essere configurato un nuovo sintomo di ingiustizia del d.i. non opposto. L'omessa valutazione sulla vessatorietà del titolo negoziale del credito è in effetti deducibile con l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, ma se ciò non avviene è perché con ogni probabilità il consumatore ha scarsa consapevolezza dei propri diritti. In considerazione di tale situazione (che la CGUE reputa evidentemente piuttosto diffusa) va ammessa l'esperibilità di un'impugnazione straordinaria, che consenta all'ingiunto di far valere il descritto vizio in un termine congruo a partire dalla sua effettiva scoperta (*recte*: dal momento in cui un qualsiasi giudice abbia rilevato la questione). Si tratta di un *error in procedendo* che può essere speso come gravame straordinario, in quanto appunto segnala la probabile, ma non certa, ingiustizia dell'ingiunzione. Non si può infatti dire a priori se la valutazione della questione condurrà ad un esito diverso dalla condanna contenuta nel d.i. Di tale ipotetica ingiustizia dovrebbe poter essere investito – in forza di una esplicita previsione normativa che aggiunga l'ipotesi a quella dei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. – il giudice della revocazione. Che sarebbe poi lo stesso giudice dell'ingiunzione, fermo restando che nell'eventualità di vessatorietà riguardante la deroga al foro, dopo la revoca del decreto ingiuntivo, dovrebbe aver luogo la *translatio iudicii* a favore del giudice del consumatore<sup>14</sup>.

La modifica all'art. 656 c.p.c. andrebbe accompagnata però ad un aggiustamento delle norme sul potere di inibitoria del giudice della

<sup>11</sup> SCARSELLI, *op. cit.*, 7; VINCRE, *op. cit.*, 1501.

<sup>12</sup> CONSOLO, *op. cit.*, 1057.

<sup>13</sup> Proposta di legge n. 1301, presentata alla Camera dei Deputati il 13 luglio 2023.

<sup>14</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, 643 ss.; FAZZALARI, voce *Revocazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 296.

revocazione, in quanto ai sensi dell'art. 401 c.p.c. la sospensione della pronuncia va concessa *ex art.* 373 c.p.c., quindi: in camera di consiglio, su istanza di parte (da inserire nella citazione) e al ricorrere di un grave ed irreparabile danno. Occorrerebbe insomma mitigare il rigore dell'onere probatorio sul *periculum*, riportandolo a quello meno severo della dimostrazione dei gravi motivi di cui agli artt. 282 e 649 c.p.c.<sup>15</sup>, come del resto fa la cit. proposta di legge.

3. – L'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia non può comunque essere circoscritto al procedimento monitorio. A me sembra infatti che l'insieme delle pronunce che i giudici del Kirchberg hanno nel tempo stratificato sul rilievo della vessatorietà delle clausole in base alla dir. 93/13/CE formino ormai un aggregato abbastanza imponente e solido, che punta a garantire l'effettività della tutela dei consumatori, pur nel rispetto – che viene sempre ribadito, ma pare invece man mano assottigliarsi – dell'autonomia procedurale dei sistemi nazionali. Se la direzione è quella, il lento ma inesorabile cammino di questo massiccio ghiacciaio che dal Lussemburgo scende verso gli ordinamenti municipali credo porterà verosimilmente a breve a mettere in discussione anche l'accertamento incontrovertibile che si forma nei processi a cognizione piena.

Sia consentita una rapida disamina degli arresti della CGUE che ci sembrano supportare questa previsione:

---

<sup>15</sup> Un corollario positivo di questo scenario è che verrebbe secondo me ad essere indubbia la possibilità dell'immediata restituzione a favore del consumatore che ottenga la revoca del provvedimento, anche nell'eventualità che sulla sua scorta in sede esecutiva sia già stata disposta la vendita o l'assegnazione: l'art. 402 c.p.c. prevede infatti espressamente ed in via generale che il giudice della revocazione provveda alla restituzione. Per vero anche in sede di opposizione monitoria si ritiene che sia implicita nella domanda di revoca del d.i. il *petitum* restitutorio; le S.U. 9479/2023 però sul punto sembrano inflessibili nell'escludere che il g.e. possa sollecitare l'esercizio di tale espediente dopo la vendita o l'assegnazione, costringendo così il debitore ad esperire azioni risarcitorie *ex post*, il che mi pare diseconomico non solo per il singolo, ma anche per il sistema. Riterrei pertanto opportuno ammettere la segnalazione della vessatorietà da parte del g.e. anche in sede di distribuzione del ricavato. Del resto, nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. è sì inammissibile dopo che sia disposta la vendita o l'assegnazione, ma viene fatta salva la successiva esperibilità dell'azione qualora fondata su fatti sopravvenuti oppure quando l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile (e che nel caso di specie sia da ritenersi integrata un'ipotesi di forza maggiore la Cassazione è convinta, come emerge dall'interpretazione estremamente lata data all'art. 650 c.p.c.).

- sent. *Oceano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, cause riunite c-240/98 e c-244/98: il sistema di tutela di cui alla dir. 93/13 «si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione, possa essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»;

- sent. *Eva Martin Martin* del 17 dicembre 2009, causa c-227/08: quando si tratta di procedimenti a cognizione piena l'obbligo del giudice riguarda la mera rilevazione, cui farà seguito la dichiarazione di nullità quante volte il consumatore, avuta contezza delle clausole abusive, abbia dichiarato di volersi avvalere della protezione offerta dalla Dir. 93/13;

- sent. *Banco Primus* del 26 gennaio 2017, causa c-421/14: non è contraria alla dir. 93/13 la normativa nazionale che vieta al giudice di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto qualora sia stato già statuito sulla legittimità di tutte le clausole con una decisione avente forza di giudicato; quindi, in presenza di una o più clausole contrattuali la cui abusività non sia stata ancora esaminata, il giudice nazionale in sede di opposizione incidentale all'esecuzione è tenuto a valutare la vessatorietà;

- sent. *Lintner* dell'11 marzo 2020, causa c-511/17: il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la presenza di eventuali clausole abusive anche quando entrambi i contendenti siano assistiti in giudizio dal proprio rappresentante tecnico;

- sent. *Iberçia Banco* del 17 maggio 2022, causa c-600/19: «il giudice, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, non può più procedere a un esame del carattere abusivo di clausole contrattuali che condurrebbe all'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà e a rimettere in discussione la certezza giuridica di trasferimento della proprietà già effettuato nei confronti di un terzo», tuttavia ciò non impedisce allo stesso debitore/consumatore «di far valere in un successivo procedimento distinto il carattere abusivo delle clausole del contratto [...] per ottenere il risarcimento del danno economico causato dall'applicazione delle clausole di cui trattasi».

Quel che appare davvero cruciale in tutte queste pronunce della CGUE è la necessità di inculcare nel consumatore, quale soggetto debole della contrattazione, la consapevolezza dei propri diritti e delle garanzie offerte dal diritto dell'UE. Nello specifico il principale assillo dei giudici del Lussemburgo è rendere edotto il consumatore, ove divenga parte di un processo, della possibilità di avvalersi delle nullità di protezione previste a suo favore. A tali fini non rileva e non può rilevare in sé la differenza tra



procedimenti a cognizione sommaria e a cognizione piena<sup>16</sup>, poiché si deve andare a vedere in concreto – riscontrandolo nella parte motiva del provvedimento di condanna – se la segnalazione o il rilievo ufficioso è stato fatto dal giudice e verificare così se effettivamente il destinatario delle nullità di protezione sia stato posto in grado di manifestare la volontà di avvalersene.

Ora, il nucleo di questo ragionamento, se svolto sino alle sue estreme conseguenze, potrebbe portare ad un cambiamento di alcune delle sequenze di base che caratterizzano anche i giudizi ordinari.

In particolare, nei processi contumaciali si potrebbe giungere alla conclusione che il giudice, di fronte alla mancata costituzione del consumatore, debba indicare alla parte interessata (con un'ordinanza soggetta a comunicazione personale, previa rilettura estensiva dell'art. 292 c.p.c.) la probabile presenza delle clausole vessatorie<sup>17</sup>. Ma *quid iuris* a fronte alla sua perdurante *indefensio*? Verrà ritenuto tale ostinato silenzio alla stregua di un rifiuto del contumace notiziato di avvalersi delle nullità di protezione? O il giudice dovrà procedere comunque alla valutazione della vessatorietà? Propenderei per la prima opzione, perché qui effettivamente non vi sono di fatto spese processuali cui il consumatore deve andare incontro e che potrebbero frenarlo dall'invocare la violazione della dir. 93/13/CE (a differenza di quanto accade quando è emanata nei suoi confronti un'ingiunzione, dato l'onere di iscrivere a ruolo l'opposizione monitoria)<sup>18</sup>. Tuttavia, occorre osservare che perché il titolo esecutivo non sia attaccabile serve una motivazione sull'abusività della contrattazione, sicché si potrebbe pure arrivare ad affermare che, a fronte della persistente *indefensio* del consumatore, il giudice debba comunque dire se riscontra o meno

<sup>16</sup> CARRATTA, *op. cit.*, 360.

<sup>17</sup> In questi termini RASIA, *op. cit.*, 82, il quale giustamente ricorda come dal Plateau Kirchberg si è, ad es., affermato che «la direttiva n. 93 del 2013 dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico è tenuto ad esaminare d'ufficio se il contratto contenente tale clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva medesima e, se del caso, la natura eventualmente abusiva di detta clausola»: CGUE, sent. 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 37.

<sup>18</sup> Per la rilevanza delle spese processuali quale “scusante” per la passività del consumatore v. sentt. CGUE 14 giugno 2012, *Banco Espanol de credito*, causa c-618/10, punto 54; 10 settembre 2018, *Danko e Dankova*, causa c-448/17, punto 46; 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, causa c-168/05, punto 29 e giurisprudenza ivi citata; nonché sent. 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, causa c-76/10, punto 43.

l'inefficacia di una o più delle clausole rilevanti al fine di decidere l'esistenza o l'entità del credito. Va infatti ricordato che nella pronuncia del 4 giugno 2009, relativa al caso *Pannon*, causa c-243/08, la CGUE ha specificato che l'obbligo di esaminare d'ufficio l'abusività scatta non appena il giudice abbia gli elementi utili a compiere codesto scrutinio: ove consideri vessatoria la clausola, non deve applicarla, tranne il caso in cui il consumatore vi si opponga<sup>19</sup>. Stando al tenore di tale statuizione, per impedire la valutazione sulla vessatorietà sembrerebbe quindi necessaria una manifestazione di volontà contraria del consumatore. Ergo: in caso di sua contumacia, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi sulla presenza o meno di clausole abusive. Del resto, nella sentenza *Pénzügyi* del 31 marzo 2022, causa c-472/20, la Corte del Lussemburgo ha affermato che il giudice nazionale deve rimettere il consumatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita. Come si vede, allo stato è dato riscontrare qualche ambiguità e/o contraddizione tra le stesse pronunce del Kirchberg, per cui l'attualizzarsi dell'uno o dell'altro scenario dipende un po' dalla piega che il corso del descritto orientamento giurisprudenziale prenderà<sup>20</sup>.

In generale si dovrà però probabilmente mettere in conto, salve repentine inversioni ad u della Corte di Giustizia, che nei processi ordinari (si sia o meno il consumatore costituito) andranno ammesse, a fronte di "patologici" punti ciechi delle pronunce, attenuazioni all'inveterato principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, nonché alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c.<sup>21</sup>. Qualora venga omesso completamente il

---

<sup>19</sup> V. pure sentt. *Asbeek Brusse*, del 30 maggio 2013, causa c-488/11, punto 49; *Banco Español de Crédito*, del 14 giugno 2012, cit., punto 63; *Banif Plus Bank*, del 21 febbraio 2013, causa c-472/11, punto 27.

<sup>20</sup> Cfr. RASIA, *op. cit.*, 65, il quale ammonisce: «dalla giurisprudenza europea non emerge che la Corte abbia maturato un'analisi teorica del giudicato, ma piuttosto che si punti ad applicare sul piano pratico il principio c.d. dell'effetto utile del diritto europeo: il che rende alquanto difficile anche prevedere o razionalizzare futuri orientamenti del Kirchberg».

<sup>21</sup> Cfr. CONSOLO, *op. cit.*, 1059, secondo cui il potere-dovere del giudice di rilevare la vessatorietà sarebbe «sempre liberamente esercitabile nell'ambito di un processo ordinario di cognizione, in cui il giudice è chiamato a giudicare *secuncum alligata e probata partium*, nel contraddittorio paritario. Ed è questa la ragione per cui il mancato rilievo officioso di una nullità di protezione non impedirà la formazione del giudicato sostanziale, se la sentenza non sia impugnata dal consumatore soccombente». In tale senso pure D'ALESSANDRO, *Una proposta*, cit., 544, e BACCAGLINI,

dovuto rilievo ufficioso sulla vessatorietà, *nulla quaestio* se l'*error* viene ovviamente dedotto per la prima volta in sede di impugnazione ordinaria, ma se si forma il giudicato senza alcuna specifica presa di posizione in motivazione, siamo sicuri che prima o poi dal Lussemburgo qualcuno non ci verrà a dire che, essendo stata totalmente omessa la verifica sull'abusività, il consumatore deve essere ammesso a far valere l'inesistenza del credito anche se la pronuncia gode dell'efficacia di accertamento *ex art.* 2909 c.c.?

Di qui l'opportunità di un intervento normativo che, inserendo intanto un nuovo motivo di revocazione straordinaria per il decreto ingiuntivo emesso senza il dovuto controllo sulle clausole abusive, prepari il terreno per una successiva estensione dell'esperibilità del rimedio anche nei riguardi dei giudicati formati in seno a giudizi a cognizione piena. Giusto per non trovarsi nuovamente a dover correre ai ripari dinanzi alla piena gittata degli insegnamenti della CGUE. Il che potrebbe poi preludere ad una revocabilità ancora più estesa – crediamo – delle pronunce che vulnerino norme imperative di derivazione eurounitaria ancorché estranee all'ambito della dir. 93/13 (ad es. in materia di antitrust, di protezione internazionale, di discriminazioni).

La prospettiva non troppo fantascientifica potrebbe essere insomma quella dell'introduzione di una nuova figura di revocazione straordinaria delle decisioni che risultino aver del tutto disatteso l'applicabilità inderogabile delle disposizioni comunitarie imposte a protezione delle parti deboli del rapporto processuale. Ciò auspicabilmente potrebbe andare a braccetto con una rivisitazione della previsione inspiegabilmente asfittica delle ipotesi introdotte all'art. 391-*bis* c.p.c. sulla revocabilità delle sentenze accertate come contrastanti con la CEDU<sup>22</sup>.

---

*Il decreto ingiuntivo, cit.*, 953. In effetti, in passato la stessa Corte di Giustizia, nella sent. *Asturcom*, del 6 ottobre 2009, causa c-40/2008, ha enfatizzato la centralità del principio dell'autorità di cosa giudicata, rilevando come il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba supplire integralmente alla completa passività del consumatore. Al di là delle declamazioni, bisognerà vedere quanto intensamente i giudici del Lussemburgo riterranno di dover garantire effettività alla tutela del consumatore.

<sup>22</sup> Su cui leggi, *si vis*, ZUFFI, *CEDU e giudizio di legittimità: il nuovo rimedio revocatorio esperibile ai sensi dell'art. 391-quater c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2023, 115 ss.

Non si tratta in fondo di una prospettiva spaurante, ma di una delle manifestazioni del mai sopito dibattito se sia meglio un diritto certo, ma ingiusto o un diritto giusto, ma incerto<sup>23</sup>.

-----

*Abstract*

**UNFAIR TERMS, COURT INTERVENTION AND THE PRINCIPLE  
OF RES JUDICATA**

L'A. illustra i principali problemi interpretativi sorti a seguito della pronuncia della CGUE *Banco di Desio*, relativa alla possibilità per il consumatore di far valere la nullità di clausole abusive che non siano state scrutinate dal giudice in sede di emissione di un decreto ingiuntivo, mostrando tendenziale adesione alle soluzioni proposte a parte di essi dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 9479/2023 e sostenendo che l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia non può comunque essere circoscritto al procedimento monitorio.

\*\*\*

*The A. illustrates the main interpretative problems that have arisen following the CJEU's Banco di Desio ruling on the possibility for consumers to assert the nullity of unfair terms that have not been scrutinized by the court in the issuance of a summary order (decreto ingiuntivo), approving the solutions proposed by the Court of Cassation in its judgment no. 9479/2023 and arguing that the impact of the CJEU's jurisprudence is not to be confined to the summary injunction proceedings.*

-----

---

<sup>23</sup> Secondo la celebre formula elaborata da Gustav Radbruch, per cui alle leggi estremamente ingiuste può essere negata validità, perché l'estrema ingiustizia non è e non può essere legge.

## LA COMPENSAZIONE NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

MICHELLE VANZETTI  
*Professore associato  
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Premessa. Profili generali della compensazione. – 2. Liquidazione giudiziale e compensazione: il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII). – 3. Condizioni affinché si verifichi l'effetto estintivo: la reciprocità e il diritto al concorso. L'omogeneità. L'esigibilità. L'antioriorità del fatto genetico dei reciproci crediti. – 4. La liquidità e il problema della certezza. La liquidità e il problema dell'ammissibilità della compensazione giudiziale. – 5. L'art. 155, co. 2° e il limite temporale dell'acquisto *inter vivos*. – 6. Profili processuali: considerazioni preliminari. Il diritto di credito quale questione risolta *incidenter tantum* in vista della decisione sul diritto al concorso: riflessi sull'eccezione di compensazione. – 7. Modalità di esercizio della compensazione in pendenza della liquidazione giudiziale. – 8. Efficacia della decisione pronunciata in sede di accertamento dello stato passivo e riflessi sul giudizio ordinario nel quale sia stata sollevata l'eccezione di compensazione. – 9. La compensazione fatta valere dal soggetto *in bonis* in sede di formazione dello stato passivo. – 10. Compensazione di un controcredito eccedente il credito dedotto in giudizio dalla curatela. – 11. Oggetto ed efficacia in sede di formazione dello stato passivo della decisione assunta dal giudice ordinario.

1. – La compensazione in sede di concorso è oggi regolata dall'art. 155 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) in maniera che non si discosta, se non per un unico profilo che si avrà modo di indagare più avanti (*infra*, prf. 5), dalla precedente disciplina dettata dalla legge fallimentare. Prima di procedere all'esame approfondito dell'istituto, appare utile ricordarne brevemente i tratti essenziali.

Regolata dagli artt. 1241 e ss. c.c.<sup>1</sup>, la compensazione costituisce un modo oneroso di estinzione delle obbligazioni, che si realizza quando due

---

<sup>1</sup> SCHLESINGER, *v. Compensazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1957, 722 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *v. Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, Milano 1960, vol. VIII, 16 ss.; DE LORENZI, *v. Compensazione*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, 65 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Iudica - Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 716 ss..

soggetti vantano, l'uno nei confronti dell'altro, crediti parimenti omogenei, liquidi ed esigibili (c.d. compensazione legale: art. 1243, co. 1, c.c.). Discusso è, tuttavia, se l'effetto estintivo si produca di diritto, per la sola loro coesistenza<sup>2</sup>, oppure se sia necessaria una dichiarazione (unilaterale, recettizia), con la quale uno dei due creditori affermi di volersi avvalere della compensazione, in tal guisa dando luogo all'effetto estintivo<sup>3</sup>. È, peraltro, espressamente sancito dall'art. 1242 c.c. che l'effetto menzionato, quale che ne sia l'origine, operi dal momento della coesistenza dei due crediti, e che la compensazione costituisca un'eccezione in senso stretto<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> REDENTI, *La compensazione*, cit. 16 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano 1991, 335 ss.; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Vassalli, Luiso Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*. Vol. III, *Gli effetti del Fallimento*, Torino, 2014, 110.

<sup>3</sup> MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in ID., *Opere minori di diritto processuale civile*, vol. I, Milano 1982, 653 ss., *passim*; INZITARI, *Commento all'art. 56*, in Bricola, Galgano, Santini (a cura di), *Legge fallimentare*, Commentario Scialoja, Branca, Bologna Roma, 1988, 159 ss., in particolare 163, 165, 175 e 185 ss.; DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 357 ss. Per la meticolosa ricostruzione del problema: E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., 8 ss. e 30 ss.

Secondo che si ritenga di aderire alla tesi per cui l'effetto estintivo opera *ipso iure*, o invece a quella per cui esso opera in virtù della dichiarazione di una delle parti, parzialmente diverso è il modo di ricostruire l'istituto (REDENTI, *La compensazione*, cit., 16 ss.; MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, cit., 657 ss.; ID., *Compensazione legale e fallimento*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1951, II, 33 ss.; RAGUSA MAGGIORE, v. *Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 17 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 951; SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 724; GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, nota a T. Milano, 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, 63 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, 726; E. MERLIN, *op. cit.*, 156 ss.). In base alla prima tesi con l'eccezione di compensazione il controcreditore convenuto in giudizio chiede al giudice di tenere conto di una compensazione che si è già avverata e, conseguentemente, di rigettare la domanda: l'eccezione rappresenta pertanto un atto di natura e rilievo processuale. In base alla seconda tesi, viceversa, con l'eccezione di compensazione il controcreditore compie due atti giuridicamente rilevanti: uno, di natura sostanziale, che consiste nella formulazione della dichiarazione negoziale (MICHELI, *op. cit.*, 660 ss. e 663 e ss.; INZITARI, *op. cit.*, 165; BRECCIA, *op. cit.*, 727; BOZZA, *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1999, 876, in particolare 877), unilaterale e recettizia, che porta al perfezionamento della fattispecie estintiva; l'altro, di natura processuale, che consiste in una domanda di accertamento del controcredito opposto in compensazione e correlativamente di rigetto della domanda dell'attore per l'avvenuta estinzione del credito e del controcredito per compensazione (DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, 22 ss. Cfr. anche BRECCIA, *op. cit.*, 726 s.; SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 724 s.).

