

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE

Ordinanza 14 settembre - 16 ottobre 2017, n. 24293  
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VIVALDI Roberta - Presidente -

Dott. SESTINI Danilo - Consigliere -

Dott. OLIVIERI Stefano - rel. Consigliere -

Dott. SCODITTI Enrico - Consigliere -

Dott. D'ARRIGO Cosimo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 3728-2015 proposto da:

M.A., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ----- 31, presso lo studio dell'avvocato F. A., che la rappresenta e difende giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

XY SPA, in persona del suo procuratore speciale dott. P.S., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA -----, 108, presso lo studio dell'avvocato R. M. MALIZIA, che la rappresenta e difende giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

G.C., YZ, O.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 4808/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 16/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/09/2017 dal Consigliere Dott. STEFANO OLIVIERI;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Dott. FRESA MARIO che ha concluso chiedendo l'accoglimento del terzo motivo di ricorso, visto l'art. 380 ter c.p.c..

#### Svolgimento del processo

Con sentenza "non definitiva", depositata in data 14.1.2010 n. 134, la Corte d'appello di Roma accoglieva parzialmente la opposizione proposta da M.A., revocando il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma a favore di ZZ per l'importo capitale di Lire 184.664.491 (quale saldo debitore insoluto dell'apertura di credito in conto corrente concessa ad A.M. s.r.l. e garantito da fidejussione prestata in data 22.11.1984 anche dalla M.), rilevando la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi e disponendo in sostituzione l'applicazione della capitalizzazione annuale, con rimessione della causa in istruttoria per la rideterminazione del quantum. Per il resto la Corte territoriale confermava la decisione di prime cure, statuendo la legittimazione attiva di SPV IEFPE s.r.l. quale cessionaria del credito ingiunto, rappresentata in giudizio da XY s.p.a. quale procuratrice "ad negotia"; ritenendo infondata la tesi della estinzione novativa della originaria garanzia per effetto della successiva fidejussione stipulata nel 1989, avendo la stessa M. disconosciuto la sottoscrizione del documento e non avendo la società opposta richiesto la verifica della scrittura; affermando che, pur dovendo rilevarsi la nullità parziale sopravvenuta - in seguito alla entrata in vigore della L. n. 154 del 1992 - della clausola derogatoria dell'art. 1956 c.c. contenuta nell'atto di fidejussione, tuttavia la liberazione del garante non seguiva automaticamente alla concessione delle ulteriori linee di credito al debitore in stato di difficoltà economica, ma soltanto alla prova, nella specie inesistente, che lo stesso disponesse di un patrimonio incapiente e non soltanto che si trovasse in una momentanea carenza di liquidità.

Proposta dalla M. alla udienza 26.2.2010 di rinvio in istruttoria, riserva di impugnazione per cassazione ex art. 361 c.p.c., con la sentenza definitiva pubblicata in data 16.7.2014 n. 4808 la Corte d'appello provvedeva a riliquidare l'importo dovuto alla stregua del nuovo criterio di capitalizzazione degli interessi, ordinando la corrispondente riduzione della iscrizione ipotecaria.

Avverso entrambe le sentenze di appello, non definitiva e definitiva, ha proposto ricorso per cassazione M.A. deducendo tre mezzi di censura.

Resiste con controricorso X.Y. s.p.a. nella qualità di procuratore di S.F. s.r.l., mentre non hanno svolto difese gli altri intimati.

La ricorrente ha depositato memoria illustrativa ed il Pubblico Ministero conclusioni scritte instando per l'accoglimento del terzo motivo di ricorso

#### Motivi della decisione

Il Collegio ha raccomandato la redazione della motivazione in forma semplificata.

Primo motivo: violazione degli artt. 1418 e 1421 c.c. in combinato disposto con l'art. 1938

c.c. come sostituito dalla L. n. 154 del 1992.

Sostiene la ricorrente che è "pacifico" che nella specie si verteva in tema di "fidejussione omnibus"; che la modifica dell'art. 1938 c.c., disposta dalla L. n. 154 del 1992, art. 10 determinava la nullità sopravvenuta dell'atto fidejussorio in quanto privo di indicazione del limite di importo massimo garantito; che la giurisprudenza di legittimità era concorde nell'affermare la irretroattività del "jus superveniens", rimanendo quindi ferma l'obbligazione di garanzia per la esposizione, maturata dal debitore principale alla data 9.7.1992 di entrata in vigore della norma della L. n. 154 del 1992, in relazione ai debiti insorti precedentemente a tale data, mentre il garante non poteva essere chiamato a rispondere -in caso di prosecuzione del rapporto bancario principale e di ulteriori prelievi e rimesse eseguite dal titolare del conto cui la banca avesse continuato a concedere nuove linee di credito, senza preavvisare il garante ai sensi dell'art. 1956 c.c. - per i debiti insorti successivamente, che - alla chiusura del conto - avessero determinato una esposizione debitoria maggiore di quella accertata alla data di cessazione - per sopravvenuta nullità conseguente alla modifica dell'art. 1938 c.c. - della fidejussione; che la Corte territoriale, dopo aver richiamato tali principi, aveva poi illegittimamente contravvenuto agli stessi, ritenendo obbligato il garante anche per i debiti insorti successivamente a tale data.

