

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 20944 Anno 2018**

**Presidente: CRISTIANO MAGDA**

**Relatore: IOFRIDA GIULIA**

**Data pubblicazione: 22/08/2018**

sul ricorso 25791/2014 proposto da:

, elettivamente domiciliato in Roma,  
, presso lo studio dell'avvocato , che lo  
rappresenta e difende unitamente all'avvocato , giusta  
procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

MD 950  
2018

S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, , presso lo studio dell'avvocato , che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso; -controricorrente -

avverso la sentenza n. 4709/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 12/09/2013; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/05/2018 dal cons. IOFRIDA GIULIA.

### **RILEVATO IN FATTO**

convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la Banca al fine di sentire accertare la nullità dei contratti di conto corrente e di affidamento in conto anticipi su cessione crediti stipulati con la convenuta, la nullità della fidejussione prestata a garanzia dello scoperto di conto corrente di s.r.l., all'epoca da lui amministrata, nonché l'illegittimità della ritenzione esercitata dalla banca sui titoli di sua proprietà depositati su apposito conto e per sentir condannare la banca al pagamento dell'importo risultante a credito di esso attore ed al risarcimento dei danni.

Il tribunale, dichiarata inammissibile la domanda svolta in via riconvenzionale dalla convenuta di condanna del , quale fideiussore, al pagamento del saldo passivo del conto corrente acceso da , respinse le domande dell'attore di nullità/ annullamento dei contratti di conto corrente e di garanzia; dichiarò, invece, illegittima la ritenzione operata da sugli strumenti finanziari di proprietà del , condannando la convenuta a risarcire il danno conseguentemente subito dall'attore,

liquidato in misura corrispondente agli interessi legali maturati, dal luglio 2000 sull'importo di € 19.538,61 («£ 37.832.019»), valore rappresentato dalla differenza tra il controvalore dei predetti titoli, alla data di vendita degli stessi, pari a «£ 83.016.627» e il credito della banca derivante dal saldo passivo complessivo dei due conti correnti intestati al \_\_\_\_\_ («£ 178.094»), depurati della sola capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, nonché del conto corrente intestato ad \_\_\_\_\_, («£ 45.006.514»), rilevando che, in difetto di apposita domanda dell'attore, la banca non poteva essere condannata alla restituzione della predetta somma capitale di «£ 37.832.019», che residuava a suo credito all'esito dell'operata compensazione.

La sentenza, appellata in via principale da \_\_\_\_\_ ed in via incidentale da Sapienza, è stata riformata dalla Corte d'appello di Roma in parziale accoglimento del solo gravame principale. In particolare, la corte distrettuale: i) ha ritenuto ammissibile e fondata la domanda riconvenzionale svolta dalla banca di condanna del Sapienza, quale fideiussore, al pagamento della somma di "£ 45.006.514" costituente il saldo passivo del conto corrente di \_\_\_\_\_ s.r.l., osservando che il credito in questione non era stato contestato e risultava comunque provato; ii) ha ritenuto che \_\_\_\_\_ avesse legittimamente esercitato il proprio diritto di ritenzione sui titoli ed ha pertanto respinto la domanda risarcitoria accolta dal primo giudice; iii) operata la compensazione fra il credito del \_\_\_\_\_ di "£ 37.832.019", pari al controvalore dei titoli venduti, ed il credito della Banca di "£ 45.006.514", ha condannato il primo a pagare alla seconda la differenza, di £ 7.174.495 (€ 3.705,32), oltre interessi legali dalla costituzione in mora, nell'ottobre 2000, al soddisfo; iv) ha dichiarato inammissibile, in quanto sollevata per la prima volta con l'appello



incidentale, la doglianza del \_\_\_\_\_ in ordine alla necessità di inclusione, ai fini del calcolo del TEG e del superamento del cd. tasso soglia, della commissione di massimo scoperto; v) ha respinto la richiesta del Sapienza di sospensione del processo, ex art. 295 c.p.c., sino al passaggio in giudicato della sentenza pronunciata nella causa pendente fra \_\_\_\_\_ s.r.l. e \_\_\_\_\_ dinanzi al Tribunale di Firenze, per l'accertamento dell'effettiva sussistenza e dell'ammontare del credito vantato dalla banca nei confronti della società, escludendo che ricorresse un rapporto di pregiudizialità necessaria fra i due giudizi.