<sup>4</sup> Va ricordata la distinzione fra compensazione c.d. propria, vale a dire quella in cui i due crediti reciproci sorgono da rapporti giuridici differenti; e la compensazione c.d. impropria, vale a dire quella in cui i due crediti reciproci traggono origine da un unico rapporto giuridico tra le parti (ad es. di conto corrente): in tal caso la giurisprudenza suole affermare che non trova applicazione la disciplina dettata dal codice civile, dovendo il giudice tener conto di tutte le partite per stabilire la somma

L'art. 1243, co. 2, c.c. disciplina la compensazione c.d. giudiziale. Esso, in deroga alla previsione del primo comma, dispone che, se il credito opposto in compensazione non è liquido, ma di facile e pronta liquidazione, e possiede gli altri requisiti necessari affinché si produca l'effetto estintivo, il giudice può, dopo averlo quantificato, dichiarare la compensazione fino a concorrenza. In tal caso l'effetto estintivo si verifica *ex nunc*, vale a dire dalla relativa pronuncia, elemento costitutivo della fattispecie estintiva: la sentenza che dichiara la compensazione ha qui pertanto natura costitutiva<sup>5</sup>, diversamente da quel che avviene in caso di compensazione legale, ove la sentenza ha natura dichiarativa.

La disciplina brevemente menzionata va coordinata con l'art. 35 c.p.c., che regola l'eccezione di compensazione<sup>6</sup>. Attraverso questa eccezione, il convenuto ha come principale obbiettivo il rigetto della domanda avversaria, nei limiti del controcredito opposto<sup>7</sup>; ove quest'ultimo sia contestato, si avrà l'accertamento (incidentale, *ex lege*) dell'esistenza del medesimo<sup>8</sup>.

L'art. 1252 c.c. regola infine la compensazione c.d. volontaria: l'accordo tra le parti può essere volto a produrre la compensazione di crediti già esistenti, ma di per sé inidonei a essere compensati (c.d. accordo compensativo costitutivo: art. 1252, co. 1, c.c.); oppure può stabilire in via preventiva le condizioni alle quali l'operare della compensazione è subordinata (c.d. accordo compensativo regolamentare: art. 1252, co. 2, c.c.)<sup>9</sup>. L'estinzione opererà nel primo caso *ex nunc* e nel secondo caso *ex tunc*<sup>10</sup>.

---

effettivamente dovuta. Cfr. Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., in particolare 527; Cass. Sez. un. 19 novembre 1996, n. 10097, in *Giust. civ.*, 1997, I, 665, con nota di GIACALONE; Trib. Milano, 23 giugno 2015, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 463. Cfr. anche E.F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, in *Giur. comm.*, 1980, 346 e ss., spec. 349 ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 380; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 957.

<sup>5</sup> REDENTI, *La compensazione*, cit., 39 s.; E. MERLIN, *op. cit.*, 610 ss. Ha, per contro, natura di accertamento mero la sentenza che decide una controversia, nell'ambito della quale sia fatta valere la compensazione legale.

<sup>6</sup> E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, Milano 1994.

<sup>7</sup> Qualora il controcredito opposto sia superiore al credito oggetto della domanda principale, il convenuto può formulare domanda riconvenzionale di condanna per il residuo: in tal caso l'eventuale sentenza di accoglimento conterrà anche un capo condannatorio corrispondente.

<sup>8</sup> E. MERLIN, *op. cit.*, 199 ss., 208 ss. e 228 s. In senso contrario: DALBOSCO, *La compensazione*, cit., 357 ss. V. altresì AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 25 ss.

<sup>9</sup> E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., 645 e ss.. Sul c.d. patto di compensazione fra la banca e il correntista, cfr. Cass. 27 gennaio 2023, n. 2556; Cass., 13 dicembre 2022, n. 36415. Cfr. altresì Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008; Cass. 15 giugno 2020, n. 11523. Cfr. tuttavia Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *Ilfallimentarista.it* 5 giugno 2017 (con nota di GUCCIARDO).

<sup>10</sup> REDENTI, *La compensazione*, cit., 35 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 722 ss..

Quest'ultimo istituto esula però dall'ambito di applicazione della disciplina in esame: esso involge, semmai, quella relativa agli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti.

2. – L'eccezione di compensazione può essere efficacemente sollevata anche in pendenza di una procedura concorsuale: ciò era previsto dall'art. 56, co. 1, della legge fallimentare, e allo stesso modo oggi dispone l'art. 155, co. 1, CCII. L'ipotesi tipica vede il controcreditore convenuto in un ordinario giudizio di cognizione opporre l'eccezione in esame al curatore, attore fin dall'origine o subentrato al debitore a norma dell'art. 143 CCII<sup>11</sup>.

Il fatto che il CCII confermi la possibilità di eccepire la compensazione, con effetti opponibili al ceto creditorio, a chi sia al contempo creditore e debitore di un soggetto sottoposto a liquidazione giudiziale (di seguito anche l.g.)<sup>12</sup> dimostra come anche il legislatore del CCII abbia accolto l'idea

---

<sup>11</sup> Cass. 2 settembre 2022, n. 25947; Cass. 25 marzo, 2022, n. 9787; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298. Cfr. INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 172 ss.

È comunemente ammessa la compensazione anche in sede di formazione del passivo: si ritiene, infatti, che il soggetto *in bonis*, che abbia proposto domanda di insinuazione al passivo possa in questa sede dichiarare di essere anche debitore della massa, domandando conseguentemente che venga pronunciata la compensazione da parte del giudice delegato. Come si vedrà più avanti (*infra*, prf. 9), è peraltro ben possibile ipotizzare anche che sia il curatore ad eccepire la compensazione nel caso in cui il terzo chieda l'ammissione di un proprio credito al passivo (Cass. 7 agosto 2019, n. 21049; Cass. 15 Aprile 2019, n. 10528): si tratta di una ipotesi che non rientra nell'ambito di applicazione della norma in esame; il curatore, peraltro, a meno che non si sia prescritta l'azione, non ha di regola alcun interesse a opporre in compensazione un credito che andrebbe pagato in moneta buona, ove il terzo non si avvalga della facoltà di compensare. Ai sensi dell'art. 203, co. 1, CCII il curatore può eccepire fatti estintivi del diritto fatto valere in quella sede dal terzo creditore «anche se è prescritta la relativa azione»: egli può quindi eccepire in compensazione al creditore che faccia domanda di insinuazione al passivo un controcredito del debitore che si sia già prescritto, purché la coesistenza dei crediti abbia avuto luogo prima del decorso del termine di prescrizione (v. art. 1242, co. 2, c.c.), e sussistano tutti i requisiti affinché si verifichi l'effetto estintivo.

<sup>12</sup> FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli 1965; MANCUSO, *La compensazione nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1968, 350 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Milano 1974, 949 ss.; INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in Ragusa Maggiore, Costa (diretto da), *Il fallimento*, Torino 1997, 27 ss.; SCALINI, *La compensazione nel fallimento*, Milano, 1998; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, vol. I, 343 ss.; SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed., Padova 1996, 198 ss.; APICE, *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, 337 ss.; M. FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, nota a Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, c. 165 ss.; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1003 ss.; JORIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Padova 2009, 382 ss.; PERRINO, *Compensazione in sede di fallimento*, in Nigro - Sandulli - Santoro (a cura di),



secondo cui sarebbe iniquo costringere questo soggetto ad adempiere in «moneta buona», per vedere il proprio credito pagato in «moneta concorsuale»<sup>13</sup>, facendosi in tal modo prevalere siffatte esigenze di equità sul generale principio della *par condicio*<sup>14</sup>. Alla luce della *ratio* della norma, e del fatto che, in concreto, questa sottrae il controcreditore al concorso, v'è chi offre della stessa un'interpretazione restrittiva, affermando che, ferma l'applicabilità anche all'esecuzione concorsuale degli artt. 2143 e 2917 c.c., l'unico presupposto che può mancare alla data di avvio della procedura sarebbe l'esigibilità del controcredito, in quanto ciò è espressamente previsto dall'art. 155<sup>15</sup>. La giurisprudenza più recente si è, per contro, stabilizzata su un'interpretazione assai largheggiante dell'istituto, pretendendo la sola anteriorità del fatto genetico dei crediti contrapposti<sup>16</sup>, e così ammettendo una compensazione con un'estensione maggiore rispetto a quella prevista dal codice civile<sup>17</sup>.

L'individuazione dei requisiti in presenza dei quali può operare la compensazione in pendenza di una liquidazione giudiziale è pertanto

---

*La legge fallimentare dopo la riforma*, vol. I, Torino, 2010, 828 ss.; JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. Vol. II, Il fallimento – Effetti – Stato passivo*, Milano, 2017, 91 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, IV ed., Bologna 2021, 191 ss. La norma è applicabile anche al concordato preventivo: SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1116.

<sup>13</sup> Cass. 13 gennaio 2009, n. 481, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, 44. In dottrina, RAGO, *La compensazione*, cit., 1013 ss.; DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 141; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 192. Cfr., tuttavia, GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 63 s.

<sup>14</sup> In questo senso già la relazione illustrativa alla legge fallimentare del '42. G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione giudiziale verso i creditori*, in Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 419; D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., 2022, 246 s.; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Cagnasso, Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo I, Milano, 2016, 1112 ss.; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 101 ss.; COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fall.*, 1984, 32 ss.; SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Studi in onore di Mengoni*, Milano, 1995, vol. I, 919 ss.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 14 ss.. M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banca mercati fin.*, 2019, I, p. 40; NIGRO, VATTERMOLI, *op. loc. cit.*, ove si sottolinea che la soluzione adottata dal legislatore in realtà è tutt'altro che equa.

<sup>15</sup> Nonostante la generale applicabilità alla procedura concorsuale dell'art. 2917 c.c., pare corretto ritenere che, a prescindere da come la si pensi sull'origine dell'effetto estintivo (*supra*, prf. 1, spec. nota 3), proprio in virtù dell'art. 155 (e, prima, dell'art. 56 l. fall.), la compensazione può aver luogo quand'anche sia eccepita dopo l'avvio della liquidazione giudiziale, vale a dire, appunto, in deroga a quanto prevede l'art. 2917 c.c., che non ammette che l'estinzione di un credito avvenga per cause verificatesi dopo il pignoramento M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, *passim*; CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 252; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193.

<sup>16</sup> FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 122 s.

<sup>17</sup> DI AMATO, *op. cit.*, 142.

correlata alla soluzione del problema, se in ambito concorsuale sia ammissibile solo la compensazione legale oppure anche quella giudiziale<sup>18</sup>. Come accennato, la differenza in termini di efficacia tra l'ipotesi in cui abbia luogo la compensazione legale e quella in cui abbia viceversa luogo quella giudiziale risiede nella natura delle relative decisioni, l'una dichiarativa e l'altra costitutiva, e nella decorrenza dei rispettivi effetti (per la prima, *ex tunc*<sup>19</sup>; per la seconda, viceversa, *ex nunc*<sup>20</sup>); differenza che assume rilevanza anzitutto sul piano sostanziale<sup>21</sup>.

Naturalmente, valgono anche per la compensazione nella liquidazione giudiziale i limiti disposti dall'art. 1246 c.c., così come appare corretto ritenere che trovi applicazione anche quanto sancito dall'art. 1249 c.c., che rinvia all'art. 1193 c.c., per l'ipotesi in cui il controcreditore *in bonis* voglia opporre in compensazione più crediti.

3. – Il primo presupposto affinché si verifichi l'effetto estintivo in parola è, dunque, quello della reciprocità dei crediti: essi devono intercorrere fra i medesimi soggetti e preesistere all'apertura della procedura<sup>(22)</sup>. Se il terzo è bensì creditore del soggetto sottoposto a l.g., ma è debitore della massa, ovvero è debitore del soggetto sottoposto a l.g. e creditore della massa, la

<sup>18</sup> La giurisprudenza appare oramai orientata nel senso di ammetterle entrambe purché il fatto genetico dei reciproci crediti sia anteriore.

<sup>19</sup> REDENTI, *La compensazione*, cit., 20; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 727.

<sup>20</sup> REDENTI, *op.cit.*, 40 s., in particolare *sub* nota 35; SCHLESINGER, *v. Compensazione*, cit., 729; BRECCIA, *op. cit.*, 726.

<sup>21</sup> Basti pensare, ad esempio, alla liquidazione del controcredito e al decorso degli interessi o al maturare di frutti.

<sup>22</sup> Cass. 28 novembre 2018, n. 30824; Cass. 16 marzo 2018, n. 6650, in *Fall.*, con nota di FIERRO, *Riflessioni sull'operatività della compensazione ex art. 56 l. fall.: l'incidenza del prerequisite della reciprocità*; e in *Giur. Comm.*, 2020, 1170, con nota di PROVENZANO, *Compensazione in sede fallimentare: il requisito della reciprocità dei controcrediti nei rapporti tra creditore in bonis e socio illimitatamente responsabile*; Cass. 13 dicembre 2022, n. 36400; Trib. Venezia, sez. I, 29 settembre 2023, n. 1641. Cfr. NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto*, cit., 123; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 103 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 193 ss.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1050 ss.; JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 92 s.; JORIO, *Gli effetti*, cit., 382 s.; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, Trattato di diritto commerciale diretto da Cottino, vol. XI, Padova, 2009, 382 ss.; R. ROSAPEPE, *Effetti nei confronti dei creditori*, in V. Buonocore - A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Padova, 2010, 312. Il requisito della preesistenza rispetto alla procedura è richiesto anche in sede di concordato: Cass. 23 febbraio 2022, n. 6060; Cass. 25 settembre 2017, n. 22277; e Cass. 25 novembre 2015, n. 24046, secondo cui nel concordato preventivo la compensazione determina una deroga alla regola del concorso ed è ammessa pure quando i presupposti di liquidità ed esigibilità, *ex art. 1243 c.c.*, maturino dopo la data di presentazione della domanda di ammissione al concordato stesso, purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore alla domanda.

norma è inapplicabile <sup>(23)</sup>. In tale ultimo caso, tuttavia, dottrina e giurisprudenza sogliono pacificamente ammettere la compensazione, dato che non influisce in concreto sulle prospettive di soddisfazione del ceto creditorio<sup>24</sup>.

Il giudice, davanti al quale sia stata eccepita la compensazione, deve, pertanto, risolvere *incidenter tantum* la questione pregiudiziale consistente nella concorsualità del controcredito opposto, vale a dire proprio la questione se esso sia effettivamente sorto prima della apertura della l.g. in maniera opponibile alla procedura<sup>25</sup>, e se la sua fonte sia inattaccabile in base alle norme sulla revocatoria, applicandosi a tal fine le disposizioni che consentono di stabilire, in sede di verifica dello stato passivo, se un creditore sia o non sia munito del c.d. diritto al concorso<sup>26</sup>. Solo quando la verifica

---

<sup>23</sup> D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 16 ss. Si pensi al credito restitutorio di cui sia titolare la massa nei confronti del terzo, in virtù di una azione revocatoria vinta dal curatore: il terzo non può estinguere per compensazione il proprio debito facendo valere a tal fine il credito nei confronti del fallito: Cass. 11 agosto 2021, n. 22666; Cass. 31 agosto 2015, n. 17338; Cass. 19 novembre 2008, n. 27518, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 11; Cass. 1° luglio 2003, n. 10349, in *Fall.*, 2004, 280. Cfr. anche Cass. 22 maggio 2003, n. 8042, in *Fall.* 2004, 658, secondo cui il debito del mandatario all'incasso, quando la riscossione sia avvenuta dopo l'avvio della procedura, è un debito verso la massa e non è quindi compensabile con un credito nei confronti del fallito; Cass. 26 luglio 2002, n. 11030 in *Fall.*, 2003, 507; Cass. s.u. 19 novembre 1996, n. 10097, cit., 665. In dottrina *ex multis*, A. JORIO, *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 394 e ID., *Gli effetti*, cit., 383.

<sup>24</sup> Cass. 2 settembre 2022, n. 25947. In dottrina, *ex multis*: FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 108; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 193 ss. Parimenti compensabili, in base alla disciplina comune, sono i crediti verso la massa, con i debiti nei confronti della stessa: Cass. sez. trib., 15 giugno 2021, n. 16779; Cass. 1° luglio 2008, n. 17954, in *Guida al dir.*, 2008, 44, 64. In sede di concordato, cfr. Cass. sez. trib., 2 luglio 2020, n. 13467.

<sup>25</sup> Si deve quindi trattare di un credito sorto prima della sentenza che apre la procedura e nel rispetto delle formalità di cui all'art. 145 CCII (v. in generale COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1972; e E. F. RICCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, vol. II, Milano 1998, 17 ss.); CANALE, *Riflessioni sul fideiussore del fallito, la compensazione e l'ammissione al passivo del condebitore escusso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 923 ss.

<sup>26</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano 1979, *passim*, in particolare 51 ss. Il requisito della reciprocità in tal senso inteso sembra dunque collocarsi in una zona limitrofa rispetto al requisito definito dalla giurisprudenza come «anteriorità del fatto genetico del credito e del controcredito»: secondo la giurisprudenza è necessario che il fatto genetico del credito e del controcredito si sia avuto in un momento anteriore alla apertura della procedura, poco importando, invece, che gli ulteriori presupposti richiesti dalla disciplina civilistica siano presenti prima di tale momento. Sono state in proposito utilizzate le categorie della «reciprocità diretta» e della «reciprocità derivata», per distinguere secondo che i crediti contrapposti siano diventati tali prima o, viceversa, dopo: T. Milano, 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, 61 ss. (con nota di Gio. Tarzia). Cfr. CANALE, *Riflessioni sul fideiussore*, cit., 93; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 174 ss.;

abbia esito positivo, e ricorrano gli altri presupposti (sui quali, tuttavia, v. *infra*), il controcredito potrà essere compensato fino a concorrenza<sup>27</sup>.

Sempre con riferimento alla reciprocità, i crediti contrapposti possono derivare sia da rapporti distinti, sia semplicemente collegati, sia, infine, dallo stesso rapporto, purché essi siano autonomi<sup>28</sup>, nel senso che le obbligazioni reciproche «non devono costituire le prestazioni corrispettive nascenti dal comune rapporto»<sup>29</sup>. Né è necessario che essi siano di pari grado: non è cioè rilevante che l'uno sia privilegiato e l'altro chirografario o viceversa, operando la compensazione a monte, col provocarne l'estinzione, anche a prescindere dalla previa soddisfazione di eventuali crediti di rango superiore<sup>30</sup>. Quanto all'antiorità, si deve fare riferimento al momento in cui si è verificato il fatto genetico del credito e non a quello del suo accertamento.

Per quanto concerne l'omogeneità, vale a dire il requisito previsto dal codice civile per cui deve trattarsi di crediti della stessa specie, l'art. 155 CCII tace. Secondo un primo orientamento, essa deve sussistere già al momento della dichiarazione di l.g.<sup>31</sup>: siffatto orientamento si fonda sull'art. 2917 c.c., a norma del quale la fattispecie estintiva di un credito deve perfezionarsi prima dell'avvio dell'esecuzione forzata (individuale o concorsuale), per poter essere opponibile al creditore pignorante e ai creditori intervenuti nell'esecuzione (e dunque, correlativamente, alla procedura); e l'art. 155 CCII, di stretta interpretazione, consentirebbe un'eccezione solo in relazione

BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Fall.*, 1999, 419.

<sup>27</sup> M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 16 ss.

<sup>28</sup> Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., con nota di PANZANI, *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente*. Cfr. anche NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 195; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1119. Cfr. altresì Trib. Como, 3 ottobre 2016, secondo cui «La compensazione, in quanto presuppone la alterità dei rapporti giuridici, non può operare rispetto ad operazioni riferibili ad un unico rapporto di conto corrente, fra le quali si verifica un mero effetto contabile di elisione delle poste attive e passive»: sulla compensazione c.d. impropria, v. anche *sub nota* 4.

<sup>29</sup> A. ROSSI, *La compensazione nella liquidazione giudiziale*, in *Dir. Crisi*, 6 febbraio 2024, 4.

<sup>30</sup> SANZO, *op. cit.*, 1115; FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2019, 43 ss. Sulla compensabilità dei crediti postergati ex art. 2467 c.c. e 292 CCII, v. altresì A. ROSSI, *La compensazione*, cit., 5 ss.