Il motivo, con il quale viene impugnata la sentenza non definitiva n. 134/2010, è inammissibile, non rispondendo ai requisiti di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 6.

La censura, infatti, è interamente incentrata sull'indimostrato presupposto secondo cui il rapporto di garanzia controverso era ascrivibile alla figura della "fidejussione omnibus" regolata dall'art. 1938 c.c..

Tale assunto difensivo è contestato dalla controricorrente (che ha rilevato come la opponente non aveva eccepito, nel corso del giudizio di merito, la nullità di una fidejussione omnibus sottoscritta "in bianco", questione che pertanto risultava nuova: cfr. controric. pag. 6), e non trova alcun riscontro nella sentenza non definitiva di appello, che argomenta la estensione della responsabilità del garante fino alla revoca delle concessioni di fido (per la esposizione debitoria risultante alla data 1.4.2000 del certificato di saldo conto, con ricapitalizzazione annuale degli interessi dall'1.1.1995 alla domanda monitoria in data 15.6.2000), esclusivamente in relazione alla applicazione dell'art. 1956 c.c..

La Corte territoriale, infatti, dopo aver statuito che rimaneva ferma, per il periodo precedente alla entrata in vigore della norma modificativa irretroattiva, la validità della clausola contrattuale di rinuncia del fidejussore ad avvalersi della eccezione di cui all'art. 1956 c.c., comma 1 ha quindi esaminato nel merito la "eccezione liberatoria" di cui al comma 2 della predetta norma, ritenendola validamente esercitata dal fidejussore a far data dalla entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, art. 10, comma 2, (che ha introdotto nell'art. 1956 c.c., il comma 2 comminando la sanzione della nullità per le clausole di rinuncia preventiva del fidejussore ad avvalersi della eccezione di cui al comma 1 del medesimo articolo), e dunque applicando la nuova norma al rapporto di apertura di credito proseguito fino alla revoca delle linee di fido, ritenendo tuttavia infondata la eccezione di merito, in quanto difettava la allegazione e la prova di una situazione di insolvenza patrimoniale del correntista A.M. s.r.l., non essendo sufficiente ad incidere negativamente sulle condizioni patrimoniali del debitore principale e ad integrare il presupposto di cui all'art. 1956 c.c., comma 1, una semplice momentanea carenza di

liquidità, quale era riscontrabile dai bilanci societari prodotti che attestavano una ripresa dell'attività commerciale in attivo già dall'anno 1998.

In relazione a tale statuizione la critica svolta nel motivo - interamente incentrata sull'asserito omesso accertamento della nullità della fidejussione omnibus conseguente alla modifica dell'art. 1938 c.c. - non coglie nel segno, avendo accertato la Corte territoriale la persistenza della obbligazione fidejussoria, anche successivamente al 9.7.1992, in quanto prestata a garanzia del fido concesso nel 1998 e revocato nel 2000: fattispecie cui trovava applicazione l'art. 1956 c.c., comma 2 come modificato dalla L. n. 154 del 1992. E non pare dubbio che, con riferimento a tale rapporto come è stato considerato dal Giudice di appello, la pronuncia sul merito vada esente dal vizio di legittimità prospettato.

Quanto poi alla qualificazione giuridica della fattispecie concreta oggetto del giudizio, l'affermazione della ricorrente secondo cui era "pacifico" trattarsi di fidejussione "omnibus" (alla quale trovava quindi applicazione anche la nuova norma dell'art. 1938 c.c. nel testo modificato dalla L. n. 154 del 1992, art. 10, comma 1), avrebbe dovuto essere specificamente dimostrata attraverso la trascrizione del contenuto dell'atto di garanzia e la indicazione delle parti degli atti processuali di primo e secondo grado in cui venivano individuati gli elementi negoziali che consentivano di sussumere il rapporto di garanzia nello schema dell'art. 1938 c.c..

In difetto di tale specificazione il motivo va incontro alla pronuncia di inammissibilità per violazione dell'art. 366 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 6.

Secondo motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 1372 c.c., comma 2.

La ricorrente censura la statuizione della sentenza non definitiva che ha escluso la estinzione per novazione della garanzia prestata nel 1984, in conseguenza della successiva garanzia prestata nel 1989, in quanto la sottoscrizione del successivo atto fidejussorio era stata disconosciuta dalla M. ed il creditore non aveva inteso richiedere la verifica ex art. 216 c.p.c., sicchè veniva meno la stessa esistenza di un negozio successivo idoneo a produrre l'effetto estintivo per novazione della precedente garanzia.