Avverso la sentenza, pubblicata il 12.09. 2013, \_\_\_\_\_ propone ricorso per cassazione, affidato a sette motivi. \_\_\_\_\_ resiste con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

### **RITENUTO IN DIRITTO**

1. Il ricorrente lamenta: 1) con il primo motivo, la nullità della sentenza, ex art. 360 n. 4 c.p.c., per avere la Corte d'appello riformato la decisione di primo grado, che aveva ritenuto inammissibile, in quanto tardivamente proposta, la domanda di condanna svolta in via riconvenzionale nei suoi confronti dalla Banca convenuta; 2) con il secondo ed il terzo motivo, rispettivamente, l'omesso esame di un fatto decisivo, ex art. 360 n. 5 c.p.c., e la violazione e falsa applicazione, ex art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt. 1241, 1242, 1243, 2909, 1941, 1853 c.c. e 167, 183, 324 e 345 c.p.c., per aver la corte d'appello pronunciato la sua condanna al pagamento, quale fideiussore, dell'importo di £ 45.006.514, operando per la seconda volta la compensazione ai fini della determinazione dei rapporti di dare/avere con la banca e non considerando che tale importo era stato già detratto dal giudice di primo grado da quello spettante a suo credito (£ 83.016.627) quale controvalore delle azioni che, nel 2000,

erano depositate nel suo conto titoli ed erano state poi vendute da  
; 3) con il quarto motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 4 c.p.c., degli artt.1421 c.c. e 345 c.p.c., per avere la corte del merito ritenuto inammissibile, in quanto nuova, la questione relativa alla esclusione, dal conteggio del saldo del rapporto di conto corrente n. 10895, degli addebiti operati a titolo di commissione di massimo scoperto, idonei a determinare l'usurarietà dei tassi applicati, trattandosi di questione rilevabile d'ufficio; 4) con il quinto motivo la violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt.1941, 1944, 1950, 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c., per avere la corte d'appello ritenuto non pregiudiziale il giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Firenze dalla debitrice principale srl nei confronti della per l'accertamento dell'insussistenza del credito della banca derivante dal rapporto di conto corrente da lui garantito, nel quale la banca aveva svolto domanda riconvenzionale; 5) con il sesto motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.2697 c.c. e 115 e 116 c.p.c., per avere il giudice d'appello ritenuto non contestato il credito vantato dalla banca in relazione al rapporto garantito, e comunque affermato che lo stesso era stato provato; 6) con il settimo motivo, la nullità della sentenza, ex art.360 n. 4 c.p.c., per violazione del principio del contraddittorio nei riguardi della società debitrice principale, essendosi deciso l'ammontare del credito garantito dalla fideiussione senza la partecipazione della società debitrice.

2. Preliminarmente, va rilevato, secondo quanto dedotto in memoria dal ricorrente, che il ricorso per cassazione promosso da srl avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze che l'ha condannata a pagare a la somma corrispondente al saldo debitore del conto corrente, è stato accolto,

con sentenza di questa Corte n. 2910/2016, quanto al motivo concernente la ritenuta inammissibilità della domanda di nullità parziale del contratto in relazione alla pattuita clausola di commissione di massimo scoperto ed al superamento del tasso soglia ai sensi della l.108/1996: questa Corte ha ritenuto la doglianza in questione ammissibile, risultando pacifico che le domande della società attrice in primo grado erano volte ad ottenere la rideterminazione del saldo del rapporto quale conseguenza dell'accertamento della nullità totale o parziale del contratto ed ha affermato che la nullità parziale del contratto avrebbe potuto essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, anche in appello, alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite nelle sentenze n n. 26242/14 e n. 26243/14.

2. Tanto premesso, vanno esaminati congiuntamente, in quanto fra loro connessi, il primo, il quinto ed il sesto motivo del ricorso, che sono fondati nei termini che di seguito si precisano.

La Corte d'appello ha erroneamente ritenuto che la domanda riconvenzionale della banca, di condanna del Sapienza al pagamento, quale fideiussore, della somma di £ 45.006.514 risultante a debito della società da lui amministrata, specificamente avanzata solo nella memoria ex art.183 c.p.c., fosse stata comunque proposta già nella comparsa di costituzione e risposta attraverso la richiesta di emissione di un'ordinanza ex art.186 ter c.p.c.