<sup>31</sup> M. FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 104 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193; JORIO, *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 395 s.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 191 ss., il quale chiarisce che il requisito della omogeneità è strettamente collegato a quello della fungibilità intesa quale sostituibilità del bene. Trib. Pinerolo 6 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, II, 2105, con nota di MARCELLINO, *Note in tema di compensazione nel fallimento*.

all'esigibilità. Di diverso avviso è invece chi invoca l'art. 158 CCII (corrispondente al previgente art. 59 l. fall.), per escludere il requisito dell'omogeneità da quelli che devono sussistere prima dell'avvio della l.g.: in virtù di questa norma, infatti, uno degli effetti dell'apertura della procedura per i creditori consiste nel rendere pecuniari alla data della sentenza dichiarativa i crediti vantati nei confronti del debitore che tali già non siano<sup>32</sup>: ove si accolga questa interpretazione, deve ammettersi che, in questo caso, la compensazione retroagisca al momento dell'apertura della l.g. Rimane comunque dubbio che analoga interpretazione possa darsi per l'ipotesi in cui non sia pecuniario il credito vantato dal debitore nei confronti del terzo *in bonis*, poiché in simile eventualità non potrebbe applicarsi l'art. 158 CCII senza evidenti forzature<sup>33</sup>.

In tema di esigibilità la disciplina del CCII si discosta espressamente da quella comune. L'art. 155 CCII consente, infatti, la compensazione «ancorché» il controcredito opposto dal soggetto *in bonis* non sia scaduto all'epoca della sentenza di apertura della l.g.<sup>34</sup>. Ci si è posti il problema se la norma vada interpretata restrittivamente, cioè con riguardo al solo credito vantato nei confronti del debitore, oppure se essa possa venire intesa nel senso di consentire la compensazione anche quando, alla data di avvio della l.g., sia inesigibile il credito del debitore<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> RESTA, *La compensazione nel fallimento*, in *Mon. Trib.*, 1968, 352; R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 951, PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 353 s.; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1024 ss.. Tuttavia, così come l'art. 154 CCII, anche l'art. 158 CCII disciplina i crediti ai fini del concorso, mentre è pacifico che il controcredito opposto in compensazione è invece sottratto al concorso: ciò depone a favore della tesi restrittiva, secondo cui solo il requisito dell'esigibilità del controcredito, per espressa previsione dell'art. 155 CCII, può mancare alla data di apertura della procedura, dovendo invece tutti gli altri sussistere a quel momento, affinché possa realizzarsi l'effetto compensativo.

<sup>33</sup> BIGIARI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa etc.*, 1966, I, 270 ss., spec. 276 s. e 281.

<sup>34</sup> L'art. 155 CCII, così come il previgente art. 56 l. fall., contempla, in tema di esigibilità, un'espressa eccezione agli artt. 2143 e 2917 c.c.: NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194; NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Molfetta, 2019, 319; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 20 ss. Cfr. altresì COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 740.

<sup>35</sup> Cfr. VIGO, *Compensazione*, *passim*; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 104; GUALANDI, *Gli effetti*, cit., 148 s.; JORIO, *Gli effetti*, cit., 384 s.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1027 ss.; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1117 s. Sul diverso problema se siano compensabili i crediti condizionali risponde in senso affermativo R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 951; in senso opposto, invece, FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 91 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194. Cfr. RAGO, *op. cit.*, 1041 ss. In giurisprudenza: Cass. Sez. un., 20 marzo 1991, 3006, in *Giur. Comm.*, 1992, 727 ss., con nota di STANGHELLINI, *Nuovi presupposti per la compensazione fallimentare*.

L'orientamento prevalente in dottrina e nella giurisprudenza meno recente è per l'interpretazione restrittiva <sup>(36)</sup>. In senso contrario si è tuttavia osservato, da un lato, che la norma in esame esprimerebbe un principio già sancito dall'art. 154, co. 2, CCII (corrispondente al previgente art. 55 l. fall.) <sup>(37)</sup>; e, dall'altro lato, che la circostanza che il credito del soggetto sottoposto a l.g. nei confronti del soggetto *in bonis* non sia scaduto alla data della dichiarazione di l.g. non sarebbe rilevante in tema di compensazione, perché il debitore (controcrittore) *in bonis* che intende avvalersi della compensazione potrebbe sempre rinunciare al termine, che si presume in suo favore *ex art. 1184 c.c.*<sup>38</sup>.

Oggi la giurisprudenza propende per un'interpretazione largheggiante della norma in esame<sup>39</sup>. Con una decisione del 1999 resa a Sezioni unite<sup>40</sup>, infatti, la S.C. ha dato ingresso alla compensazione «in sede di fallimento» pur in mancanza non soltanto dell'esigibilità del credito vantato dal soggetto

<sup>36</sup> INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 176 ss., spec. 178 s.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 63 e 94; ID., *La compensazione nel fallimento: recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. fall.*, 1996, 565 ss.; MANCUSO, *La compensazione nel fallimento*, in *Dir. fall.* 1968, I, 350 ss., spec. 358 ss.; COPPOLA, *Commento all'art. 56*, in Nigro - Sandulli, (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Tomo I, Torino, 2006, 343; APICE, *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, 337 ss.; GUIZZI, *Il passivo*, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, Milano 2008, 285; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1118. In giurisprudenza Cass. 11 novembre 1998, n. 11371, in *Fall.*, 1999, 415 ss., con nota adesiva di G. BOZZA; Cass. 2 ottobre 1997, n. 9635, in *Corr. giur.*, 1998, 547, con nota di ROSSI; e in *Fall.*, 1998, 1047, con nota di PANZANI; Trib. Mondovì 12 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 771 ss.. Nel senso della compensabilità anche ove il debito verso il fallito non sia ancora esigibile: Cass. 30 marzo 1991, n. 3006, in *Giur. comm.*, 1992, II, 727 ss., con nota di STANGHELLINI; e in *Giust. civ.*, 1991, I, 1717, con nota di LO CASCIO.

<sup>37</sup> FERRARA, *Il fallimento*, cit., 312 ss., e FERRARA-BORGIOI, *Il fallimento*, V ed., cit., 350 ss.; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 353. Di diverso avviso: REDENTI, *La compensazione*, cit., 28; BIGIARI, *Riporto*, cit., 273; COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 739.

<sup>38</sup> FERRARA, *op. cit.*, 313, secondo cui lo stesso vale se il credito non sia liquido; Cass. 30 marzo 1991, n. 3006. *Contra*: FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 63; V. COLESANTI, *Variationes sérieuse*, cit., 739; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 177; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347 s.

<sup>39</sup> Anzitutto Cass. 20 marzo 1991, n. 3006, cit., seguita inizialmente solo da sporadiche decisioni, quali Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, I, c. 165 ss., con ampia nota di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*; e poi da Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., con nota di PANZANI, *Compensazione e fallimento*, cit.; e in *Corr. Giur.*, 2000, 333 ss., con nota di SCHLESINGER. In dottrina FERRARA, *Il fallimento*, cit., 313. Cfr. altresì RAGO, *La compensazione*, cit., 1018 e 1021 ss.; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 2006, 362; Cass. 14 ottobre 1998, n. 10140, in *Fall.*, 1999, 620 ss. Cfr. anche, da ultimo, Cass. 15 novembre 2023, n. 31764; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784; App. Milano, 4 febbraio 2021, n. 395. Lo stesso criterio è seguito in sede di concordato: Cass. 25 novembre 2015, n. 24046.

<sup>40</sup> Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, cit..

*in bonis*, ma anche degli altri requisiti contemplati dall'art. 1243, co. 1, c.c., tra i quali l'esigibilità del credito del debitore sottoposto a l.g.<sup>41</sup>: essa ha infatti confermato che l'unico requisito necessario sarebbe la c.d. «anteriorità del fatto genetico» dei crediti rispetto all'avvio della procedura<sup>42</sup>: è, cioè, necessario e sufficiente che la fonte dei crediti contrapposti sia venuta compiutamente ad esistenza prima della sentenza che apre la l.g.<sup>43</sup>, potendo invece tutti gli altri requisiti della fattispecie estintiva realizzarsi successivamente<sup>44</sup>. L'art. 155 CCII rappresenterebbe, quindi, secondo questo

<sup>41</sup> Così già BIGIAVI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa etc.*, 1966, I, 270 ss., secondo il quale «affinché intervenga la compensazione non è necessario che i requisiti esistano anteriormente all'apertura del concorso: basta che esistano contemporaneamente. Vero è soltanto che, se un credito sorge dopo la dichiarazione di fallimento, esso non è opponibile ai fini dell'art. 56».

<sup>42</sup> Cass. 31 agosto 2010, n. 18915, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. 13 maggio 2009, n. 11145, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 770; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280, in *Fall.*, 2008, 446, secondo cui l'art. 56 l. fall. «richiede, quale unica condizione per la compensabilità dei debiti verso il fallito, che il fatto genetico del credito opposto in compensazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, mentre è sufficiente che i requisiti di liquidità ed esigibilità, richiesti dall'art. 1243 c.c., per entrambe le obbligazioni, sussistano al momento della pronuncia giudiziale»; in senso conforme, *ex multis*: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008; Cass. sez. un. 23 ottobre 2006, n. 22659, in *Fall.*, 2007, 397; Cass. 13 gennaio 2006, n. 518, in *Fall.*, 2006, 847; Cass. 10 luglio 2003, n. 10861, in *Fall.*, 2004, 106 ss.; Trib. Reggio Emilia, 4 novembre 2020, n. 1104; Trib. Milano, 9 gennaio 2020, n. 110; Trib. Arezzo, 30 luglio 2018, n. 815. In senso contrario: App. Napoli, 6 febbraio 2020, n. 553. Con riferimento alla compensabilità del credito alla liquidazione della quota del socio dichiarato fallito, cfr. Cass. 12 ottobre 2004, n. 20169, in *Dir. fall.*, 2005, II, 903 ss., con nota di PROIETTI, *Note minime sull'inammissibilità della compensazione del credito alla liquidazione della quota con il credito della società al rimborso dei finanziamenti effettuati all'impresa del socio fallito*; e commentata anche da GIOMARELLI, *La Cassazione di nuovo di fronte al problema della compensabilità del credito per la liquidazione della quota del socio di banca popolare dichiarato fallito*, *ivi*, 2006, II, 38 ss.; Cass. 28 agosto 2001, n. 11288, in *Fall.*, 2002, 615 ss., con nota di BADINI CONFALONIERI, *Problemi applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di compensazione nel fallimento: il fatto genetico del credito del socio escluso*; Cass. 24 luglio 2000, n. 9678, *ivi*, 2001, II, 897 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione di crediti contrapposti del socio escluso e della società. Qual è il momento genetico del credito del socio escluso per effetto del fallimento?* Sul punto cfr. altresì JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 93.

<sup>43</sup> Che l'anteriorità del fatto genetico di credito e controcredito sia un requisito necessario affinché possa aver luogo la compensazione è pacifico: da un lato, infatti, come già accennato nel testo, il controcredito del soggetto *in bonis* deve essere concorsuale e quindi sorto prima dell'avvio della l.g., nel rispetto di tutte le formalità di cui all'art. 145 CCII (così già REDENTI, *La compensazione*, cit., 28; e BIGIAVI, *Riporto*, cit. 284; Colesanti, *Fallimento e trascrizione*, cit.; e E.F. RICCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 17 ss.; Id., *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 51; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 26 ss.); dall'altro lato, anche il credito del debitore sottoposto a l.g. deve essere sorto prima dell'avvio del concorso, dovendosi altrimenti considerarlo come credito della massa, in virtù dell'art. 142, co. 2, CCII, e per ciò solo non compensabile ai sensi della norma in esame.

<sup>44</sup> G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione*, cit., 420.

oramai consolidato orientamento, un'eccezione all'intera disciplina prevista dalla lettura congiunta degli artt. 1243 e 2917 c.c.: l'intera fattispecie estintiva, fatta eccezione per la genesi dei crediti contrapposti, potrebbe realizzarsi dopo o contestualmente all'avvio della procedura concorsuale, incidendo tutt'al più sui limiti alla retroattività del relativo effetto<sup>45</sup>.

4. – A norma dell'art. 1243, co. 1, c.c., i crediti devono essere anche liquidi, vale a dire determinati nel loro ammontare. In giurisprudenza, tuttavia, è stato di recente ribadito che il requisito della liquidità deve essere interpretato nel senso della certezza dei reciproci crediti, sicché qualsiasi controversia o contestazione circa l'esistenza e l'ammontare dei medesimi sarebbe sufficiente per farli considerare illiquidi<sup>46</sup>: si tratta di un orientamento ampiamente criticato dalla maggior parte della dottrina<sup>47</sup>.

Per ciò che concerne l'applicabilità dell'art. 155 CCII, si pone il problema se, affinché la compensazione possa realizzarsi, il requisito in esame debba venire ad esistenza prima dell'avvio della procedura, essendo ammissibile in sede concorsuale la sola compensazione legale<sup>48</sup>; oppure se il

<sup>45</sup> Per alcuni rilievi critici, anche relativi alla compensazione nel concordato, cfr. SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1116 s.

<sup>46</sup> Cass. Sez. un. 15 novembre 2016 n. 23225, in *Foro it.*, 2017, I, c. 610 ss.; in *Giur. it.*, 2017, I, c. 1313 ss., con nota di CICERO, *Le Sezioni Unite chiariscono il concetto di certezza quale requisito della compensazione*; in *Corr. giur.*, 2017, 1350 ss., con nota di SPANGARO, *Le Sezioni Unite definiscono i criteri per l'operatività della compensazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 707 ss., con nota di GABASSI, *Compensazione nel processo: nessuna estinzione senza certezza. Lo strano caso del credito sub iudice*; e in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1309, con nota critica di E. MERLIN, *Eccezione di compensazione e pendenza di separato giudizio sul controcredito*. Cfr. altresì Cass. 30 dicembre 2014, n. 27441, che ha rigettato l'eccezione di compensazione sollevata dal controcreditore, sul presupposto che il credito opposto sarebbe stato privo del requisito della certezza, siccome oggetto di contestazione giudiziale. Così pure App. Firenze, 11 gennaio 2017, n. 35. In senso contrario: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008, ove si afferma che «la compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del debitore del fallito divenga liquido ed esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico della obbligazione sia anteriore alla relativa dichiarazione, mentre è irrilevante che la sentenza di accertamento del controcredito intervenga successivamente alla stessa dichiarazione di fallimento».

<sup>47</sup> Aspramente critico già SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 723; si vedano anche i riferimenti dottrinali nella nota che precede; in giurisprudenza: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008 cit.. Cfr. tuttavia D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247.

<sup>48</sup> Negano la deducibilità della compensazione giudiziale nel fallimento, per lo più sulla base del rilievo che l'art. 56, 1° co., l. fall. (analogo all'attuale art. 155, 1° co., CCII) consente la sola compensazione legale in mancanza dell'esigibilità del controcredito opposto, per il resto operando gli artt. 1243 e 2917 c.c.: BOZZA, in Bozza, Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano 1992, 393; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 953; MANZELLA, *Rilievi critici ad una interpretazione lassista dell'art. 56 legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 1968, II, 119; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, V ed., 280.



credito possa essere liquidato dal giudice, ammettendosi così anche quella giudiziale<sup>49</sup>. L'adesione alla seconda tesi si riflette in concreto natura della sentenza che potrà essere pronunciata e sulla decorrenza dei suoi effetti. Qualora, infatti, il controcredito opposto sia già liquido, la sentenza di rigetto della domanda del curatore per intervenuta compensazione (legale) sarà di mero accertamento, e gli effetti della compensazione medesima decorreranno dal giorno della coesistenza dei reciproci crediti; qualora, viceversa, il credito non sia liquido, ma «di facile e pronta liquidazione», la sentenza di rigetto della domanda del curatore per compensazione (giudiziale) avrà natura costitutiva e gli effetti decorreranno necessariamente dal giorno della sua pubblicazione, perché solo in tale data si sarà perfezionata la fattispecie estintiva<sup>50</sup>.

L'orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza ammette che il controcredito opposto in compensazione sia quantificato dopo l'avvio della l.g., ritenendosi necessaria e sufficiente per il prodursi dell'effetto estintivo la sola anteriorità del fatto genetico dei reciproci crediti<sup>51</sup>. Talora è stata ammessa la compensazione anche in assenza della liquidità del credito del debitore sottoposto a l.g.: è dubbio tuttavia che una simile soluzione possa basarsi solo sul rinvio alla disciplina del codice civile, dato che essa

---

<sup>49</sup> BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2007, 123; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1047 ss.; SCHLESINGER, *v. Compensazione*, cit., 728.

<sup>50</sup> INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 189; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347. Si veda tuttavia SCHLESINGER, *op. loc. ult. cit.*

<sup>51</sup> Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008, relativa a un'ipotesi di c.d. patto di compensazione; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888, ove si afferma che «è sufficiente che i requisiti di liquidità ed esigibilità, richiesti dall'art. 1243 c.c., per entrambe le obbligazioni, sussistano al momento della pronuncia giudiziale»; Cass. 12 giugno 2007, n. 13769, in *Fall.*, 2008, 445, con nota di SILVESTRINI, *L'attuazione della compensazione in sede fallimentare: profili processuali*; Cass. 12 ottobre 2004, n. 20169, in *Fall.*, 2005, 504; Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, cit.. In dottrina, *ex multis*: JORIO, *Gli effetti*, cit., 385; ID., *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 397; CUOMO ULLOA, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Schiano di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 174; TEDESCHI, *Manuale*, cit., 257; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1050; GUALANDI, *Gli effetti per i creditori*, cit., 2002, 150; CENSONI, *Revocatoria fallimentare e compensazione*, in *Giur. comm.* 1990, I, 1086; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 101 ss. e 227. La sezione tributaria della S.C. ha sancito l'ammissibilità della compensazione del credito IVA chiesto a rimborso dal fallito con i debiti erariali, sorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento, anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile successivamente (Cass. sez. trib., 13 luglio 2023, n. 20063); mentre ha escluso che il credito I.R.E.S. spettante alla massa, maturato durante la gestione fallimentare, possa essere oggetto di compensazione con il credito dell'Erario, maturato anteriormente all'apertura del fallimento (Cass. 13 dicembre 2022, n. 36400).

non contempla alcuna ipotesi a questa assimilabile, riferendosi espressamente ed esclusivamente al controcredito opposto<sup>52</sup>.

5. – Ai sensi dell'art. 155, co. 2, CCII, la compensazione «non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore»<sup>53</sup>. La *ratio* della norma risiede nel voler evitare che siano poste in essere cessioni di crediti che abbiano quale unico scopo, da un lato, per chi fosse prima della cessione semplicemente debitore del soggetto sottoposto a l.g., e non anche suo creditore, di sottrarsi all'integrale pagamento alla procedura del proprio debito; dall'altro lato, per chi fosse semplicemente creditore, e non anche debitore, del soggetto sottoposto a l.g., di sottrarsi al concorso e, quindi, alla *par condicio creditorum*<sup>54</sup>.

Non sono ovviamente soggetti alla disciplina in esame gli acquisti *mortis causa*, poiché per questi ultimi non possono configurarsi condotte fraudolente a danno della massa<sup>55</sup>.

Il legislatore della riforma, oltre ad aver esteso il periodo di tempo da prendersi in considerazione, facendolo ora decorrere dal momento del «deposito della domanda», cui è seguita l'apertura della l.g.<sup>56</sup>, ha finalmente eliminato l'inciso per cui la norma sarebbe stata applicabile solo ai crediti

<sup>52</sup> Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 208; Cass. 16 novembre 1999, n. 775; Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, I, c. 175 s., con nota di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*.

<sup>53</sup> COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 735 ss.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1055 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 179 ss.; GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, nota a Trib. Milano 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, 61 ss.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 135 ss.; STANGHELLINI, *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, nota a Cass. 2 ottobre 1989, n. 3955, in *Giur. comm.*, 1991, II, 732 ss..

<sup>54</sup> Si vuole così evitare che crediti verso il soggetto sottoposto a l.g. siano venduti a prezzo vile a debitori di questo stesso soggetto, che, con la compensazione, otterrebbero, a discapito della massa, piena soddisfazione del controcredito in tal modo acquistato, trovandosi a dover pagare alla procedura solo l'eventuale residuo. Al riguardo si è parlato di presunzione *iuris et de iure* di frode in danno al ceto creditorio: GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 65. Cfr. anche G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione*, cit., 420 s.; DI AMATO, *op. cit.*, 143; D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1113 s. In giurisprudenza: Cass. 4 aprile 2019, n. 9528, in *ilfallimentarista.it*, con nota di SISIA, *Estensione del divieto di compensazione anche ai crediti scaduti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento*; e in Riv. notariato, 2020, 508, con nota di TECCE, *Cessione di credito e compensazione elusiva della par condicio creditorum*; Cass. 27 aprile 2010, n. 10025.

<sup>55</sup> G.G. POLI, *op. cit.*, 421.

<sup>56</sup> Nel vigore della legge fallimentare, il momento determinante era quello della dichiarazione di fallimento o l'anno che questa precedeva.

non scaduti<sup>57</sup>. Oggi può dirsi pertanto superato ogni dubbio relativo alla sua applicabilità anche a quelli già scaduti<sup>58</sup>.