La ricorrente sostiene che, avendo la banca trasmesso alla M. il modulo della nuova garanzia per la sottoscrizione, avrebbe con ciò stesso già accettato, con efficacia vincolante ai sensi dell'art. 1372 c.c., la sostituzione del precedente rapporto con le nuove condizioni indicate nel modulo.

Il motivo è manifestamente privo di fondamento contrastando con la stessa struttura dell'accordo quale atto produttivo di effetti negoziali, così come disciplinato dall'art. 1321 c.c. e art. 1325 c.c., comma 1, n. 1), e che richiede, ai fini del perfezionamento del consenso vincolante per le parti contraenti, la manifestazione di volontà - espressa o tacita - di ciascuna delle parti del rapporto che, nella specie (modulo di fidejussione predisposto per iscritto dalla banca e sottoposto alla firma anche della M.) doveva essere scambiata in forma scritta (art. 1326 c.c., comma 4).

Corretta deve ritenersi, pertanto, la statuizione della Corte d'appello che ha considerato "tamquam non esset" la seconda fidejussione, dovendo altresì ritenersi priva di qualsiasi pregio l'ipotesi, prospettata peraltro dalla ricorrente per la prima volta in sede di legittimità,

secondo cui il "nuovo" contratto di garanzia, pur se non sottoscritto e non vincolante per la M., in quanto stipulato "inter alios" produceva egualmente l'effetto estintivo per novazione del precedente rapporto, non essendo affatto agevole comprendere come uno stesso atto negoziale possa essere al tempo stesso produttivo ed improduttivo di effetti giuridici nei confronti delle stesse parti, non essendo stato, peraltro, neppure allegato, nella esposizione del motivo di ricorso, se e chi, in ipotesi, avrebbe stipulato il nuovo atto fidejussorio, produttivo di "effetti novativi a favore di terzo", questione che, peraltro, non risulta abbia costituito oggetto di discussione tra le parti, non emergendo alcun riferimento ad essa dalle sentenze impugnate e che deve ritenersi pertanto inammissibile in quanto prospettata per la prima volta in sede di legittimità.

Terzo motivo: violazione e falsa applicazione degli artt. 1283 e 1418 c.c..

La ricorrente impugna entrambe le sentenze non definitiva e definitiva, nella parte in cui, dopo aver rilevato - sulla scorta della consolidata giurisprudenza di legittimità che ha disconosciuto valore normativo agli usi bancari: Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 21095 del 04/11/2004 - la nullità della clausola anatocistica di capitalizzazione trimestrale degli interessi, hanno poi ritenuto di sostituire alla clausola nulla il criterio della capitalizzazione annuale, anzichè escludere del tutto l'anatocismo.

Il motivo è fondato, in quanto, una volta disconosciuta la natura di fonte di diritto agli "usi bancari" in materia di anatocismo, la disciplina applicabile che residua non può che essere quella legale, sicchè in difetto di successiva diversa pattuizione posteriore alla scadenza degli interessi, questi ultimi possono produrre a loro volta interessi soltanto dalla data della domanda giudiziale (ricorso monitorio). Deve, infatti, essere confermato il principio secondo cui, in tema di controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 24418 del 02/12/2010; id. Sez. 3, Sentenza n. 6550 del 14/03/2013; id. Sez. 1, Sentenza n. 17150 del 17/08/2016).

Destituita di fondamento è la obiezione formulata dalla controricorrente secondo cui la nullità della clausola anatocistica avrebbe ad oggetto esclusivamente il periodo trimestrale di capitalizzazione, lasciando in vita la convenzione integrabile per via interpretativa. Il vizio di nullità, infatti, afferisce alla intera clausola, in quanto la convenzione è violativa della norma imperativa prevista dall'art. 1283 c.c. applicabile "ratione temporis" al rapporto di garanzia in esame, non assumendo pertanto rilievo la intervenuta recezione normativa del divieto di capitalizzazione degli interessi bancari soltanto con la L. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, comma 629, normativa, peraltro, successivamente, integralmente ridisciplinata dal D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, art. 17 bis convertito con modificazioni dalla L. 8 aprile 2016, n. 49 (recante "Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio") che ha sostituito l'art. 120 del Testo Unico delle leggi bancarie, atteso che la L. n. 147 del 2013 si è limitata a "normativizzare" un indirizzo giurisprudenziale del Giudice di legittimità già

stabilizzato.

In conclusione il ricorso deve essere accolto quanto al terzo motivo, inammissibile il primo ed infondato il secondo: la sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto con rinvio della causa alla Corte d'appello di Roma che provvederà a rideterminare l'importo del debito al netto della capitalizzazione degli interessi, liquidando all'esito anche le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il terzo motivo di ricorso, inammissibile il primo ed infondato il secondo; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 14 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 16 ottobre 2017.