Va in proposito rilevato che la richiesta di emissione di tale ordinanza, che ha natura meramente anticipatoria del futuro, presumibile esito del processo, non può tener luogo di una domanda di condanna mai in precedenza formulata né può essere in tal senso interpretata, in quanto suo logico ed indefettibile presupposto è che il credito che dovrà formare oggetto dell'ingiunzione sia già controverso in giudizio.

Correttamente, pertanto, il primo giudice, rilevato che la banca nella comparsa di costituzione e risposta si era limitata a richiedere il rigetto di tutte le domande avversarie, aveva dichiarato inammissibile, perché tardivamente proposta, la domanda riconvenzionale della convenuta.

Lo stesso giudice, tuttavia, nel liquidare il danno in favore del (in conseguenza della affermata, illegittima ritenzione dei valori mobiliari) ha, del tutto contraddittoriamente, ed incorrendo in un vizio di ultrapetizione, ritenuto che lo stesso andasse calcolato sulla sola somma residua derivante dalla compensazione fra il controvalore dei titoli ritenuti dalla banca ed il credito, per £ 45.006.514, asseritamente vantato da quest'ultima nei confronti del fideiussore in ragione dell'esposizione debitoria di s.r.l.

Non risulta che detta statuizione sia stata impugnata dall'odierno ricorrente con un apposito motivo di appello incidentale; in ogni caso, la pronuncia di compensazione è stata ribadita dalla corte d'appello e i motivi di ricorso con i quali ha impugnato tale capo della decisione non ne denunciano il vizio di ultrapetizione, ma si limitano a dedurre l'erroneità del calcolo eseguito dal giudice di seconde cure, per avere operato la compensazione assumendo come base di partenza il credito da controvalore dei titoli nella misura già determinata dal primo giudice al netto della medesima compensazione.

Sull'operatività della compensazione si è dunque formato il giudicato interno: ne consegue che la questione relativa all'eventuale sussistenza di un credito vantato dalla banca nei confronti del quale fideiussore è definitivamente entrata a far parte del

*thema decidendum* del presente giudizio, ancorché solo in via di eccezione.

Ciò premesso, deve essere rilevato che la causa tuttora pendente fra la banca e la debitrice principale, in ordine all'effettiva sussistenza ed all'ammontare del credito garantito, ha carattere pregiudiziale rispetto alla pronuncia concernente l'eccezione di compensazione, in quanto solo al suo esito potrà delibarsi se, ed in quali termini, detta eccezione potrà essere accolta.

Nella specie, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice d'appello, non può trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale, anche di recente ribadito da questa Corte (Cass. 26470/2011; Cass. 23422/2016; Cass.27357/2017), secondo cui - poiché l'obbligazione di garanzia, pur essendo sussidiaria rispetto all'obbligazione garantita, in quanto diretta ad assicurare l'adempimento di una prestazione risultante da un rapporto a cui il fideiussore è rimasto estraneo, ha una propria individualità giuridica, cioè un oggetto e un titolo del tutto distinti dalla obbligazione principale - non v'è pregiudizialità fra il giudizio promosso nei confronti del debitore principale e quello promosso nei confronti del fideiussore: tale orientamento presuppone infatti che il creditore abbia proposto una domanda di condanna nei confronti del coobbligato garante.

Nel caso in esame i giudici del merito sono stati invece chiamati a pronunciare, da un lato, sulle domande di nullità, di accertamento, di ripetizione di indebito e di risarcimento introdotte dal fideiussore contro la banca e dall'altro, stante l'inammissibilità della domanda riconvenzionale della convenuta, sull'eccezione di compensazione (sulla cui ammissibilità, per quanto sopra detto, si è formato il

giudicato interno) tra il credito risarcitorio azionato dal [redacted] ed il credito da garanzia vantato dalla banca.

Risulta pertanto evidente che la compensazione non può che riguardare il debito della società garantita, il cui accertamento (in mancanza di una domanda di condanna al suo pagamento svolta da [redacted] contro [redacted]) resta unicamente devoluto al distinto giudizio a suo tempo instaurato da [redacted] contro [redacted] dinanzi al tribunale di Firenze.