6. – L'istituto in esame pone diversi problemi relativi alle modalità del suo esercizio in pendenza della procedura concorsuale. In primo luogo, si è posto il problema se, affinché si produca l'effetto estintivo, sia o non sia necessaria la previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione; correlativamente, bisogna individuare quale efficacia abbia l'eventuale decisione sul controcredito pronunciata in sede di accertamento

<sup>57</sup> Numerose le critiche a quell'infelice inciso. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 935. In senso contrario all'estensione del divieto di compensare ai crediti scaduti: COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 744 ss.; INZITARI, *Effetti*, cit., 134, che riteneva inapplicabile la norma ai crediti scaduti; così pure M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 29 ss. Cfr. anche Cass. 2 ottobre 1989, n. 3955, in *Fall.*, 1990, 46 ss., in *Corr. giur.*, 1990, 64 ss.; e in *Dir. fall.*, 1990, II, 378 ss. La questione era stata anche rimessa alla Consulta, con ordinanza del T. Milano 28 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 563; cfr. Corte Cost. 20 ottobre 2000, n. 431, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3387 (con nota critica di FABIANI); in *Dir. Fall.*, 2001, II, 5 ss. (con nota critica di SCALERA); in *Corr. giur.*, 2001, 1041, con commento di MURONI). La giurisprudenza aveva talora esteso il divieto di compensare previsto secondo comma in esame anche ai crediti scaduti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore: Cass. 4 aprile 2019, n. 9528; Trib. Milano 29 ottobre 1984, annotata in parte criticamente da GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 61 ss.; e Trib. Milano, 25 giugno 2016, n. 7953. Cfr. altresì le condivisibili osservazioni di STAUNOVO POLACCO, *Acquisto del credito e limiti alla compensazione nel fallimento - osservazioni*, nota a Cass. 5 febbraio 2013, n. 2695, in *Il fall.*, 2013, 694 ss. Per l'applicazione rigorosa del previgente art. 56, co. 2, l. fall.: App. Taranto, 9 luglio 2021, n. 255; Trib. Monza, 12 ottobre 2015, n. 2519.

<sup>58</sup> Vi è peraltro chi ha evidenziato la differenza fra l'ipotesi di acquisto del controcredito nell'anno anteriore e l'ipotesi di acquisto successivo. Nel primo caso, la fattispecie estintiva si perfezionerebbe comunque *prima* dell'avvio della procedura, e per ciò solo dovrebbe ritenersi ammissibile (interpretazione accettabile solo ove si aderisca alla tesi secondo cui la compensazione opera *ipso iure*, non appena vengano ad esistenza i presupposti della reciprocità, dell'omogeneità, della liquidità e dell'esigibilità: cfr. GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 63); nel secondo caso, invece, intervenendo il requisito della reciprocità dopo tale momento, la fattispecie estintiva si perfezionerebbe *dopo* l'avvio della procedura: non sarebbe quindi accettabile consentire la compensazione, in virtù del principio di intangibilità del patrimonio attivo della procedura medesima (GIO. TARZIA, *op. loc. ult.cit.* Secondo questo autore, che si esprimeva nel vigore del previgente art. 56, 2° co., l. fall., «sembra doversi ritenere: a) che il credito acquistato (dal debitore del fallito) dopo il fallimento, scaduto o non scaduto che sia, non può mai essere opposto in compensazione; b) che il credito acquistato nell'anno anteriore può essere opposto in compensazione solo se scaduto, in caso contrario subentrando la previsione di frode ed il conseguente divieto di compensazione di cui si è detto». Così pure BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti*, cit., 421; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 137 s.; STANGHELLINI, *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 749 ss.. In giurisprudenza: App. Torino, 20 gennaio, 2010, in *Fall.*, 2010, 701 (con nota di COSTANZA, *Cessione del credito e compensazione*); T. Mondovì 12 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 771 ss.). Cfr. la nota che precede.

del passivo rispetto ad una successiva eccezione di compensazione eventualmente sollevata in sede ordinaria. Va inoltre stabilito se, in sede di formazione dello stato passivo, sussista una qualsivoglia efficacia della decisione assunta in precedenza dal giudice ordinario in relazione al controcredito opposto in compensazione e come l'eventuale controcredito eccedente la *pro concurrenti quantitate* possa trovare soddisfazione. Infine è necessario comprendere se e come debbano essere coordinati il procedimento di verifica del passivo e il giudizio ordinario, quando siano contemporaneamente pendenti e in entrambi sia stato fatto valere – rispettivamente in via di domanda e in via di eccezione – il controcredito del soggetto *in bonis*.

Sino alla riforma del 2006<sup>59</sup>, si è molto discusso su quale fosse l'efficacia del decreto di esecutività dello stato passivo, così come delle sentenze che fossero state emesse nella fase eventuale del procedimento di formazione del passivo fallimentare<sup>60</sup>. In particolare, era dibattuto se le menzionate decisioni, delle quali si supponeva che l'oggetto fosse il diritto di credito fatto valere con la domanda di insinuazione al passivo, avessero efficacia vincolante solo all'interno della procedura oppure fossero idonee a fare stato anche al di fuori di questa, quali vere e proprie decisioni sul credito, e fossero pertanto opponibili da o al debitore tornato *in bonis*<sup>61</sup>. La soluzione del problema si rifletteva, infatti, sulla sorte delle eventuali controversie sorte successivamente alla procedura e intercorrenti, appunto, tra il debitore tornato *in bonis* e i creditori che fossero stati ammessi (ed eventualmente soddisfatti, anche solo parzialmente) o esclusi dal concorso.

Secondo un primo orientamento, si sarebbe dovuto distinguere secondo che la decisione fosse stata assunta nella fase necessaria ovvero in quella

<sup>59</sup> Cfr. l'art. 81 del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha modificato l'art. 96 l. fall., il cui tenore è stato infine ripreso dall'art. 204, co. 5, CCII.

<sup>60</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 9.

<sup>61</sup> E. F. RICCI, *op. loc. cit.*; NISIVOCIA, *Compensazione e revocatoria: l'oggetto e gli effetti del decreto di esecutività dello stato passivo*, nota a Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 467 ss.; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 37 ss. prima della riforma del 2006, cfr. BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, (coordinato da Maffei Alberti) Bologna, 2002, 299 ss.; ID., *La formazione dello stato passivo nel fallimento: dieci anni di giurisprudenza*, Milano 1981; SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed. aggiornata e ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, 332 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 399 ss.; FERRARA JR - BORGIOI, *Il fallimento*, V ed., Milano, 1995, 529 ss.; AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, (atti del convegno Sisco del 9 novembre 1991), Milano, 1992; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992; BOZZA - SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992; MAZZOCCA, *L'accertamento dei crediti nella procedura di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 789 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979.

eventuale di verifica: al decreto di esecutività dello stato passivo, rispetto a ogni singolo credito<sup>62</sup>, avrebbe dovuto riconoscersi efficacia meramente endoconcorsuale<sup>63</sup>: esso sarebbe stato vincolante solo con riguardo all'esistenza o meno del diritto di partecipare al riparto in quella specifica procedura<sup>64</sup>. Ad avviso della menzionata giurisprudenza e di parte della dottrina, tuttavia, ove invece si fosse trattato di decisioni assunte nella cosiddetta fase eventuale del procedimento di verifica del passivo, queste avrebbero svolto piena efficacia vincolante anche al di fuori del concorso, nei rapporti tra il debitore e i singoli creditori<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Ammesso o escluso.

<sup>63</sup> Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., 459 ss.; Cass. 9 luglio 2008, n. 18832, in *Fall.*, 2008, 158 ss. (con nota di ROLFI, *Ancora sull'effetto di «giudicato endofallimentare» del decreto di esecutività dello stato passivo*); Cass. 24 settembre 2002, n. 13865, *ivi*, 2003, 631 ss. In dottrina PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1443 ss.; FERRARA, *Il fallimento*, cit., 470; LANFRANCHI, *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 546 ss.. Secondo GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato che ammette o esclude un credito dal passivo fallimentare*, nota a Cass. 10 aprile 1942, in *Riv. Dir. proc.*, 1943, II, 143 e 152, l'efficacia del decreto di cui si tratta è sì solo endoconcorsuale, ma perché si tratta di un provvedimento meramente esecutivo-satisfattivo.

<sup>64</sup> Quanto stabilito in sede di formazione del passivo non avrebbe bensì potuto essere messo in discussione all'interno della procedura, ma non avrebbe però avuto alcuna efficacia vincolante di accertamento sul credito tra i singoli creditori e il debitore al di fuori del concorso (sul problema della stabilità delle attribuzioni patrimoniali attuate in sede esecutiva si veda ancora E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 137 ss.). Cfr. NISIVOCIA, *Compensazione*, cit., 467 s.; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 301; SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 333 ss. Cfr. altresì E. T. LIEBMAN, intervento riportato in *Esecuzione individuale e fallimento: bilancio della legge fallimentare. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno dal 3 al 5 giugno 1960*, Milano, 1961, 34; ANDOLINA, *Appunti sulla vicenda dell'accertamento giurisdizionale dei crediti, pendente il processo di fallimento*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 360; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia*, cit., 137 ss.; ID., *Fallimento ed azioni dei creditori*, cit., 18 ss.; BONSIGNORI, *op. cit.*, 583.

<sup>65</sup> Cfr. l'ampia ricostruzione critica in E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 7 s.; ID., *Sull'efficacia dell'ammissione*, cit., 85 ss.; ID., *Sull'efficacia delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni*, cit., 133 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni*, cit., 1073 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2006, cfr. ad esempio Cass. 22 gennaio 1997, n. 664, in *Fall.*, 1997, 1084. In dottrina cfr. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 309; Lo CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 380 e 390; CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova 1975, 138 ss. e 192 ss.; PANZANI, *L'accertamento del passivo*, in PANZANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, 839; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato*, cit., 153; ID., *Fallimento ed azioni dei creditori*, cit., 24. In senso contrario LANFRANCHI, *L'esclusione del fallito dai giudizi ordinari della verifica del passivo nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 210 ss.; così pure E. F. RICCI, *op. locc. ultt. citt.*

Un diverso orientamento era, viceversa, dell'avviso che le decisioni di cui si tratta avrebbero sempre svolto piena efficacia vincolante anche al di fuori del concorso, come giudicati sui crediti ivi fatti valere<sup>66</sup>.

Vi era infine chi distingueva secondo che il credito fosse stato escluso dallo stato passivo o invece vi fosse stato ammesso, riscontrando solo nel secondo caso una vera e propria decisione avente efficacia extraconcorsuale sul diritto di credito<sup>67</sup>.

Nel panorama così brevemente descritto, Edoardo Ricci proponeva una tesi, che aveva il pregio di risolvere il problema in esame prendendo le mosse dalla corretta individuazione dell'oggetto del procedimento di formazione del passivo<sup>68</sup>. Secondo l'insigne studioso, l'errore di base consisteva nel ritenere che tale oggetto fosse il diritto di credito verso il debitore sottoposto a procedura. Con simile (erronea) premessa, non poteva che porsi il gravoso problema degli effetti da attribuirsi a tali decisioni, giungendosi a soluzioni per lo più incoerenti o, per varie ragioni, difficilmente sostenibili.

Ricci chiariva anzitutto che l'esistenza del diritto di credito è un presupposto sì necessario, ma non sufficiente, affinché una domanda di ammissione al passivo sia accolta. Il giudice, infatti, per ammettere un credito al passivo (e quindi riconoscere o negare il diritto di concorrere nella procedura e, pertanto, di partecipare alla fase di riparto<sup>69</sup>) deve non solo verificare l'esistenza del credito stesso, ma altresì stabilire se tale credito sia concorsuale e se sia inattaccabile dalle norme sulla revocatoria<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> PAJARDI, *Manuale*, cit., 408. Cfr. anche MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, 168 ss.; FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, cit., 534; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1443 ss.; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 425; LANFRANCHI, *Processi di cognizione pendenti e accertamento del passivo*, in AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, cit., 92 ss.; ID., *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 546 ss.; AZZOLINA, *Sull'efficacia di cosa giudicata dello stato passivo fallimentare*, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 312 ss.

<sup>67</sup> AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 799; VASSALLI, *Diritto fallimentare. Accertamento del passivo, liquidazione e ripartizione dell'attivo*, II.2, Torino, 120 ss.

<sup>68</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 21 ss.; ID., *Sull'efficacia dell'ammissione al passivo fallimentare*, cit., 85 ss.; ID., *Sull'efficacia delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., 133 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., 1073 ss.; cfr. altresì NISIVOCIA, *Compensazione e revocatoria*, cit., 468 ss.; e M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 37 ss.

<sup>69</sup> Sul problema della stabilità degli effetti del riparto: E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 137 ss.; VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato* (art. 512 c.p.c.), Padova 2010, 182 ss. Cfr. CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 19 ss.

<sup>70</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 51; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 266. Cfr. altresì CANALE,

Posta questa premessa, Ricci precisava che, in sede di verifica del passivo, l'esistenza del diritto di credito rappresenta in realtà una semplice questione pregiudiziale di merito, che il giudice deve risolvere *incidenter tantum*, per di decidere con efficacia di accertamento vincolante (e quindi di giudicato) una diversa situazione giuridica: il c.d. diritto al concorso<sup>71</sup>, vale a dire un diritto prodromico rispetto al diritto alla percezione del ricavato, che ha rilievo esclusivo nella procedura in cui è stato oggetto di verifica. Veniva altresì sottolineato che l'accertamento vincolante del (solo) diritto al concorso si produce a prescindere dal fatto che la relativa decisione sia stata resa nella fase necessaria o in quella eventuale del procedimento di verifica.

---

*Riflessioni sul fideiussore del fallito, la compensazione e l'ammissione al passivo del condebitore escusso*, cit., 923.

<sup>71</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 56 e *passim*. Aderiscono alla tesi di Ricci: CANALE, *Rapporti tra accertamento del passivo e revocatoria fallimentare*, Quad. giur. comm., Milano, 1991, 69 ss.; ID., *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 196; CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano 1996, *passim*; BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in Costa – Ragusa Maggiore (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, vol. III, Torino, 1997, 273 ss., in particolare 277 ss. e 281 ss.; E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, vol. I, Padova 1998, 158; VINCRE, *Profili*, cit., 114 ss.; EAD., *Arbitrato e fallimento*, Milano, 1996, 71 ss.; DELLA CHÀ, *La previsione di insufficiente realizzo*, in Giur. comm., 2009, 5, 993 ss.; NISIVOCIA, *op. loc. cit.*; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 39 ss., spec. 43 ss. Cfr. altresì SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in Riv. Dir. Proc., 2006, 1004; ID., *Ancora sulla (il)legittimità costituzionale dell'art. 100 l. fall.*, in Giur. comm., 1982, II, 21 ss.; e PAGNI, *Esecutività Accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*, in Fall. 2010, 1392 ss. (nota a Cass. 14 luglio 2010, n. 16508, cit.); EAD., *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in Foro it., 2006, V, c. 196; EAD., *Commento all'art. 96*, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008. In senso contrario, oltre a Garbagnati, FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 392 s., secondo il quale «oggetto del processo è una porzione più ampia del diritto di credito, è il diritto di credito assistito dalla concorsualità»; ID., *L'efficacia dello stato passivo*, in Fall. 2011, 1093 ss. Sul punto cfr. i rilievi in senso contrario di E. F. RICCI, v. *Accertamento giudiziale*, cit., 21; e VINCRE, *op. cit.*, 113 ss.. Per CAVALLINI, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo, poteri processuali del creditore*, in Fall., 2009, 700 ss., da un lato, il diritto «oggetto della domanda di cui all'art. 93 l. fall. è (...) il "diritto di credito" tout court considerato»; dall'altro, il dato di legge impone che la decisione resa in sede di formazione del passivo e «financo in sede impugnatoria, non pregiudichi eventuali (...) azioni dei creditori o dell'ex fallito, una volta dichiarato definitivamente chiuso il fallimento, sull'esistenza, la misura e l'ammontare dei crediti (non essendo possibile, per effetto della legge, eccepire in tali giudizi l'impedimento del *ne bis in idem*)». Così anche LAMANNA, *La non contestazione della domanda di insinuazione o di rivendica/restituzione nella verifica del passivo*, in Giur. Comm., 2008, I, 57 ss.; ID., *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*, nota a Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, in Fall. 2005, 407 ss.; BOZZA, *Proponibilità della compensazione*, cit., 879. Cfr. anche MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali: durata e prospettive*, in Fall., 2010, 1038 ss.; ID., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, I, Padova, 1991, 168 ss.; ID., *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in Fall. 2007, 1129 ss.; e LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, 56 ss.

La tesi sopra sinteticamente riportata appare oggi l'unica compatibile col disposto dall'art. 204, co. 5, CCII (corrispondente al previgente art. 96 l. fall., come modificato nel 2006), ai sensi del quale «il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 206, limitatamente ai crediti accertati (...) producono effetti soltanto ai fini del concorso». Simile conclusione è avvalorata dal preciso disposto dell'art. 236 CCII (di tenore analogo al previgente art. 120 l. fall.), il quale sancisce che il decreto menzionato o la sentenza di ammissione al passivo costituiscono «prova scritta per gli effetti di cui all'art. 634» c.p.c., così confermando che, in sede di verifica dello stato passivo, non si forma alcuna decisione sul credito che abbia efficacia di giudicato tra le parti<sup>72</sup>.

In conclusione, riteniamo pertanto corretto prestare adesione alla tesi di Edoardo Ricci, secondo cui l'efficacia delle decisioni rese in sede di verifica del passivo è sì quella propria di accertamento di un diritto idoneo al giudicato sostanziale, ma di un diritto diverso da quello di credito: il diritto al concorso, appunto. E il fatto che l'accertamento del diritto al concorso trovi la propria ragion d'essere solo all'interno di una determinata procedura concorsuale, come espressamente sancito oggi dall'art. 204, co. 5, CCII, riguarda l'intrinseca natura dell'oggetto di tale accertamento, che può trovare la propria realizzazione e soddisfazione esclusivamente nell'ambito della procedura in cui è stato riconosciuto. Si vedrà più avanti come, in tema di compensazione nella l.g., il diritto al concorso venga in rilievo anche in sede ordinaria, quando il controcreditore *in bonis*, evocato in giudizio dal curatore, sollevi la relativa eccezione<sup>73</sup>.

7. – Si è a lungo discusso sulla necessità di una previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione, affinché quest'ultima possa realizzarsi. L'ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui il curatore agisca in sede ordinaria per il pagamento di un debito che un terzo ha verso il soggetto sottoposto a l.g., e il convenuto *in bonis*, controcreditore di quest'ultimo, sollevando l'eccezione di compensazione, chieda il rigetto della domanda fino a concorrenza<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> In senso contrario: Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., ove si parla di «giudicato endofallimentare (...) attribuibile all'accertamento giudiziale del credito»; Cass. 9 luglio 2008, n. 18832, cit., 158 ss. (con nota di ROLFI, *Ancora sull'effetto di «giudicato endofallimentare» del decreto di esecutività dello stato passivo*), ove si afferma che oggetto del decreto di esecutività dello stato passivo sarebbero i singoli diritti di credito, sebbene l'efficacia del decreto sia puramente endofallimentare

<sup>73</sup> *Infra* prf. 7.

<sup>74</sup> È pacificamente ammessa la compensazione anche in sede di formazione del passivo: si ritiene, infatti, che il terzo creditore-debitore *in bonis*, che abbia proposto



Secondo alcuni, l'ammissione al passivo del controcredito sarebbe necessaria, affinché al soggetto *in bonis* sia consentito invocare l'effetto estintivo con efficacia nei confronti della massa, poiché nel CCII (e prima nella legge fallimentare) non vi sarebbe alcuna disposizione che permetta di derogare al principio del concorso formale<sup>75</sup>. Altri ritengono invece che la previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione sia superflua: il principio del concorso formale risulterebbe escluso proprio dalla disciplina della compensazione oggi contenuta nel CCII<sup>76</sup>: il controcreditore convenuto, infatti, non chiede la condanna dell'attore al pagamento di alcunché (*i.e.*, non chiede alcun titolo da far valere contro la massa), né chiede l'accertamento del proprio credito, in modo da invocare tale accertamento in sede di formazione del passivo, per essere ivi ammesso al riparto. Egli chiede solo il rigetto della domanda avversaria, sulla base

---

domanda di ammissione al passivo possa in questa sede dichiarare di essere anche debitore della massa, domandando conseguentemente che venga pronunciata la compensazione da parte del giudice delegato e che l'insinuazione venga fatta per il solo credito residuo: si vedano in tal senso Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 459 ss. (con nota critica di Nisivoccia, *Compensazione e revocatoria*, cit.); in *Fall.*, 2010, 1380 ss., con nota di Salvato, *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo* (1384 ss.); e con nota di Pagni, *Esecutività accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*; e in *Foro it.*, 2010, 3376 s.m. (con nota di Fabiani). Cfr., nello stesso senso, anche Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, in *Fall.*, 2005, 407 ss. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*); Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, in *Fall.*, 1999, 873 ss., con nota di BOZZA, *Proporzionalità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, cit.; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634, in *Dir. fall.* 1982, II, 557.

<sup>75</sup> PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 957; BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 381 e ss. In giurisprudenza, nel senso della necessaria insinuazione al passivo: Cass. 21 dicembre 1971, n. 3710, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 666; Cass. 13 maggio 1971, n. 1385, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 1093; Cass. 27 maggio 1963, n. 1381, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 444 ss., con nota contraria di FOSCHINI, *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione ex art. 56 l. f., e accertamento del passivo fallimentare*; Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 105 ss. Cfr. anche le più recenti Cass. 4 settembre 2014, n. 18691, secondo cui l'accertamento dei crediti vantati nei confronti della massa deve aver luogo con il medesimo rito previsto per i crediti concorsuali «poiché il credito opposto in compensazione può essere riconosciuto soltanto in sede fallimentare e, anche se dedotto solo in via di eccezione, presuppone l'accertamento del debito del fallito»; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 3, 470. Cfr. anche LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie* (nota critica a Cass. 8 luglio 2004, n. 12584), in *Fall.*, 2005, 408 ss., spec. 414; e VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347, secondo il quale, premesso che la decisione con cui è pronunciata la compensazione giudiziale ha efficacia costitutiva ed opera *ex nunc*, vi sarebbe (solo) in tal caso la necessità che il controcredito sia previamente insinuato al passivo, con l'espressa dichiarazione di volersi avvalere della compensazione e con la conseguente richiesta al giudice della procedura di provvedere alla pronuncia compensativa giudiziale.

<sup>76</sup> Cass. 2 settembre 2022, n. 25947

dell'intervenuta estinzione dei reciproci crediti, proprio in virtù della disciplina dettata dall'art. 155 CCII, la quale ultima consente, quindi, di sottrarre il controcredito (anche) al c.d. concorso formale<sup>77</sup>.

Questo secondo orientamento è oggi pressoché pacifico. Al soggetto *in bonis* è riconosciuto il diritto di vedere soddisfatto fino a concorrenza il proprio controcredito attraverso la compensazione: gli si consente quindi di sottrarsi non solo al principio della *par condicio creditorum*, ma anche al procedimento di verifica dello stato passivo<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 195 ss.; ID., *Esercizio del potere*, cit., 453 ss.; AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo*, cit., 47 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 195 ss., secondo il quale «tra compensazione e procedimento di verifica dei crediti c'è una completa autonomia di azione e funzioni»; PAJARDI, *Eccezione di compensazione contro il fallimento in sede extrafallimentare*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 105 ss. (nota critica a Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, cit.); E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 291; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 345; COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 737; TEDESCHI, *Manuale*, cit., 258; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; BOZZA, *Proponibilità*, cit., 878; JORIO, *Gli effetti*, cit., 385 s.; CARON - MACARIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Apice (diretto da), *Diritto delle procedure concorsuali*, Vol. I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, 502. La più recente giurisprudenza afferma che «nel giudizio intrapreso o proseguito dal curatore del fallimento per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto può dedurre fatti costituenti eccezioni estintive, modificative o impeditive del diritto di credito del fallito come anche eccepire in compensazione, in via riconvenzionale, l'esistenza di un proprio credito, quando l'eccezione è diretta a neutralizzare la domanda del curatore e ad ottenerne il rigetto, non operando al riguardo il rito speciale per l'accertamento del passivo, previsto dagli art. 93 ss. l.fall. L'eccezione in via riconvenzionale va esaminata dal giudice della lite, in quanto, pur ampliando il tema della controversia, non forma oggetto di alcuna domanda»: Cass. 25 marzo 2022, n. 9787; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass., sez. trib., 17 novembre 2021, n. 34930. Cfr. poi Cass. 20 maggio 1986 n. 3337, in *Giur. it.* 1988, I, 1, 680, ove si afferma che «nel giudizio promosso dal curatore, in sede ordinaria, per far valere un credito del fallito, è consentito al convenuto, quale mezzo al fine di conseguire il rigetto della domanda, di eccepire in compensazione un proprio corrispondente credito, indipendentemente dalla circostanza che il credito opposto abbia formato o meno oggetto di verifica da parte del giudice delegato.». In questo senso, Cass. 28 settembre 2016, n.19218; Cass., sez. trib., 15 luglio 2016, n. 14615; Cass. 10 gennaio 2012, n. 64, in *Giust. civ., mass.*, 2012, 1, 8 (che afferma lo stesso principio, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa); Cass. 14 luglio 2011, n. 15562, *ivi*, 2011, 1071; Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, *ivi*, 2009, 1, 32. Si è altresì affermato che «in tema di insinuazione al passivo fallimentare, è inammissibile la domanda proposta dal creditore volta ad ottenere il mero accertamento di un credito da portare poi in compensazione con un diverso credito vantato dalla procedura nei suoi confronti, poiché la domanda di ammissione al passivo, tipicamente descritta dall' art. 93 l.fall., implica una richiesta di accertamento non solo dell'esistenza del credito dell'istante ma anche dell'idoneità concorsuale del medesimo, intesa quale attitudine a beneficiare del soddisfacimento concorsuale cui la procedura è volta»: Cass. 11 novembre 2021, n. 33475.

<sup>78</sup> La prima sentenza in tal senso fu Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, in *Giur. it.*, 1963, I, c. 106 ss., con nota contraria di PAJARDI, *Eccezione di compensazione contro il*

Problemi di competenza si erano presentati a chi riteneva che *non* si potesse prescindere da una previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione: ciò che ha condotto la giurisprudenza meno recente ad accogliere la tesi della «necessaria attrazione» davanti al giudice delegato delle cause pendenti davanti al giudice ordinario. Secondo questo insegnamento – oggi superato – l’eccezione di compensazione, comportando la soddisfazione integrale del controcreditore, non avrebbe mai potuto essere decisa dal giudice ordinario, incompetente in virtù della prevalenza del principio del concorso formale relativamente al controcredito; non essendo però possibile la decisione separata della domanda principale e dell’eccezione di compensazione, ai sensi degli artt. 34 e 35 c.p.c., l’unica soluzione possibile sarebbe stata quella della trasmigrazione dell’intero processo davanti al giudice delegato in sede di verifica del passivo, attraverso la riassunzione del medesimo.

Oggi, come già accennato, è invece consolidato l’orientamento che consente al giudice ordinario di decidere anche l’eccezione di compensazione, senza che sia necessaria la previa ammissione al passivo del controcredito, purché quest’ultimo non ecceda il credito del soggetto sottoposto a l.g. fatto valere dal curatore<sup>79</sup>. Va tuttavia ricordato che la giurisprudenza di legittimità, proprio in tema di domanda riconvenzionale o di c.d. riconvenzionale compensativa proposta (o seguita) in sede ordinaria nei confronti della curatela, ha per molti anni adottato una soluzione, aspramente criticata in dottrina<sup>80</sup> e talora avversata anche dai giudici di merito<sup>81</sup>, secondo la quale, nell’ipotesi di causa iniziata o seguita dal curatore nei confronti di un terzo, e di successiva domanda riconvenzionale di quest’ultimo contro la procedura, non semplicemente avrebbe dovuto essere dichiarata l’inammissibilità (o l’improcedibilità) della

---

*fallimento in sede extrafallimentare*. Da ultimo, Cass. 2 settembre 2022, n. 25947. Cfr. altresì i riferimenti nella nota che precede.

<sup>79</sup> Quando l’eccezione di compensazione è dedotta in sede ordinaria al solo scopo di far rigettare la domanda della curatela, non è idonea a determinare lo spostamento della competenza davanti al giudice della procedura: Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 21 dicembre 2002, n. 18223, in *Fall.* 2003, 758. Si vedano inoltre Cass. 25 marzo 2022, n. 9787; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 470; Cass. 11 dicembre 1987, n. 9174, in *Fall.*, 1988, 326; Cass. 20 maggio 1986, n. 3337, *ivi*, 1986, 1322; Cass. 17 luglio 1985, n. 4223, *ivi*, 1986, 387.

<sup>80</sup> E. F. RICCI, *Il sommo della ragione e i suoi mostri*, nota a Cass. Sez. un. 6 luglio 1979, n. 3878, in *Giur. Comm.*, 1980, 346 ss.; GIU. TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 67 ss., in particolare 68 s., *sub* nota 1.

<sup>81</sup> T. Trani, 6 maggio 1999, in *Giur. merito*, 2001, I, 93 ss.; T. Bologna, 16 gennaio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 889 ss., con nota di GALATI, *Esclusività del procedimento di verifica del passivo e sorte della domanda riconvenzionale proposta in sede ordinaria*.

riconvenzionale in sede ordinaria, ma avrebbe dovuto essere dichiarata anche l'improcedibilità della domanda principale formulata dal curatore<sup>82</sup>.

Attualmente il problema innanzi riferito si pone nella prassi ormai solo per l'ipotesi in cui il controcredito prospettato dal convenuto *in bonis* sia di importo eccedente il credito del soggetto sottoposto a l.g., perché in tal caso l'accertamento del primo in sede ordinaria potrebbe – in ipotesi – essere speso davanti al giudice delegato per far accogliere la domanda di ammissione al passivo relativa all'eccedenza; eventualità quest'ultima che, almeno secondo l'orientamento prevalente, risulterebbe in aperto contrasto con il principio del concorso formale<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Secondo questo orientamento le cause avrebbero dovuto svolgersi entrambe (in virtù degli artt. 35 e 36 c.p.c., 52 e 24 l. fall.) davanti al giudice della procedura in sede di formazione del passivo, il quale avrebbe pertanto deciso anche l'eccezione di compensazione: Cass. Sez. un. 6 luglio 1979, n. 3878, cit., in particolare 353 e ss. Cfr. altresì Cass. 19 aprile 2002 n. 5725, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1813 ss.; Cass. 13 dicembre 1999 n. 13944, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 257 ss.; Cass. 9 aprile 1997 n. 3068, in *Fall.*, 1997, 1012 ss.; Cass. 9 ottobre 1992 n. 11021, in *Dir. fall.*, 1993, II, 331 ss.; Cass. 13 giugno 1991, n. 6713, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 668; Cass. 17 febbraio 1982 n. 998, in *Dir. fall.*, 1982, II, 599 ss. Il primo *revirement* della Suprema Corte si è avuto con la sentenza 10 gennaio 2003, n. 148 (in *Giust. Civ.*, 2003, I, 943, con nota di M. FARINA, *L'attesa svolta della Cassazione in tema di rapporti fra giudizi ordinari e rito fallimentare*; in *Fall.*, 2003, 530, con nota di FABIANI, *Il risveglio della ragione rende più fluido il rapporto fra l'azione promossa dal curatore e la riconvenzionale proposta dal convenuto*; in *Corr. giur.*, 2003, 603 ss., con nota di VULLO, *La riconvenzionale nei confronti del curatore: né simultaneus processus; né inammissibilità, ma separazione delle cause*; in *Dir. fall.*, 2003, II, 16 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Simultaneus processus e sua deroga in sede fallimentare per separata competenza sulla domanda del convenuto e la riconvenzionale proposta dal contraente in bonis*), in cui veniva abbandonata la strada della duplice dichiarazione di improcedibilità (o inammissibilità), in favore della pronuncia di un provvedimento di separazione delle cause, in virtù del quale il giudice ordinario adito avrebbe dovuto trattenere davanti a sé quella instaurata o proseguita dal curatore, rimettendo invece la riconvenzionale al giudice della verifica, davanti al quale la parte interessata avrebbe dovuto procedere a riassunzione. Il nuovo orientamento è stato confermato dal Supremo Collegio, con alcune decisioni che hanno affermato l'inammissibilità (o improcedibilità, se formulata prima della apertura del concorso e riassunta nei confronti del curatore) della (sola) riconvenzionale contro il la procedura: Cass. 23 aprile 2003, n. 6475, in *Fall.*, 2004, I, 541 ss., con osservazioni di PANZANI; Cass. Sez. un. 12 novembre 2004, n. 21499, in *Foro it.*, 2005, I, c. 65 ss.; in *Giur. it.* 2005, I, 773 ss., con nota di CANALE, *Dopo un quarto di secolo le Sezioni unite risvegliano la ragione e cacciano i mostri...*; e ivi, 974 ss., con nota di MONTEVERDE, *Note in tema di domanda riconvenzionale e simultaneus processus*; in *Fall.*, 2005, 121; in *Corr. Giur.*, 2005, 197 ss., con nota di VULLO, *Le Sezioni unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore*; in *Corr. merito*, 2005, 53, con nota di TRAVAGLINO; e in *Giust. civ.* 2005, I, 955 ss.).

<sup>83</sup> E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 294 s. In giurisprudenza, Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 28 settembre 2016, n. 19218, secondo cui il rito speciale per l'accertamento del passivo trova applicazione nel caso di riconvenzionale, tesa ad una pronuncia idonea al giudicato, di accertamento o di condanna al pagamento dell'importo spettante alla medesima parte una volta operata la compensazione.

8. – Il giudice ordinario, davanti al quale venga sollevata l'eccezione di compensazione, «deve porsi nel suo *iter* cognitorio tutti i problemi affrontati dal giudice nella verifica»<sup>84</sup>: l'art. 155 in esame pretende infatti che il controcredito opposto sia venuto ad esistenza prima dell'apertura della l.g., nel rispetto di tutte le formalità di cui all'art. 145 CCII, e la sua fonte sia inattaccabile sulla base delle norme sulla revocatoria<sup>85</sup>. Benché si debba escludere che il controcredito necessiti di una previa ammissione al passivo, ove lo si voglia opporre in compensazione, l'esistenza del c.d. diritto al concorso rappresenta, come si è detto, una questione pregiudiziale rispetto alla possibilità di compensare<sup>86</sup>.

Si è tuttavia posto il problema dell'efficacia che, nel giudizio ordinario in cui sia stata sollevata l'eccezione in esame, può avere l'eventuale decisione già assunta in sede di verifica del passivo sulla domanda di ammissione ivi formulata dal controcreditore *in bonis*, tenuto conto del fatto che a contrapporsi in entrambi i giudizi sarebbero pur sempre quest'ultimo e il curatore. Ci si è chiesti anzitutto se, una volta che in sede di accertamento dello stato passivo il controcredito sia stato definitivamente escluso, questo possa essere comunque efficacemente eccepito in compensazione davanti al giudice ordinario.

Secondo alcuni, tale possibilità andrebbe ammessa, perché le decisioni assunte in sede di verifica del passivo – le quali, secondo un'opinione diffusa, avrebbero ad oggetto il credito – avrebbero mera efficacia

<sup>84</sup> E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 117.

<sup>85</sup> E. F. RICCI, *op. ult. cit.*, 51 ss.; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, cit., 266.

<sup>86</sup> E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 116 s. e 45 ss. Cfr. altresì ID., *Sull'efficacia dell'ammissione*, cit., 85 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni*, cit., 1073 ss.; SEGNI, *Giudizio di verifica dei crediti*, cit., 1223 ss.; ID., *Estensione del giudizio di verifica*, cit., 1238 ss. V. inoltre LANFRANCHI, *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 546 ss.; ID., *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, 240 ss.; ID., *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano 1980, 159; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1355 s.; FERRARA, BORGIOI, *Il fallimento*, cit., 533 s.; BONSIGNORI, *op. cit.*, 583; mentre FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, cit., 898, distingue la potenziale efficacia della decisione assunta in sede di formazione del passivo secondo che sia ammesso o escluso il credito e, in questo secondo caso, secondo la ragione dell'esclusione. In giurisprudenza: Cass. 11 novembre 2021, n. 33475, secondo cui la domanda di ammissione al passivo implica «una richiesta di accertamento non solo dell'esistenza del credito dell'istante, ma anche dell'idoneità concorsuale del medesimo (vale a dire dell'attitudine del credito a beneficiare del soddisfacimento concorsuale a cui la procedura è volta) ed assume così una natura ben diversa da un'azione di mero accertamento».

endoconcorsuale, e tra compensazione e procedimento di verifica dei crediti ci sarebbe una completa «autonomia di azione e funzioni»<sup>87</sup>.

Secondo altri, viceversa, andrebbe preferita l'opposta soluzione, perché in sede di verifica del passivo la decisione avrebbe per oggetto il solo diritto al concorso, e se, anche al di fuori della procedura, l'accertamento di tale diritto assume rilievo, la relativa decisione, assunta nel contraddittorio delle medesime parti, dovrebbe produrre i propri tipici effetti vincolanti<sup>88</sup>: il suo accertamento (positivo o negativo) in sede di verifica del passivo dovrebbe pertanto essere vincolante per il giudice cui spetti risolvere la relativa questione a fronte di una eccezione di compensazione<sup>89</sup>. Nell'ipotesi di definitiva esclusione del controcredito dallo stato passivo, quindi, il giudice ordinario davanti al quale il medesimo controcredito venga successivamente opposto in compensazione, dovendosi uniformare al precedente accertamento<sup>90</sup> relativo ad uno degli elementi che compongono la fattispecie estintiva, non potrà far altro che rigettare l'eccezione<sup>91</sup>.

Ad analoghe conclusioni conduce questa tesi nel caso in cui il controcredito sia stato definitivamente ammesso allo stato passivo: il giudice davanti al quale venga successivamente sollevata l'eccezione di compensazione dovrà uniformarsi all'accertamento sull'esistenza del diritto al concorso, rimanendo libero di risolvere in via autonoma (solo e tutte) le altre questioni<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 197, il quale precisa che solo la conferma dell'esclusione in sede di impugnazione dello stato passivo avrebbe efficacia preclusiva rispetto alla opponibilità del medesimo credito in compensazione in sede ordinaria.

<sup>88</sup> M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 51 ss. e In questo senso già E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, cit., 132; E. MARINUCCI, *Ip e fallimento: profili processuali*, in Giussani (a cura di) *Il processo industriale*, Torino, 2012.

<sup>89</sup> M. VANZETTI, *op. cit.*, 51 ss. Cfr. anche PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria*, cit., 1398, la quale, precisa che «l'accertamento del diritto al concorso può implicare l'accertamento con efficacia di giudicato di tutto ciò che attiene alla ragione creditoria, unicamente quando non si abbia la pretesa di esportare gli effetti della decisione giudiziale in una situazione processuale relativa a parti diverse, come avviene col creditore e il fallito una volta che il fallimento sia chiuso e il debitore sia tornato in bonis». Cfr. anche SALVATO, *Intangibilità*, cit., 1392; e LAMANNA, *Compensazione nella verifica*, cit., 414 ss. i quali mettono in discussione la tesi dell'efficacia endoconcorsuale delle decisioni sui crediti, affermando che si tratti «di vera e propria efficacia di giudicato sostanziale esterno» avente ad oggetto i crediti medesimi.

<sup>90</sup> Vale a dire, appunto, all'accertamento – in ipotesi – negativo del diritto al concorso avvenuto in sede di formazione dello stato passivo: E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 117, secondo cui «se un credito qualunque non è idoneo a concorrere esso non è a fortiori nemmeno opponibile alla massa in compensazione».

<sup>91</sup> M. VANZETTI, *op. cit.*, 53.

<sup>92</sup> E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 132. In giurisprudenza cfr. Cass. [12 marzo 1994, n. 2423](#), in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 268, secondo la quale, indipendentemente

In senso contrario, al riguardo, non sembra che possa essere invocata la norma secondo cui le decisioni relative ai crediti assunte in sede di verifica del passivo «*producono effetti soltanto ai fini del concorso*»: essa, infatti, non sancisce semplicemente l'efficacia meramente endoconcorsuale dell'accertamento contenuto nelle decisioni in esame, attribuendo loro quale oggetto il diritto di credito; essa, viceversa, ne indica puntualmente l'oggetto, vale a dire il diritto al concorso <sup>(93)</sup>, il quale è ontologicamente destinato, come premessa del diritto alla percezione del ricavato, a realizzarsi solo all'interno della procedura nel quale è stato accertato<sup>94</sup>. Ove, però, questo diritto venga in rilievo come questione pregiudiziale in un successivo processo ordinario (quale quello in cui un controcreditore, a fronte di una domanda di condanna del curatore, sollevi l'eccezione di compensazione), l'accertamento irretrattabile della sua esistenza o inesistenza avutosi in sede di formazione dello stato passivo (unica sede in cui siffatto accertamento, idoneo al giudicato sostanziale, è possibile) produrrà i propri effetti vincolanti - negativi o positivo-conformativi - anche in tale diverso processo.

9. – Sebbene l'argomento esuli dalla disciplina della compensazione di cui all'art. 155 CCII, va ciò non di meno ricordato che l'orientamento attualmente prevalente ammette la compensazione anche in sede di formazione del passivo: il soggetto *in bonis*, che abbia proposto domanda di ammissione al passivo, può dichiarare di essere anche debitore della massa e domandare conseguentemente che venga in questa sede pronunciata l'estinzione dei crediti reciproci per compensazione e che la domanda di insinuazione venga accolta per l'eventuale residuo <sup>(95)</sup>. In tal caso, secondo la

---

dalla menzionata giurisprudenza che ammette l'eccezione di compensazione quand'anche il controcreditore non sia stato verificato, «nel giudizio promosso dal curatore in sede ordinaria per far valere un credito del fallito è consentito al convenuto eccepire in compensazione un proprio credito verso il fallito, che sia stato ammesso in via definitiva al passivo del fallimento». Riguardo all'efficacia del provvedimento assunto in sede di formazione del passivo la giurisprudenza di legittimità preferisce parlare di preclusione: si veda ad esempio Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., 460 s.; Cass. 15 settembre 2006, n. 19940; Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, in *Fall.*, 2005, 407 (con nota critica di LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit.). Cfr. RAGO, *La compensazione*, cit., 1064 ss. e 1071 s.