Mette conto, poi, di precisare che del tutto erroneamente il tribunale prima, e la Corte d'appello poi, hanno ritenuto non contestato nel *quantum* dal fideiussore il credito formante oggetto dell'eccezione di compensazione: le eccezioni svolte in rito dal [redacted], di inammissibilità della domanda riconvenzionale della banca e di inammissibilità di una pronuncia di condanna emessa nei suoi confronti, stante la pendenza del separato giudizio volto all'accertamento dell'effettiva sussistenza e dell'ammontare del credito garantito, escludevano infatti che egli fosse onerato della contestazione anche nel merito dell'avversa pretesa e, comunque, non potevano essere interpretate quale condotta processuale non integrante una contestazione anche del *quantum* dell'obbligazione garantita.

4. Deve a questo punto essere esaminato il quarto motivo del ricorso, che è fondato e deve essere accolto.

Questa Corte a S.U. (Cass. n. 26242/2014) ha chiarito che «*il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente*

*dallo specifico vizio dedotto in giudizio» e che «il rilievo «ex officio» di una nullità negoziale deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata «ragione più liquida», in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione), senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poiché tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale».*

*Le S.U. hanno altresì precisato che «nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo» (cfr. Cass.2910/2016).*

*In particolare, in detta pronuncia, questa Corte a S.U. ha sottoposto a revisione il pregresso proprio orientamento fortemente restrittivo, in ordine alla eccezionalità dell'effetto estensivo della nullità della singola clausola all'intero negozio (tra le altre, Cass. 16017/2008, 27732/2005, 1189/2003, 4921/1980) ed al vizio di ultrapetizione della pronuncia dichiarativa della nullità dell'intero contratto, a fronte di una domanda che miri all'accertamento della nullità della singola clausola.*

*Nella sentenza coeva n. 26243/2014, le Sezioni unite hanno poi precisato che «la domanda di accertamento della nullità di un negozio proposta per la prima volta in appello è inammissibile ex art. 345, primo comma, cod. proc. civ., salva la possibilità per il giudice del gravame - obbligato comunque a rilevare di ufficio ogni possibile causa di nullità, ferma la sua necessaria indicazione alle parti ai sensi dell'art.*

101, secondo comma, cod. proc. civ. - di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, giusta il secondo comma del citato art. 345».

Alla luce di tale indirizzo, questa Corte (Cass. 5249/2016), nel ribadire tale principio di diritto, ha affermato altresì (richiamando Cass. S.U. 10531/2013) che «le eccezioni in senso lato sono rilevabili d'ufficio o proponibili dalla parte interessata anche in appello, ove i fatti sui quali si fondano, sebbene non precedentemente allegati dalla stessa parte, emergano dagli atti di causa»..

Nella specie, pertanto, il giudice d'appello avrebbe dovuto esaminare la questione dedotta dal \_\_\_\_\_, di nullità parziale del contratto di conto corrente n. 10895 a lui intestato, in relazione alla clausola di commissione di massimo scoperto ed alla incidenza della relativa applicazione sul tasso rilevante ai fini del superamento del limite fissato dalla l.108/1996, anziché dichiararla inammissibile, perché introdotta in appello in violazione dell'art.345 c.p.c..

7. Il settimo motivo è inammissibile, non essendo stata proposta nel presente giudizio domanda riconvenzionale da parte della Banca nei confronti del \_\_\_\_\_ né, tantomeno, nei confronti della società debitrice principale.

8. All'accoglimento, nei sensi di cui in motivazione, del primo, del quarto, del quinto e del sesto motivo del ricorso consegue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, per nuovo esame.

3. Restano assorbiti il secondo ed il terzo motivo del ricorso, posto che, ancorché sia palese l'errore compiuto dal giudice d'appello nell'operare per la seconda volta la compensazione, spetterà al giudice del rinvio, all'esito del passaggio in giudicato della sentenza che sarà

pronunciata nella causa pregiudicante, di stabilire se, ed in quale misura, l'eccezione di compensazione possa essere accolta. Lo stesso giudice dovrà anche valutare se ricorrano, o meno, le condizioni di cui all'art. 1243, 2° comma c.c. , e se dunque la condanna della banca al pagamento del controvalore dei titoli debba essere sospeso sino all'accertamento del credito opposto in compensazione.

Il giudice del rinvio provvederà, infine, alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

La Corte accoglie nei sensi di cui in motivazione il primo, il quarto, il quinto ed il sesto motivo del ricorso, e dichiara assorbiti o inammissibili gli altri motivi; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso, in Roma, il 23 maggio 2018.

Il Presidente