<sup>93</sup> E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 68 ss.; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo*, cit., 269, ove si pone in evidenza che l'art. 96, co. 5, l. fall., dettato per il fallimento, ma applicabile anche alla liquidazione coatta, esclude «*a fortiori* la presenza di un definitivo accertamento avente ad oggetto l'inesistenza del credito (...) nell'ambito dello stato passivo formato nella liquidazione coatta amministrativa»

<sup>94</sup> M. VANZETTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>95</sup> Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 459 ss. (con nota critica di Nisivoccia, *Compensazione e revocatoria*, cit.); in *Fall.*, 2010, 1380 ss., con nota di

Cassazione, «l'esame del giudice delegato investe il titolo posto a fondamento della pretesa, la sua validità, la sua efficacia e la sua consistenza. Ne consegue che il provvedimento di ammissione del credito residuo nei termini richiesti comporta implicitamente il riconoscimento della compensazione quale causa parzialmente estintiva della pretesa, riconoscimento che determina una preclusione endoconcorsuale, che opera in ogni ulteriore eventuale giudizio promosso per impugnare, sotto i sopra indicati profili dell'esistenza, validità, efficacia, consistenza, il titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione»<sup>96</sup>. Le Sezioni unite, pur ribadendo la loro convinzione in tema di decisioni assunte in sede di verifica

---

Salvato, *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo* (1384 ss.); e con nota di Pagni, *Esecutività accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*; e in *Foro it.*, 2010, 3376 s.m. (con nota di Fabiani). Cfr., nello stesso senso, anche Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, cit., con nota di BOZZA (*loc. cit.*) adesiva sul punto; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634, cit. Cfr. anche Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, in *in Fall*, 2005, 407 ss. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*), ove si afferma il principio secondo cui «all'accertamento della compensazione, implicito nel provvedimento del giudice delegato che, senza altro aggiungere, ammette il creditore al passivo per l'importo del credito residuo, discende una preclusione endofallimentare che, atteso il carattere unitario della procedura e la strumentalità alla liquidazione delle azioni di massa, opera anche nei giudizi promossi dal fallimento per impugnare l'esistenza, la validità o l'efficacia del titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione». Così pure Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, in *Giust. civ.*, 2007, 1875; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, *ivi*, 2004, I, 2015. Cfr. altresì A. JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. In questi casi è il soggetto *in bonis* che, nel domandare l'insinuazione al passivo, dichiara al contempo di volersi avvalere della compensazione: è costui, quindi, a rendere oggetto di cognizione non solo il proprio credito ma anche quello del debitore sottoposto a l.g. (in tal modo peraltro riconoscendone l'esistenza). In simili ipotesi si pone, quindi, il problema dell'idoneità della decisione del giudice delegato ad avere efficacia di accertamento (incidentale) sull'esistenza del controcredito medesimo, se contestato, dal momento che oggetto di decisione in sede di formazione del passivo è di norma il solo diritto al concorso (E. F. RICCI, *Il sonno*, cit., 352; ID., *Formazione*, cit., *passim*).

<sup>96</sup> Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044. Così già Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., secondo cui, premesso che l'«accertamento giudiziale del credito» effettuato dal giudice delegato in sede di formazione del passivo avrebbe «forza di giudicato» endoconcorsuale, il decreto di esecutività dello stato passivo escluderebbe «la possibilità di riproporre, all'interno di detta procedura, ogni questione concernente l'esistenza del credito, la sua entità, l'efficacia del titolo da cui deriva, l'esistenza di cause di prelazione». SANZO, *Effetti*, cit., 1121, spec. *sub* nota 84, rileva che, portando alle estreme conseguenze questa interpretazione, essa è idonea «a fondare una vera e propria decadenza dalla possibilità di promuovere autonomamente l'azione revocatoria fallimentare per non avere il curatore sollevato, in sede di accertamento del passivo, l'eccezione revocatoria», il che rappresenterebbe un *vulnus* rispetto al consolidato principio secondo cui il debito che nasce dall'accoglimento della revocatoria non può essere compensato con un credito nei confronti del soggetto sottoposto a procedura.



del passivo, secondo la quale, da un lato, il loro oggetto sarebbe rappresentato dal diritto di credito vantato dal terzo; e, dall'altro lato, il loro effetto sarebbe di preclusione meramente endoconcorsuale; pur ribadendo ciò, hanno altresì precisato che, nel caso in esame, l'eventuale ammissione del credito residuo precluderebbe anche al curatore di ottenere la revoca dell'atto dal quale il credito è sorto<sup>97</sup>, così implicitamente riconoscendo efficacia di accertamento vincolante anche fuori dalla procedura alla decisione assunta in sede di formazione del passivo, ove sia dedotta la compensazione.

Va poi rilevato che, secondo alcune decisioni, il rigetto della richiesta del creditore, formulata in sede di formazione del passivo, di avvalersi della compensazione va equiparata, quanto agli effetti in sede ordinaria, alla definitiva esclusione del credito. Si tratta della singolare ipotesi in cui il creditore allega di essere anche debitore del soggetto sottoposto a l.g. e chieda quindi di avvalersi della compensazione e la conseguente ammissione al passivo del solo eventuale credito residuo, e il giudice delegato ammetta invece l'intero credito ritenendolo non compensabile: se tale decisione passa in giudicato formale, sarà precluso al creditore opporre in compensazione il medesimo credito nel caso in cui venga evocato in giudizio dal curatore in sede ordinaria<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., secondo cui la compensazione dedotta in sede di verifica del passivo dal controcreditore, il quale abbia perciò chiesto l'ammissione del solo credito residuo, viene accertata con efficacia vincolante per il curatore, nel senso che questi vedrà rigettata una eventuale domanda, con cui chieda la revoca dell'atto dal quale avrebbe tratto origine il controcredito opposto. In questo senso già Cass. 24 agosto 1995, n. 8964; e Cass. 24 agosto 1995, n. 8964. Dalla menzionata sentenza delle Sezioni unite emerge come la corrente interpretazione dell'art. 204, co. 5, CCII, secondo cui le decisioni assunte nel procedimento di verifica del passivo non produrrebbero effetti vincolanti al di fuori della procedura – non sia del tutto soddisfacente e provochi una continua ricerca di soluzioni alternative. La tesi che pone in rilievo che oggetto di accertamento in sede di verifica del passivo è il diritto al concorso (e non il diritto di credito), e che la decisione su questo produce i propri effetti vincolanti anche nei successivi processi tra le stesse parti, appare pertanto l'unica aderente al sistema.

<sup>98</sup> Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, loc. cit.: il creditore al quale sia negata la compensazione in sede di formazione del passivo, ammettendosi per l'intero il credito, dovrà pertanto subire la falcidia concorsuale, non potendosi più avvalere della compensazione in sede ordinaria, poiché la decisione di esclusione della compensazione in sede di verifica del passivo dovrebbe essere vincolante in punto di assenza dei presupposti per il verificarsi dell'effetto estintivo. Sempre secondo questa giurisprudenza, ove pure il giudice delegato neghi la compensazione per carenza dei presupposti specifici, può ciò nondimeno ammettere il credito al passivo ove lo ritenga esistente e concorsuale: in tal caso il creditore ammesso per l'intero, che si è visto rigettare la richiesta di compensazione, può proporre opposizione allo stato passivo, benché tale mezzo sia previsto dalla legge solo per i creditori esclusi o ammessi con riserva. JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 95.

È, peraltro, ormai pressoché pacifico che la domanda di ammissione al passivo non comporta, di per sé, alcuna rinuncia né preclusione rispetto alla possibilità di opporre in compensazione il controcredito in sede ordinaria<sup>99</sup>.

Occorre infine ricordare che, di regola, il curatore non ha alcun interesse a opporre in compensazione, in sede di verifica del passivo, un credito vantato dal soggetto sottoposto a l.g. che andrebbe pagato in moneta buona. Tuttavia, può ben accadere che il suddetto credito si sia già prescritto: per simile ipotesi, l'art. 203, co. 1, CCII stabilisce che il curatore può, in sede di accertamento del passivo, eccepire fatti estintivi del diritto fatto valere «anche se è prescritta la relativa azione». Ciò significa che egli può opporre in compensazione, al creditore che chieda l'ammissione al passivo di un proprio credito, anche un controcredito del soggetto sottoposto a l.g. che si sia già prescritto e che quindi non sia possibile far valere in via di domanda<sup>100</sup>. In tal caso, dovrà però trovare applicazione la disciplina

<sup>99</sup> Cass. 31 agosto 2010, n. 18915, cit., secondo la quale il creditore ammesso in via definitiva al passivo può opporre in compensazione il proprio credito al curatore che abbia agito in giudizio in sede ordinaria, senza che gli si possa eccepire la rinuncia tacita alla compensazione, quale automatica conseguenza della domanda di ammissione al passivo, o l'efficacia preclusiva del provvedimento di ammissione; Cass. 10 maggio 2002, n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1615; Trib. Milano, 9 febbraio 1995, in *Gius.*, 1995, 2810. In dottrina: SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1122; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 111; JORIO, *Gli effetti*, cit., 386; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 197ss.; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 346; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 205 ss.; ID., *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione*, cit., 456; LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit., 411, il quale precisa che il creditore che insinuandosi al passivo ometta di far valere la compensazione in quella sede non può subire alcuna preclusione in ordine alla possibilità di eccepire la compensazione in sede ordinaria. Questa condivisibile soluzione pone il problema di stabilire quale sia l'interferenza tra i due giudizi, qualora essi siano contemporaneamente pendenti. Considerato l'indubbio legame tra loro sussistente, bisogna chiedersi se siano o non siano applicabili le norme sulla sospensione necessaria del processo per pregiudizialità oppure addirittura quelle sulla litispendenza.

<sup>100</sup> Cass. 7 agosto 2019, n. 21049; Cass. 15 aprile 2019, n. 10528, che esprime un evidente favore verso l'azione ordinaria del curatore, volta a recuperare un credito del fallito, rispetto all'eccezione di compensazione che lo stesso curatore potrebbe sollevare in sede di verifica del passivo. Cfr. altresì E. F. RICCI, *Il sonno della ragione*, cit., 351 ss., ove si ammette bensì che il curatore faccia valere un (contro)credito del fallito in compensazione se, al fine di ottenere il rigetto dell'insinuazione al passivo di un asserito creditore, «rinuncia alla possibilità – sempre più favorevole, ove la controparte sia solvibile – di pagare in moneta fallimentare per farsi pagare in moneta buona»; ma si nega tuttavia che, se il controcreditore abbia domandato l'insinuazione al passivo, il curatore *sia tenuto* a far valere il credito del fallito in sede di verifica dello stato passivo. In tema di amministrazione straordinaria v. Cass. 18 dicembre 2023, n. 35305, secondo cui il commissario straordinario può opporre in compensazione, in base alle ordinarie regole civilistiche, il credito maturato antecedentemente all'apertura della procedura dalla società, poi sottoposta ad amm. straord., ad estinzione del corrispondente credito prededucibile che il debitore di

comune della compensazione: tutti i presupposti necessari affinché si realizzi l'effetto estintivo dovranno pertanto sussistere prima dell'apertura della l.g.: l'art. 203 CCII consente infatti che la sola dichiarazione di voler compensare sia fatta dopo tale momento; inoltre, ai sensi dell'art. 1242, co. 2, c.c., l'intervenuta prescrizione non impedisce la compensazione, solo «se la prima non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti».

10. – Dibattuta è altresì la possibilità di opporre in compensazione alla curatela un controcredito che superi l'ammontare del credito azionato, ove si voglia con ciò ottenere non solo il rigetto della domanda, ma anche la condanna avversaria per l'eccedenza <sup>(101)</sup>. Questo problema è legato alla latitudine dell'efficacia che, in astratto, potrebbe avere in sede di formazione del passivo l'accertamento del controcredito, cui, secondo un insegnamento consolidato, si giunge, ai sensi dell'art. 35 c.p.c., quando il controcredito sia contestato.

La giurisprudenza, dopo aver superato il precedente orientamento – secondo cui, in caso di domanda riconvenzionale per l'eccedenza, entrambe le pretese, «inscindibilmente devolute alla cognizione di un unico giudice ex art. 36 c.p.c., avrebbero dovuto essere trasferite nella sede concorsuale»<sup>102</sup> – ha per molto tempo risolto il problema sancendo la necessità dell'ammissione al passivo quando il creditore non si limiti ad eccepire la compensazione per paralizzare la domanda del curatore, ma pretenda il «riconoscimento» del maggior credito<sup>103</sup>. In tal caso, la relativa domanda

---

quella somma vanti nei confronti dell'amministrazione straordinaria, per l'effetto della prosecuzione di rapporti contrattuali dopo l'apertura della procedura.

<sup>101</sup> Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784.

<sup>102</sup> *Supra*, prf. 7. V. ad es. Cass. 19 aprile 2002, n. 5725, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1814; e Cass. 25 luglio 2002, n. 10912, in *Fall.*, 2003, 281, con nota di LAMANNA.

<sup>103</sup> Costante è l'affermazione secondo cui, quando l'eccezione di compensazione sia dedotta in sede ordinaria al solo scopo di far rigettare la domanda, essa non è idonea a determinare lo spostamento della competenza davanti al tribunale concorsuale: Cass. 21 dicembre 2002, n. 18223, in *Fall.* 2003, 758; Cass. 10 aprile 1990, n. 2974, in *Fall.* 1990, 1033. Si vedano inoltre Cass. 13 gennaio 2009, n. 481, cit., Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, cit.; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 470; Cass. 8 agosto 2007, n. 17388, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7. In dottrina, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. Afferma che la soluzione «migliore e più semplice consiste nel rimettere tutta la causa, cioè domanda principale e domanda riconvenzionale compensativa, al tribunale fallimentare» G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259. Anche INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200, distingue il caso di mera eccezione di compensazione, volta unicamente a determinare il rigetto della domanda, e riconvenzionale compensativa: se nel primo caso l'a. afferma non esservi il bisogno di alcuna pronuncia da parte del giudice delegato sul controcredito opposto in sede ordinaria, per l'ipotesi di riconvenzionale compensativa egli afferma che «l'intera causa sarà attratta nella competenza del giudice fallimentare». Per alcuni rilievi critici, v. E. F. RICCI, *Il sonno della ragione*, cit.

andrebbe dichiarata inammissibile (o improcedibile) nel suo complesso, residuando al creditore la possibilità di riproporla in sede di formazione del passivo; proseguirebbe invece il giudizio ordinario sulla domanda principale del curatore. Ove sull'accertamento del controcredito sia in corso un giudizio di opposizione allo stato passivo o di insinuazione tardiva, il giudizio ordinario andrebbe riunito a quello pendente nell'ambito della procedura, ai sensi dell'art. 274 c.p.c.; ove ciò non sia possibile, dovrebbe trovare applicazione l'art. 295 c.p.c., con conseguente sospensione del giudizio ordinario, in attesa della decisione del giudice della verifica<sup>104</sup>.

La tesi secondo la quale sarebbe possibile la riunione ai sensi dell'art. 274 c.p.c. non sembra più sostenibile, perché sono ormai sommari, sul modello del rito camerale, (anche) i procedimenti di impugnazione dello stato passivo e di insinuazione tardiva: il che rende arduo immaginare la

---

<sup>104</sup> Cass. sez. un. 10 dicembre 2004, n. 23077 cit. e Cass. Sez. un. 12 novembre 2004, n. 21499 cit., che avevano enunciato il generale principio secondo il quale «qualora, nel giudizio promosso dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto proponga domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un proprio credito nei confronti del fallimento, derivante dal medesimo rapporto - ovvero quando, in un processo promosso da soggetto *in bonis* per ottenere il pagamento di un proprio credito, il convenuto si costituisca e proponga domanda riconvenzionale per il pagamento di un credito nascente dal medesimo rapporto contrattuale e, a seguito di suo fallimento, il curatore si costituisca per coltivare la riconvenzionale stessa - la suddetta domanda del creditore *in bonis*, per la quale opera il rito speciale ed esclusivo dell'accertamento del passivo ai sensi degli art. 93 ss. l. fall., deve essere dichiarata inammissibile o improcedibile nel giudizio di cognizione ordinaria, e va eventualmente proposta con domanda di ammissione al passivo su iniziativa del presunto creditore, mentre la domanda proposta dalla curatela resta davanti al giudice per essa competente, che pronuncerà al riguardo nelle forme della cognizione ordinaria. Se dopo l'esaurimento della fase sommaria della verifica, sia proposto dal creditore giudizio di opposizione allo stato passivo o per dichiarazione tardiva di credito ed anche la causa promossa dal curatore penda davanti allo stesso ufficio giudiziario, è possibile una trattazione unitaria delle due cause nel quadro dell'art. 274 c.p.c., ove ne ricorrano gli estremi; possibilità che sussiste anche quando le due cause siano pendenti davanti ad uffici giudiziari diversi, potendo trovare applicazione i criteri generali in tema di connessione se non si siano verificate preclusioni e sempre che il giudice davanti al quale il curatore ha proposto la sua domanda non sia investito della competenza per ragioni di competenza inderogabile, dovendo la *translatio* comunque aver luogo nella sede fallimentare. Qualora non si possa giungere a questo risultato, va verificata la sussistenza dei requisiti per l'applicazione dell'art. 295 c.p.c., fermo restando che la sospensione deve riguardare la causa promossa in sede ordinaria». Nello stesso senso: Cass. 3 agosto 2017, n. 19424; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 3, 470; così parrebbe anche Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, cit. In dottrina JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. Sostiene la rimessione di tutta la causa al tribunale fallimentare G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259. Anche INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200, per l'ipotesi di riconvenzionale compensativa, afferma che l'intera causa debba essere attratta nella competenza del giudice fallimentare. Di contrario avviso E. F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, cit.

loro trattazione congiunta con la domanda formulata dalla curatela in sede ordinaria<sup>105</sup>. Viceversa, la tesi secondo cui andrebbe applicata la disciplina della sospensione necessaria, pur comportando un ritardo nella tutela, appare più plausibile, in virtù dello stretto rapporto di pregiudizialità-dipendenza che lega i due giudizi<sup>106</sup>.

L'attuale e condivisibile orientamento della giurisprudenza è nel senso di ammettere la compensazione in sede ordinaria, salvo l'onere di domandare l'ammissione al passivo per l'eccedenza<sup>107</sup>.

11. – La ricostruzione fornita dalla giurisprudenza, cui ha aderito larga parte della dottrina<sup>108</sup>, lascia però aperti due quesiti. Anzitutto, essa non consente di stabilire con certezza quale sia, nelle ipotesi considerate, l'oggetto della decisione del giudice ordinario; inoltre, e correlativamente, essa non permette di stabilire se e in che termini una simile decisione abbia efficacia in sede di (successiva) formazione del passivo. Per affrontarli, occorre formulare alcune premesse su due principi che governano la materia. Si tratta, in primo luogo, del principio secondo cui, ai sensi dell'art. 35 c.p.c., all'accertamento (incidentale, *ex lege*) del controcredito in sé (purché contestato) si giunge in sede ordinaria, indipendentemente dalla proposizione di una vera e propria domanda riconvenzionale<sup>109</sup>. In secondo luogo, si tratta della regola in base alla quale l'efficacia di accertamento della decisione che si pronuncia sull'esistenza o inesistenza di un qualsivoglia diritto, che sia resa in contraddittorio con il curatore, è opponibile alla massa, sebbene non esima chi voglia vedere soddisfatto il proprio diritto in tal modo accertato dall'osservanza delle regole sul concorso formale, oltre che sostanziale<sup>110</sup>. In applicazione dei menzionati principi, l'accertamento di

<sup>105</sup> ABATE, *Commento all'art. 56*, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano\*\*\* 474.

<sup>106</sup> Sul punto v. *infra*.

<sup>107</sup> Cass. 17 novembre 2021, n. 34930; Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 28 settembre 2016, n. 19218; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784; Cass. 13 gennaio 2009, n. 481; Trib. Arezzo, 30 luglio 2018, n. 815. ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 110 s.

<sup>108</sup> Cfr. le citazioni del precedente paragrafo.

<sup>109</sup> E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 207, in particolare alla nota 270, e 228 ss.

<sup>110</sup> Le sentenze che decidono le controversie aventi ad oggetto beni che potrebbero far parte del patrimonio del debitore sono opponibili alla massa se il processo si è svolto in contraddittorio con il curatore a norma dell'art. 143 CCII: cfr. E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, vol. II, cit., 192 ss.; E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili*, cit., 223 ss., in particolare 228 s.; e, se si vuole, M. VANZETTI, *Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*, in A.I.D.A., 2007, 1172 ss. Secondo questa tesi, solo l'accertamento può essere opposto al ceto

cui si tratta dovrebbe vincolare anche il giudice della verifica sulla questione, per lui pregiudiziale, dell'esistenza (o inesistenza) dell'intero controcredito<sup>111</sup>, ove il controcreditore abbia chiesto di essere ammesso al passivo per l'eccedenza<sup>112</sup>. Individuare l'oggetto della decisione del giudice ordinario davanti al quale, a fronte della domanda del curatore, sia sollevata una eccezione di compensazione, consente infatti di delineare i confini del vincolo di accertamento che da quella discende per il giudice dello stato passivo. Una volta identificato l'ambito di operatività della suddetta decisione, si potrà indagare altresì come debba avvenire il coordinamento dei due processi, sia nel caso in cui essi si svolgano in via successiva, sia nel caso in cui essi si svolgano contestualmente.

Una parte della dottrina ha nel tempo elaborato tesi alternative a quella giurisprudenziale appena esposta, volte ad armonizzare la disciplina della compensazione del codice di rito con quella prevista dalla disciplina del concorso. Secondo una prima tesi – esclusa la possibilità di ritenere che in sede ordinaria venga accertato solo parzialmente (cioè fino a concorrenza) il controcredito, impregiudicato rimanendo il medesimo rispetto all'eccedenza; e negata la realizzabilità del *simultaneus processus* davanti al tribunale della procedura, previa trasmigrazione dell'intera causa davanti a quest'ultimo – si dovrebbe fare ricorso all'istituto della condanna con riserva<sup>113</sup>. Seguendo questa soluzione, il giudice ordinario dovrebbe, in accoglimento della domanda principale, condannare il convenuto, riservando a sé stesso la decisione sull'eccezione di compensazione, previa verifica del controcredito opposto esuberante la *pro concurrenti quantitate* in sede di formazione del passivo. Il giudizio ordinario andrebbe, quindi, sospeso per consentire al controcreditore di chiedere l'accertamento del proprio credito in sede di formazione del passivo, in funzione anche della sua ammissione per l'importo eccedente la parte compensabile<sup>114</sup>. Una volta

---

creditorio, mentre non è possibile la formazione di un titolo esecutivo nei confronti della procedura.

<sup>111</sup> E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 205.

<sup>112</sup> Non si può, in pendenza della procedura, formulare alcuna domanda di condanna contro il curatore in sede ordinaria, trovando piena applicazione i principi del concorso formale e sostanziale: Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit. In questo senso già Cass. 24 agosto 1995, n. 8964; Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, cit. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit.).

<sup>113</sup> E. MERLIN, *op. cit.*, 290 ss. Questa a. parte dal presupposto secondo cui solo il controcredito contestato viene accertato dal giudice, e ritiene che il problema in esame si ponga solo nell'ipotesi in cui il terzo opponga un controcredito esuberante la *pro concurrenti quantitate* (*op. cit.*, 294).

<sup>114</sup> Problema che – come fa notare E. MERLIN, *op. cit.*, 296, nota 155, trattando della sospensione del processo ordinario in caso di insinuazione al passivo del controcredito opposto esuberante la *pro concurrenti quantitate* – non si presenta nel

accertato il controcredito in sede di verifica concorsuale, sarebbe possibile riprendere il processo davanti al giudice ordinario per la decisione sull'eccezione di compensazione<sup>115</sup>.

Una diversa proposta interpretativa invece – esclusa in ogni caso la «attrazione» dell'intera causa davanti al giudice della verifica<sup>116</sup> – è nel senso che andrebbe consentito al giudice ordinario di accertare l'intero controcredito, negandosi tuttavia che esso vincoli il giudice delegato nell'eventuale successivo (e dipendente) giudizio relativo all'ammissione del credito medesimo al passivo<sup>117</sup>.

Altri, invece, ha sostenuto che, per risolvere i problemi di cui si tratta, è essenziale anzitutto individuare l'oggetto dell'accertamento compiuto dal giudice ordinario, davanti al quale sia sollevata l'eccezione di compensazione: se il diritto di credito opposto in compensazione, oppure una situazione giuridica diversa. Qualora si accolga la tesi in virtù della quale in sede ordinaria ha luogo, in caso di sua contestazione, l'accertamento del controcredito opposto in compensazione, non paiono porsi problemi di contrasto con il principio del concorso formale e sostanziale, se a tale accertamento si riconosce l'efficacia (in tal caso, positivo conformativa), che di regola gli compete, anche con riguardo all'eccedenza<sup>118</sup>. Da un lato, infatti,

---

caso in cui il creditore *in bonis* non abbia proposto domanda di insinuazione al passivo e non possa neppure più proporla.

<sup>115</sup> E. MERLIN, *op. cit.*, 296 ss., secondo la quale, peraltro, la condanna con riserva dovrebbe essere condizionata al versamento di una cauzione, in funzione di cautela rispetto agli obblighi restitutori e risarcitori derivanti dall'eventuale caducazione della condanna. L'a. sottolinea, inoltre, che la sospensione del giudizio principale dovrebbe aver fine quando la domanda di insinuazione al passivo non sia stata né possa più essere più proposta: «in tal caso, esclusa la "potenzialità concorsuale" del controcredito, la sua esistenza potrà tornare ad essere accertata dal giudice ordinario ai fini della decisione sull'eccezione di compensazione e della, eventuale, caducazione della condanna con riserva». Secondo questa dottrina, «il controcredito di importo non esuberante la *pro concurrenti quantitate* è, se contestato, accertato con efficacia di giudicato e la relativa pronuncia è destinata ad esplicare effetti all'interno del procedimento di verifica del passivo, che volesse poi avviare il creditore che si è visto rigettare l'eccezione nella sede ordinaria» (EAD., *op. cit.*, 295, nota 149). È da ritenere che l'efficacia vincolante della decisione resa in sede ordinaria sarà poi sempre quella di imporre in sede di verifica del passivo fallimentare l'esclusione del credito o perché già estintosi per compensazione, oppure perché dichiarato inesistente *ab origine*.

<sup>116</sup> Solo per il caso di c.d. riconvenzionale compensativa: G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259; B. INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200.

<sup>117</sup> AUTERI, *Compensazione*, cit., 55 ss.. Questo a., premesso che l'accertamento dell'intero controcredito deve essere riservato al giudice delegato se si voglia concorrere per il residuo, ritiene tuttavia che le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza della traslazione dell'intera causa davanti al giudice delegato oppure della sospensione del giudizio ordinario non siano soddisfacenti.

<sup>118</sup> M. VANZETTI, *op. cit.*, 64 s. Di diverso avviso, E. MERLIN, *op. cit.*, 295.

è proprio l'art. 155 CCII a consentire la soddisfazione del controcredito, fino a concorrenza, a prescindere dalle regole del concorso sostanziale e formale; dall'altro lato, trattandosi in ipotesi di una decisione resa in contraddittorio con il curatore, questa è idonea a produrre piena efficacia di accertamento anche nei confronti della massa (<sup>119</sup>), e quindi anche all'interno del procedimento di accertamento del passivo, vincolando il giudice deputato a formare quest'ultimo sulla relativa questione (pregiudiziale rispetto al diritto al concorso), senza che per questo possa ravvisarsi un conflitto con i principi menzionati: il creditore *in bonis* dovrà comunque chiedere l'insinuazione al passivo del credito residuo; e questo, se ammesso al passivo, sarà pagato in moneta fallimentare, nel rispetto della *par condicio*<sup>120</sup>.

Anche questa soluzione presenta tuttavia delle criticità. Il diritto di credito così accertato, infatti, configurerebbe per il giudice della verifica bensì un vincolo, che però opera solo con riferimento a una questione, appunto, pregiudiziale rispetto all'oggetto del giudizio davanti a lui pendente, consistente nel diritto al concorso; mentre la concorsualità del credito medesimo e la sua invulnerabilità rispetto a eventuali azioni revocatorie, rappresentando in ipotesi questioni risolte solo *incidenter tantum* dal giudice ordinario, rimarrebbero impregiudicate in sede di verifica del passivo<sup>121</sup>. Si potrebbe così pervenire a un conflitto (peraltro, meramente

<sup>119</sup> Si tratta sempre e solo di sentenze di mero accertamento, non essendo possibile in sede ordinaria la formazione di un titolo esecutivo nei confronti della massa.

<sup>120</sup> M. VANZETTI, *op. cit.*, 65; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 110.

<sup>121</sup> L'estinzione (eventualmente parziale) del diritto del soggetto *in bonis* conseguente alla compensazione avvenuta in sede ordinaria configura a propria volta una premessa nel procedimento di verifica del passivo rispetto alla decisione sul diritto al concorso, il quale evidentemente può essere riconosciuto, come diritto prodromico al diritto di partecipare al riparto, solo nella misura risultante dalla compensazione medesima: Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit.; Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, in *Giust. civ.*, 2007, 1875 Cass. 8 luglio 2004, n. 12458; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, *ivi*, 2004, I, 2015; Cass. 24 agosto 1995, n. 8964. Sull'accertamento della «non più esistenza» del controcredito opposto in compensazione cfr. DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale*, cit., 387, ad avviso della quale oggetto di accertamento mero sarebbe «il verificarsi di un certo accadimento (estinzione per compensazione)»: sarebbe cioè «sul fatto estintivo "compensazione" – e non sul singolo credito – che spiega la propria efficacia il giudicato», a prescindere dall'eventuale contestazione del controcredito opposto. In senso critico, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 74 ss., 84, e anche 96 e ss., dove l'a., da un lato, pone in rilievo, con riferimento al controcredito non contestato, che la pronuncia giudiziale «dichiara autoritativamente che "è compensato il credito dell'attore" e non che "è compensato il credito del convenuto"»; e, dall'altro lato, sottolinea che «la pronuncia che dichiara la compensazione del credito principale definisce (...) sempre positivamente, per via di



teorico) fra decisioni ove, ad esempio, il giudice ordinario dichiarasse l'estinzione fino a concorrenza del credito e del controcredito opposto (ritenendo quest'ultimo, in via di *mera cognitio incidenter tantum*, non solo esistente, ma anche concorsuale e non revocabile), mentre il giudice della verifica del passivo, pur conformandosi al precedente accertamento sull'esistenza del controcredito opposto, ne escludesse la concorsualità o la non revocabilità, e per tale ragione non ammettesse al passivo l'eccedenza. Vero è, tuttavia, che il nostro ordinamento tollera questo genere di conflitto, il cui fondamento positivo è da rinvenirsi nell'art. 34 c.p.c.

Infine, secondo una dottrina più che autorevole, la tesi per cui l'eccezione di compensazione comporta in sede ordinaria l'accertamento (incidentale *ex lege*) del controcredito opposto, può essere recepita in ambito concorsuale «solo a patto di correggerla»<sup>122</sup>, cioè ammettendosi a monte che, nella causa tra il curatore e il creditore *in bonis*, oggetto di accertamento non sia in realtà il controcredito opposto in compensazione quanto piuttosto, ancora una volta, il diritto al concorso. Premesso, infatti, che «il giudice della causa, nella quale la compensazione è chiesta, deve per prima cosa porsi, nel suo *iter cognitorio*, tutti i problemi affrontati dal giudice della verifica», si constata che tale considerazione è utile proprio «per la sistemazione teorica del giudizio sulla compensazione dal punto di vista del *decisum*», alludendo con ciò «ai riflessi dei quali deve essere fornita nel fallimento la tesi, sostenuta dalla maggioranza, secondo la quale il controcredito diviene oggetto di statuizione piuttosto che di *mera cognitio*». Egli afferma al riguardo che «se il controcredito è opposto al curatore, esso è fatto valere non in sé ma come premessa del diritto al concorso; è pertanto solo il diritto al concorso ad emergere alla ribalta, se si vuol vedere nel giudizio sulla

---

*efficacia preclusiva*, anche la questione della “non più esistenza” del credito del convenuto», ciò che configura l'unica conseguenza che «l'esercizio di un'eccezione di compensazione può di per sé determinare sul piano dell'efficacia oggettiva della pronuncia e del giudicato relativo al credito principale», esclusa dunque qualsivoglia estensione automatica dell'oggetto del giudizio (*op. cit.*, 199 ss.). Com'è noto, secondo questa dottrina è la contestazione del controcredito opposto ad attivare il meccanismo del suo accertamento *ex lege* (indipendentemente dal fatto che esso sia inferiore, uguale o superiore al credito fatto valere dall'attore), non essendo a tal fine sufficiente, appunto, la sola eccezione di compensazione (*op. cit.*, 201 ss.), né potendosi accogliere l'idea di un giudicato sul fatto «estinzione». Si sottolinea, peraltro, l'intrinseca differenza fra questo particolare accertamento incidentale e l'accertamento determinato da una vera e propria domanda giudiziale, ponendosi in rilievo che il primo, a differenza del secondo, avrà luogo solo in funzione della domanda principale, ove questa non possa essere rigettata per altre assorbenti ragioni (*op. cit.*, 228 s.).

<sup>122</sup> E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 117.

situazione opposta in compensazione un *decisum* anziché un *cognitum*»<sup>123</sup>. Qualora si accolga questa tesi, non può trovare neppure ipoteticamente spazio il contrasto teorico fra decisioni sopra prospettato: il vincolo derivante dalla decisione assunta in sede ordinaria imporrebbe infatti al giudice della verifica di ritenere esistente o inesistente il diritto al concorso così come già in quella sede accertato, conseguentemente imponendogli la sua ammissione o esclusione dallo stato passivo. Quest'ultima soluzione non comporta, peraltro, che il mero accertamento del diritto al concorso in sede ordinaria consenta al creditore *in bonis* di partecipare immediatamente al riparto senza dover proporre domanda ai sensi degli artt. 201 ss. CCII: esclusivamente un provvedimento reso in sede di formazione del passivo può infatti consentire l'accesso ai piani di riparto.

Naturalmente, la contemporanea pendenza del giudizio ordinario e del procedimento di verifica del passivo pone complessi problemi di coordinamento<sup>124</sup>. Già abbiamo visto qual è la soluzione offerta dalla giurisprudenza e quali le più autorevoli proposte interpretative della dottrina<sup>125</sup>. Le soluzioni prospettabili sono naturalmente differenti secondo

---

<sup>123</sup> Questa tesi viene sostenuta anche sulla base di un'ulteriore considerazione: sia in sede di formazione del passivo, sia in sede di giudizio ordinario che si svolga in contraddittorio con il curatore, parte è, appunto, il curatore (e non il soggetto sottoposto a procedura), con tutte le prerogative che a questa figura la legge riconosce a tutela del ceto creditorio. Non sembra quindi possibile, ove si vogliano rispettare le regole sui limiti soggettivi del giudicato, ritenere che in questi casi abbia luogo l'accertamento del diritto del creditore nei confronti del soggetto sottoposto alla procedura, e non invece del suo diritto al concorso. Cfr. E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 18 ss., ove il problema dei soggetti nei confronti dei quali dovrebbe produrre i propri effetti la decisione sul credito è affrontato con riguardo alla fase di verifica del passivo.

<sup>124</sup> È anzitutto possibile che l'eccezione di compensazione davanti al giudice ordinario sia decisa *prima* della formazione dello stato passivo. Può accadere altresì che il curatore agisca nei confronti del terzo e questi chieda il rigetto della domanda opponendo un controcredito in compensazione *dopo* che la formazione dello stato passivo abbia avuto luogo: per questa eventualità il giudice ordinario sarà vincolato relativamente alla decisione sul diritto al concorso. Infine, può accadere che l'asserito controcreditore, da un lato, sia parte in un giudizio ordinario in contraddittorio con il curatore, ed ivi eccepisca il proprio controcredito in compensazione; e, dall'altro lato, al tempo proponga domanda di insinuazione al passivo per l'intero credito oppure anche solo per l'eventuale residuo: per quest'ultima ipotesi bisogna stabilire come avvenga il coordinamento dei due procedimenti.

<sup>125</sup> Cass. s.u. 12 novembre 2004, n. 21499, in *Foro it.*, 2005, I, c. 65; in *Fall.*, 2005, 121; e in *Giust. civ.*, 2005, 955; e Cass. s.u. 10 dicembre 2004, n. 23077, in *Fall.*, 2005, 121; Cass. 27 aprile 2008, n. 10898, in *Guida al diritto*, 2008, 30, 85; Cass. 3 agosto 2017, n. 19424. Sembra doversi escludere che possa essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. il procedimento di verifica dei crediti in luogo di quello ordinario. Sebbene, infatti, l'esistenza del diritto di credito (oggetto del giudizio ordinario) configuri una questione pregiudiziale rispetto all'esistenza del diritto al concorso, l'istituto della sospensione necessaria può essere applicato solo a un procedimento

che si ritenga che oggetto di decisione in sede ordinaria sia solo il controcredito opposto in compensazione oppure anche il diritto al concorso. Nel primo caso, si può ipotizzare che il coordinamento debba avvenire attraverso la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio ordinario, fintantoché sia decisa la domanda in sede di accertamento del passivo: come accennato, infatti, la questione se tale diritto esista o non esista – questione oggetto di decisione in sede di verifica concorsuale – configura, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., una «controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa» pendente in sede ordinaria <sup>(126)</sup>.

Ove invece si ritenga che oggetto di accertamento sia in entrambi i casi il diritto al concorso, la soluzione parrebbe essere quella di consentire ai due procedimenti di proseguire paralleli, senza che l'uno possa interferire

---

non sommario; e oggi la verifica dei crediti è sommaria non solo nella fase che si svolge davanti al giudice delegato, ma anche nelle successive fasi di impugnazione. Cfr. E. F. RICCI, *Il sonno*, cit., 352. In giurisprudenza: Cass. 1° ottobre 1996 n. 8595, in *Foro it.*, 1997, I, c.1107, con nota di TRISORIO LIUZZI; Cass. 20 febbraio 2002, n. 2468, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 262.

<sup>126</sup> Così già AUTERI, *op. cit.*, 52 ss.. Cfr. anche FOSCHINI, *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione*, cit., 458 s. In giurisprudenza Cass. Sez. un., 10 dicembre 2004, n. 23077; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967; Cass. 9 gennaio 2009, n. 287. Questa soluzione impone di risolvere il problema di come tenere conto, in sede di formazione del passivo, della (eventualmente parziale, certamente successiva) soddisfazione del controcredito avvenuta in sede ordinaria in virtù della compensazione: una volta ammesso l'intero credito al passivo, infatti, la sua estinzione per compensazione in sede ordinaria si verificherebbe dopo. Per risolvere questo problema si potrebbe ipotizzare che le norme relative alla fase di distribuzione consentano al curatore e al giudice delegato di quantificare il c.d. diritto al ricavato tenendo conto dell'eventuale compensazione che abbia avuto luogo davanti al giudice ordinario, così come accade in sede eurounitaria, quando si applica la cosiddetta *hotchpot rule*: a norma del co. 2 dell'art. 23, Reg. CE 848/2015 sulle procedure di insolvenza transnazionale, rubricato Restituzione e imputazione, «Al fine di garantire la parità di trattamento dei creditori, il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente». In argomento, *si vis*, M. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale nell'unione europea: una panoramica della disciplina in vigore*, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, 2021, 303 ss.), dovendosi conservare la possibilità per il controcreditore di proporre reclamo, con conseguente accantonamento delle somme. La giurisprudenza supera il problema ammettendo che il soggetto *in bonis*, proponendo domanda di insinuazione al passivo, affermi al contempo di essere anche debitore del soggetto sottoposto a procedura e di volersi per questa ragione avvalere della compensazione; e che, conseguentemente, si dichiari in questa sede l'estinzione dei reciproci crediti fino a concorrenza, riconoscendo il diritto al concorso per l'eventuale credito residuo: Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508; Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, cit.; Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, cit.; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, cit.; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, cit.; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634.

sull'altro, fintantoché non si giunga a una decisione stabile, la quale spiegherà i propri effetti vincolanti anche nell'altro processo<sup>127</sup>.

-----  
*Abstract*

**THE SET-OFF DISCIPLINE IN THE CODE OF BUSINESS CRISIS AND  
INSOLVENCY**

Il lavoro ha per oggetto la ricostruzione dell'istituto della compensazione nella liquidazione giudiziale. Dell'istituto vengono esaminati tutti i profili, sia sostanziali, sia processuali. Riguardo ai primi, l'indagine si concentra sui presupposti necessari affinché – in deroga alle regole generali sull'esecuzione forzata e in particolare ai principi del concorso formale e sostanziale – si possa efficacemente opporre in compensazione un controcredito, in pendenza di una liquidazione giudiziale. Per quanto concerne i profili processuali, vengono esaminate le modalità con le quali, in concreto, la compensazione può esser eccepita dal controcreditore in bonis al curatore, in un giudizio ordinario da quest'ultimo iniziato o proseguito per il recupero di un credito del soggetto sottoposto a l.g., prendendosi atto dei problemi che ne possono sorgere e offrendosi per ciascuno la soluzione più adeguata.

\*\*\*

*The purpose of this work is to examine the set-off, pending a judicial liquidation. All aspects of the set-off are examined, both substantive and procedural. With regard to the former, the investigation focuses on the necessary prerequisites so that set-off may be used pending a judicial liquidation. With regard to procedural matters, the analysis focuses on the ways in which offsetting may be concretely pleaded by the countercreditor to the liquidator in ordinary proceedings commenced or continued by the latter for the recovery of a credit of the person subject to judicial liquidation, noting the problems that may arise and offering the most appropriate solution for each.*

-----

---

<sup>127</sup> Va esclusa l'applicabilità dell'istituto della litispendenza per evidenti ragioni, prima fra tutte che l'applicazione dell'istituto della litispendenza andrebbe limitata al solo processo ordinario di cognizione: E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, vol. I, cit., 176.

Corte d'appello di Milano, 27 novembre 2023, n. 3350

Pres. est. Bonaretti

*Il riconoscimento in Italia di un lodo arbitrale di condanna reso a Londra nei confronti di una società in amministrazione straordinaria non contrasta con l'ordine pubblico interno oppure Eurounionale.*

*Le previsioni secondo cui il curatore ha la facoltà ed il potere di concludere compromessi (art. 35 legge fallimentare) come pure di formulare al giudice delegato la proposta di nomina di arbitri (articolo 25 legge fallimentare), confermano che non sussiste incompatibilità tra fallimento e procedure concorsuali in genere (compresa l'amministrazione straordinaria) ed arbitrato.*

*È esclusa la vis attrattiva del tribunale fallimentare a conoscere la controversia insorta tra la società fallita (o in amministrazione straordinaria) ed il terzo, quando la scelta della devoluzione della controversia ad un arbitro inglese è avvenuta successivamente all'apertura della procedura concorsuale, sulla base di una clausola arbitrale afferente ad un contratto di fornitura sottoscritto dai commissari straordinari.*

*Il comportamento dei commissari straordinari, volto ad invocare la competenza del tribunale fallimentare, risulta contrario ai doveri di correttezza e buona fede e rivela il tentativo di sottrarsi strumentalmente agli obblighi da loro stessi contrattualmente assunti con la clausola arbitrale.*

(Omissis). 2.1. Con atto di citazione ex art. 840 c.p.c, notificato in data 23/12/2022, (...) S.p.A. in Amministrazione Straordinaria conveniva in giudizio (...) SA, opponendo il decreto presidenziale di efficacia dei lodi e sostenendo, a supporto dell'opposizione proposta, che la controversia decisa dai lodi non poteva essere oggetto di compromesso secondo la legge Italiana; ne chiedeva, pertanto, l'annullamento e/o la revoca, con vittoria di compensi e spese. L'Opponente, inoltre, nel rilevare che il decreto opposto non aveva statuito in ordine all'esecutorietà delle pronunce arbitrali, pure domandata da (...), muoveva espressa contestazione anticipata e in via preliminare a richieste di concessione di esecutorietà (anche soltanto provvisoria) che eventualmente fossero state formulate da quest'ultima nel corso del procedimento di opposizione. (Omissis).

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

3. Con unico motivo di opposizione, l'Opponente deduce incompromettibilità della controversia secondo la legge italiana, richiamando l'art. 840, comma 5, n. 1), c.p.c..

3.1. Il motivo è infondato.

3.1.1. L'Opponente, intendendo provare, ai sensi della disposizione del codice di rito da ultimo richiamata che la controversia decisa dai tre distinti lodi inglesi non poteva essere oggetto di compromesso secondo la legge italiana, sottolinea che (...) S.p.A. era (e tuttora è) sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria ai sensi della L. 18 febbraio 2004, n. 39 e che, secondo quanto disposto dall'art. 13, D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (avente contenuto analogo all'art. 13 L. Fall.), sarebbe esclusivamente il tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza e, nella fattispecie, il Tribunale di Milano, in virtù della *vis attractiva* di natura funzionale e inderogabile, competente a conoscere e giudicare in ordine alla controversia insorta tra (...) e (...) e rimessa, invece, a procedimento arbitrale estero.

Sostiene l'Opponente, infatti, che tale controversia, in quanto inerente all'accertamento di crediti vantanti da Trasteel verso l'amministrazione straordinaria, afferisca alla dichiarazione di insolvenza e che, pertanto, il Foro funzionale inderogabile individuato dal citato art. 13 D. Lgs. n. 270/1999 imponga l'incompromettibilità della medesima vertenza alla cognizione arbitrale, stante l'apertura della procedura concorsuale a cui ILVA è sottoposta, per esigenze di tutela della par condicio creditorum.

3.1.2. Occorre, innanzitutto, rilevare che non sussiste un'incompatibilità ontologica tra fallimento (e procedure concorsuali in genere) e arbitrato: si noti, ad esempio, come il curatore abbia facoltà di concludere compromessi (art. 35 L. Fall.) o di formulare al giudice delegato la proposta di nomina di arbitri (art. 25 L. Fall.) e tali disposizioni, giova precisare, si rendono applicabili anche al procedimento di amministrazione straordinaria, giusto richiamo compiuto dall'art. 19 D. Lgs. 270/1999.

Tale compatibilità è stata avvalorata, a più riprese, anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità<sup>1</sup>, che, muovendo dagli artt. 72 e 83-bis L. Fall., ha ritenuto che, in ipotesi di subentro, da parte del curatore, nel contratto contenente clausola compromissoria, la stessa conserva piena efficacia anche nei confronti del curatore subentrato, in virtù della biunivocità del legame contratto-clausola, osservando che, diversamente, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui chiede l'adempimento.

Occorre anche tenere presente che, nel caso in esame, la scelta di devoluzione della controversia all'arbitro inglese è avvenuta successivamente all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria (21 gennaio 2015), in quanto il contratto di compravendita intercorrente tra le parti, contenente la relativa clausola, ivi *sub* art. 15, risulta sottoscritto dalla Amministrazione Straordinaria in data 19 marzo 2018.

Non si vede, dunque, perché il curatore, con la scelta di subentrare in un contratto soggetto a clausola compromissoria, debba essere onerato al rispetto di

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5694.

quest'ultima, al pari di ogni altra clausola del medesimo contratto, e non debba invece esserlo l'amministrazione straordinaria, in ipotesi di sottoscrizione *ex novo* di un contratto siffatto. Una simile soluzione appare quantomeno irrazionale, quando non contraria ai doveri di correttezza e buona fede e non può certamente essere invocata da parte dell'Opponente per sottrarsi, strumentalmente, agli obblighi da sé medesima contrattualmente assunti.

Né può sostenersi che tale soluzione venga a pregiudicare il principio della *par condicio* che caratterizza le procedure concorsuali, trattandosi qui di pronuncia che potrà essere fatta valere nei confronti della procedura soltanto nel rispetto del principio da ultimo richiamato.

Si noti, inoltre, che l'accertamento extra-fallimentare del credito risulta ulteriormente avvalorato, avendo avuto la Suprema Corte<sup>2</sup> occasione di chiarire che la procedura di verifica del passivo prevista dalla legge fallimentare trova significative eccezioni. Tra esse, oltretutto, figura la sentenza straniera che accerta un credito al di fuori del procedimento di cui agli artt. 93 ss. L. Fall., sentenza che ben potrà essere oggetto di riconoscimento interno, non sussistendo alcun principio di ordine pubblico, interno o di derivazione eurounionale, ostativo a tale esito.

Di qui il rigetto dell'opposizione. (*Omissis*).

## **LODO ARBITRALE STRANIERO DI ACCERTAMENTO DEL CREDITO CONCORSUALE ED ESCLUSIONE DELLA *VIS ATTRACTIVA* FALLIMENTARE**

BRUNO INZITARI

*Professore ordinario f.r.  
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Da tempo ormai, è stata abbandonata la convinzione che sussista un'incompatibilità di fondo tra arbitrato e fallimento.

Gli artt. 35 e 25 l. fall. (applicabili anche al procedimento di amministrazione straordinaria, stante il richiamo operato dall'art. 19 d.lgs. 270/1999), rispettivamente, legittimano il curatore a concludere compromessi e gli consentono di formulare al giudice delegato la proposta di nomina degli arbitri.

Tali disposizioni, oltre a mostrare spazi di convivenza fra arbitrato e procedure concorsuali, sanciscono in modo inequivocabile l'ammissibilità di un giudizio arbitrale allorché la relativa convenzione sia stata conclusa proprio dal curatore/commissario dopo la dichiarazione di fallimento, ovvero dopo l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

---

<sup>2</sup> Cass., 15 aprile 2019, n. 10540.

Invero, non vi sarebbe ragione per la legge di offrire ai curatori/commissari la facoltà di stipulare essi stessi convenzioni d'arbitrato per poi negare a tali convenzioni il dispiegamento dei loro effetti nei confronti dei contraenti (inclusa la stessa procedura). Nel caso oggetto del giudizio della Corte d'appello di Milano, gli stessi Commissari avevano prestato il consenso alla sottoscrizione della clausola compromissoria, e quindi il consenso a demandare ad arbitri stranieri il rapporto sostanziale sorto dopo l'apertura della procedura, ai sensi dell'art. 35 l. fall.. Conseguentemente la pretesa dell'Amministrazione straordinaria volta a far valere l'inoperatività della convenzione arbitrale, è apparso alla Corte comportamento adottato in violazione del divieto di operare contra *factum proprium*, e dei doveri di buona fede e correttezza contrattuale ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c.

2. – La compatibilità fra arbitrato e procedure concorsuali, d'altra parte, risulta possibile non solo nell'ipotesi in cui la scelta di stipulare una convenzione arbitrale sia stata espressa direttamente dagli organi della procedura, ma anche laddove la clausola sia stata sottoscritta dal debitore *in bonis* poi fallito, ed il curatore/commissario decida di optare per il subentro nel relativo contratto ai sensi degli artt. 72 ed 83-bis l. fall.

In tali casi, come ha ricordato la Suprema Corte in plurime occasioni: «[...] la clausola compromissoria, [...] conserv[a] piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento»<sup>3</sup>. Principio, quest'ultimo, confermato da ultimo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>4</sup> la quale si è espressa in termini di "biunivocità del legame contratto-clausola" nei rapporti in cui il curatore decide di accedere.

Se il curatore che subentra in un contratto non può sottrarsi agli effetti della clausola compromissoria sottoscritta dal fallito ante procedura, la stessa regola deve valere anche per il Commissario dell'Amministrazione Straordinaria che ha espresso in costanza di procedura la volontà di deferire le eventuali controversie in arbitri.

Con specifico riguardo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, inoltre, il *favor* espresso dal legislatore rispetto alla compatibilità con l'arbitrato è ancora più evidente quando si considera che, rispetto ai commissari straordinari, viene meno anche la necessità di

---

<sup>3</sup> Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5694.



autorizzazione del comitato dei creditori per la stipulazione di convenzioni arbitrali, prevista invece per il curatore.

Come noto, infatti, secondo la disciplina del d.lgs. 270/1999 il Commissario può compiere senza autorizzazione tutti gli atti che non sono indicati dall'art. 42 d.lgs. 270/1999, e dunque anche le convenzioni arbitrali, non ricomprese nell'elenco.

3. – Neppure i principi della competenza funzionale del giudice fallimentare *ex* art. 24 l. fall. e dell'esclusività delle forme di accertamento dello stato passivo *ex* art. 52 e 93 ss. l. fall. possono costituire un valido motivo per escludere l'operatività della clausola arbitrale. Infatti, la citate regole non rappresentano un principio irrinunciabile del nostro ordinamento, che, invece, ne ammette alcune deroghe, come, peraltro, espressamente si evince dalla presenza della clausola salvatoria nell'art. 52 l. fall., nonché dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui «la procedura di verifica del passivo prevista dalla l. fall., art. 93 e ss., trova [...] significative eccezioni»<sup>5</sup>.

Ebbene, fra le varie eccezioni ammesse a tali regole, quella di maggior rilievo è quella in cui la cognizione sull'esistenza e la misura del credito vantato nei confronti del debitore soggetto a procedura concorsuale spetti all'autorità giurisdizionale straniera, europea ed extraeuropea, nonché a quella arbitrale straniera.

La pronuncia di Cass., 15 aprile 2019, n. 10540 ha enunciato principi e le regole di coordinamento tra la giurisdizione statale e arbitrale straniera e quella spettante al giudice fallimentare. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che: 1) il procedimento di accertamento del passivo non è l'unica modalità consentita per accertare ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale: sotto questo aspetto, quindi, le norme interne di diritto concorsuale non costituiscono espressione di un principio di ordine pubblico, (concetto, quest'ultimo, richiamato dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite del 23 febbraio 2023, n. 5694); 2) di conseguenza, la sentenza straniera che accerta un credito al di fuori del procedimento *ex* art. 93 ss. l. fall. può essere oggetto di riconoscimento in Italia, non essendo la pronuncia contraria né alla disciplina nazionale, né alla disciplina europea; 3) si deve distinguere tra l'accertamento sull'esistenza e l'ammontare del

---

<sup>5</sup> Cass., 15 aprile 2019, n. 10540, emessa nel c.d. "caso Parmalat" e pubblicata in questa *Rivista*, 2019, 473, con nota di R. MURONI, *Nel caso Parmalat-Citibank la Cassazione ridimensiona la vis attrattiva del tribunale fallimentare italiano nell'accertamento di crediti concorsuali soggetti a giurisdizione straniera*.

credito, che è preliminare e può avvenire attraverso una pronuncia straniera, e l'ammissibilità o meno di quel credito al passivo, che invece attiene alla sua concorsualità (c.d. concorso formale). Solo questo secondo aspetto è inderogabilmente affidato al giudice del fallimento: la decisione del giudice straniero che accerta l'*an* e il *quantum*, quindi, «non incide sul concorso dei creditori [...] proprio perché l'accertamento del credito fuori dal fallimento non esclude la necessità dell'insinuazione al passivo, che è l'unica via per partecipare al riparto».

La stessa visione è condivisa dalla dottrina straniera, a parere della quale, la *vis attractiva* del foro fallimentare ha una portata molto limitata, che si estende solo alle azioni direttamente connesse ai procedimenti di insolvenza (i.e. dichiarazione di insolvenza/fallimento, impugnazioni di tali provvedimenti, verifica del passivo ecc.), mentre per le azioni che si basano su questioni di diritto contrattuale (ad es., azioni di risoluzione, inadempimento, nullità ecc.), valgono i principi espressi dal Regolamento UE n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I-bis, che invece riserva tali azioni al giudice ordinario, secondo le regole degli stati membri. Tale autonomia poi, in particolare, viene riconosciuta in parallelo per la cognizione riservata agli arbitrati esteri, rispetto ai quali la giurisdizione degli arbitri si misura sulla Convenzione di New York del 1958, senza che rilevi la *lex concursus* in ordine agli effetti dell'apertura sull'efficacia dell'accordo arbitrale.

Secondo l'ordinamento italiano, il principio del concorso formale e quello della *par condicio creditorum* non precludono il riconoscimento della decisione straniera. Il procedimento ex art. 93 ss. l. fall. conosce significative eccezioni ed inoltre sussiste una differenza tra l'accertamento dell'esistenza e della misura del credito, e la verifica del passivo, rilevante ai fini del riparto; infine i principi del Caso Parmalat, enunciati con riferimento alle sentenze straniere, possono applicarsi anche ai lodi stranieri, stante la parificazione degli effetti di cui all'art. 824-bis c.p.c..

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, va rilevato che l'art. 824-bis c.p.c., introdotto con d.lgs. 40/2006, ha sancito la piena equiparazione della pronuncia resa nel giudizio di arbitrato rituale (come quello celebrato presso il Tribunale della LCIA) con la pronuncia resa da parte del giudice statale: l'attività di cognizione compiuta dal Collegio arbitrale, infatti, ha natura giurisdizionale al pari di quella svolta dal giudice ordinario.

In conclusione, l'art. 52 l. fall., sotto il profilo della *vis attractiva*, pone una questione relativa al rito applicabile per l'accertamento dei crediti verso il fallito, cui consegue un regime di rilevabilità nei limiti dell'onere di impugnazione da parte del soccombente se il giudice ha statuito sulla questione, pena la formazione dell'effetto preclusivo del giudicato interno.

L'eventuale accertamento di un credito verso il fallito svolto dal giudice in sede ordinaria in violazione dell'art. 52 l. fall., consiste in un errore di natura procedimentale, la cui violazione determina una nullità che deve essere dedotta come motivo di impugnazione del provvedimento, stante la regola di cui all'art. 161 c.p.c. In mancanza, la questione passa in giudicato interno, con conseguente limite di riesaminabilità in sede di impugnazione.

Tale principio è stato enunciato tanto nei rapporti tra giudice ordinario e giudice fallimentare, quanto nei rapporti tra giudice straniero o arbitro (sia interno che straniero) e giudice fallimentare.

Con riguardo al primo caso, la giurisprudenza afferma che, anche se la violazione della regola della competenza esclusiva del giudice fallimentare ai sensi degli artt. 52 e 93 l. fall. è rilevabile d'ufficio, occorre sempre coordinare tale rilevabilità con il potere di impugnazione delle parti e con la regola di conversione delle nullità nei motivi di gravame: «di talché l'eventuale nullità derivante dal detto vizio procedimentale non dedotta come mezzo di gravame avverso la sentenza resta coperta dall'intervenuto giudicato interno, con conseguente preclusione tanto della deduzione del vizio nei successivi gradi di giudizio, quanto della suddetta rilevabilità d'ufficio»<sup>6</sup>.

Lo stesso vale per le pronunce straniere, in base a quanto affermato dalla Corte di Cassazione:

- nel caso Parmalat: «[...] l'esclusività della procedura di cui alla l. fall., art. 93 ss., si risolve in una questione di rito [...], la cui violazione può essere fatta valere in giudizio, ma è soggetta ai limiti del giudicato interno, secondo l'orientamento di cui si è sopra dato conto»<sup>7</sup>;

- nel precedente caso Valtur c. Nesco, dove si trattava proprio di un arbitrato estero, e dove la Corte ha dichiarato inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto: «[...] la questione posta dalla ricorrente non rientra, *stricto sensu*, tra quelle "di giurisdizione" proponibili con regolamento *ex* art. 41 c.p.c. Se la controricorrente Valtur, pur non negando che, nel contratto stipulato tra le parti, fosse stata inserita una clausola compromissoria per arbitrato [...], ha poi sostenuto che, in seguito alla sua [...] dichiarazione d'insolvenza, il procedimento arbitrale instaurato dalla Nesco si sarebbe interrotto e, comunque, avrebbe dovuto considerarsi definitivamente improcedibile [...], tale conclusione, al di là della sua condivisibilità, non impinge direttamente e immediatamente in una *quaestio*

<sup>6</sup> Così, fra le molte, Cass., 9 settembre 2022, n. 26683.

<sup>7</sup> Cass., 15 aprile 2019, n. 10540, cit., e i precedenti conformi *ivi* richiamati: Cass., 21 dicembre 2015, n. 25674; Cass., 18 aprile 2014, n. 9030.

*iurisdictionis*, ma attiene più propriamente al merito della causa, al merito, cioè, dei rapporti tra procedura di ammissione del credito con riserva e procedimento arbitrale»<sup>8</sup>.

Principi, questi, che da ultimo sono stati confermati dalle Sezioni Unite, Cass., 23 febbraio 2023, n. 5694, le quali, nel richiamarsi al caso Parmalat e al caso Valtur c. Nesco, affermano che anche qualora si ponga una questione di operatività o meno di un accordo arbitrale interno per *vis attractiva* in favore del giudice fallimentare italiano ex art. 52 l. fall., non si pone un tema di competenza, ma di inammissibilità/improcedibilità delle domande di merito svolte innanzi al giudice arbitrale per sopravvenuto fallimento delle due parti.

-----

Abstract

**FOREIGN ARBITRAL DECISION ASCERTAINING A BANKRUPTCY CLAIM  
AND EXCLUSION OF BANKRUPTCY *VIS ATTRACTIVA***

Il lodo arbitrale straniero che accerta un credito al di fuori della procedura di cui agli artt. 93 e ss. della Legge Fallimentare può essere riconosciuto in Italia, ma occorre distinguere tra l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del credito, che può essere accertato da una sentenza o da un lodo arbitrale straniero; ma ciò non esclude la necessità di insinuare il credito, che è l'unico modo per partecipare alla procedura ed al concorso fallimentare.

\*\*\*

*The foreign arbitral decision that establishes a claim outside the proceedings pursuant to articles 93 et seq. of the Bankruptcy Law may be recognised in Italy, but a distinction must be made between the establishment of the existence and the amount of the claim, which is provisional and can be established by a foreign judgment or arbitral decision; this does not exclude the need to lodge the claim, which is the only way to participate in the distribution.*

-----

---

<sup>8</sup> Cass., 21 luglio 2015, n. 15200.

**Corte di Cassazione, Sez. Un., 5 marzo 2024, n. 5792**

**Travisamento della prova – Nozione – Rimedi – Revocazione** *ex art. 395, n. 4, c.p.c.* – **Ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 4 e 5, c.p.c. – Ammissibilità – Presupposti e limiti.**

Normativa di riferimento: artt. 360, 395 c.p.c.

*Il travisamento del contenuto oggettivo della prova, il quale ricorre in caso di svista concernente il fatto probatorio in sé, e non di verifica logica della riconducibilità dell'informazione probatoria al fatto probatorio, trova il suo istituzionale rimedio nell'impugnazione per revocazione per errore di fatto, in concorso dei presupposti richiesti dall'articolo 395, n. 4, c.p.c., mentre, ove il fatto probatorio abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare, e cioè se il travisamento rifletta la lettura del fatto probatorio prospettata da una delle parti, il vizio va fatto valere, in concorso dei presupposti di legge, ai sensi dell'articolo 360, nn. 4 e 5, c.p.c., a seconda si tratti di fatto processuale o sostanziale».*

**Tribunale di Ivrea, 4 marzo 2024, n. 7 (Pres. Est. Morbelli)**

**Liquidazione controllata – Domanda di apertura formulata dal debitore – Assenza di beni liquidabili – Irrilevanza.**

Normativa di riferimento: artt. 268 CCII

*L'esistenza di attivo da liquidare non è presupposto per l'apertura della liquidazione controllata quando l'istanza proviene dal debitore.*

Hanno contribuito al fascicolo:

Barillà, Giovanni Battista – Professore associato nell'Università di Bologna

Carmignani, Sonia – Professore ordinario nell'Università di Siena

Inzitari, Bruno – Professore ordinario f.r. nell'Università di Milano-Bicocca

Vanzetti, Michelle – Professore associato nell'Università di Milano

Zuffi, Beatrice – Professore associato nell'Università di Padova