

## ENTE GIUDICANTE

Cassazione Civile sez. I [Sentenza] , data-ud: 25/10/2016 data-dep: 20/01/2017 , n. 1580

## CORTE

Presidente: BERNABAI Renato

Estensore : SCALDAFERRI Andrea

## PARTI IN CAUSA

D.M.S. C. BANCA DELLA CAMPANIA S.P.A.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BERNABAI Renato - Presidente -

Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Consigliere -

Dott. SCALDAFERRI Andrea - rel. Consigliere -

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

### SENTENZA

sul ricorso 2210/2012 proposto da:

D.M.S., (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ROMEO ROMEI 27, presso l'avvocato SIMONA MARTINELLI (STUDIO LEGALE AVV.TI ROMAGNOLI), rappresentato e difeso dall'avvocato FIORAVANTE DEL GIUDICE, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

BANCA DELLA CAMPANIA S.P.A., per fusione della BANCA POPOLARE DELL'IRPINIA S.P.A. e della BANCA POPOLARE DI SALERNO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA XX SETTEMBRE 3, presso l'avvocato MICHELE SANDULLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANTONIO NARDONE, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

D.M.P., A.S.F., D.M.R., FALLIMENTO "(OMISSIS) S.R.L.";

- intimati -

avverso la sentenza n. 1876/2011 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 27/05/2011; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/10/2016 dal Consigliere Dott. ANDREA SCALDAFERRI;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato FIORAVANTE DEL GIUDICE che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato ANTONIO NARDONE che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per il rigetto dei primi due motivi del ricorso, accoglimento dei motivi terzo e quarto.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza depositata nel luglio 2007, il Tribunale di Avellino, accogliendo le domande proposte dalla Banca Popolare dell'Irpinia, dichiarava che la Banca era creditrice nei confronti del Fallimento della (OMISSIS) s.r.l., già titolare del conto corrente n. (OMISSIS) ivi acceso, nonché di D.M.P., S., e R. e di A.S., quali eredi di D.M.G. che aveva garantito l'adempimento di tale obbligazione con fideiussione sottoscritta il 26.6.1985: sottoscrizione che il tribunale, accogliendo l'istanza di verifica proposta dalla Banca, dichiarava apposta dal predetto. Condannava pertanto i convenuti al pagamento in solido - gli eredi D.M. fino a concorrenza della propria quota ereditaria - in favore della Banca della somma di Euro 489.476,47 oltre interessi; condannava inoltre gli eredi D.M., nella misura delle rispettive quote ereditarie, al pagamento in favore della Banca della somma di Euro 86.402,11 oltre interessi, pari al debito personale del loro dante causa quale titolare di altro conto corrente (n. (OMISSIS)) acceso presso la Banca. Proposto appello da D.M.P., e appello incidentale di analogo contenuto da parte di D.M.S., nonché ulteriore appello incidentale da parte di A.S. per sentir accertare la propria rinuncia alla eredità, sulla resistenza della Banca della Campania s.p.a. (succeduta per fusione alla originaria attrice) la Corte d'appello di Napoli ha accolto la sola impugnazione della A., rigettando le altre. Ha osservato la corte napoletana, per quanto qui ancora rileva: a) che infondatamente D.M.S., il quale aveva dichiarato di non conoscere la sottoscrizione apposta a nome del suo dante causa in calce alla fideiussione, ha mosso all'accertamento della autenticità della sottoscrizione, compiuto sulla scorta di consulenza tecnica d'ufficio, critiche prive, da un lato, di sostegno per mezzo di un parere tecnico, dall'altro ampiamente contrastate dalla consulenza d'ufficio che non ha mancato di farsi carico di alcune differenze tra la firma in verifica e quella risultante dalle scritture comparative; b) che infondata è anche la censura nei riguardi della ritenuta inapplicabilità nella specie del novellato art. 1938 cod. civ. in ragione della anteriorità della fideiussione omnibus rilasciata da Gerardo D.M. rispetto alla entrata in vigore della L. n. 154 del 1992 che ha introdotto la necessità di previsione dell'importo massimo garantito: infatti il debito in questione è sorto prima della entrata in vigore della legge richiamata, e successivamente - nel giugno 1992 - le parti limitarono l'importo massimo della garanzia nella somma di Lire 2 miliardi; c) che del pari infondate sono le censure avverso la determinazione dei crediti per interessi nei confronti dei titolari dei due conti correnti, la (OMISSIS) s.r.l. e D.M.G., censure basate sulla omessa declaratoria d'ufficio della nullità delle clausole dei due contratti di conto corrente prevedenti l'applicazione dei tassi usualmente praticati sulla piazza e la capitalizzazione trimestrale dei conti debitori ma prive di specificità in merito alla concreta applicazione nella specie di interessi anatocistici, in mancanza peraltro di documenti idonei a rilevare la prospettata nullità - in atti vi è solo parte della documentazione contabile relativa ai suddetti rapporti di conto corrente - ed anzi in presenza di uno dei due contratti che determina specificamente il tasso di interesse pattuito; d) che la disposta riduzione degli interessi stessi, ma solo a far data dalla entrata in vigore della L. n. 108 del 1996, entro i limiti del tasso soglia è coerente con l'inefficacia "ex nunc" delle clausole determinative degli interessi stipulate in date anteriori al vigore di detta legge.

Contro tale sentenza, resa pubblica il 27 maggio 2011, D.M.S. ha proposto ricorso per cassazione per quattro motivi, cui resiste la Banca della Campania (ora incorporata dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna) con controricorso illustrato anche da memoria.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con i primi due motivi il ricorrente censura -sotto il profilo della violazione di norme di diritto (artt. 2727 - 2729 cod. civ. e art. 116 cod. proc. civ.) e sotto quello della insufficiente motivazione - l'accertamento in ordine alla autenticità della sottoscrizione della fideiussione a nome di D.M.G.. Lamenta che la corte distrettuale si sarebbe limitata a condividere il risultato della consulenza grafologica d'ufficio, senza considerare che la Banca, istante in verifica, non aveva offerto alcun

elemento ulteriore idoneo a supportare la autenticità della firma e senza valutare la potenzialità probatoria di elementi di segno contrario quali le notevoli differenze riscontrabili tra la firma risultante nell'originale - su cui si è eseguita la consulenza d'ufficio - e nella fotocopia in precedenza depositata, sulla quale peraltro non era stato condotto alcun esame da parte del consulente. Aggiunge che la motivazione ha ignorato la relazione tecnica di parte allegata alla produzione di appello - le cui critiche erano state inserite nel relativo motivo di gravame-, essenzialmente diretta ad evidenziare la forte discordanza esistente tra la firma in calce alla fideiussione e quella risultante dalle scritture comparative.

Tali doglianze, esaminabili congiuntamente stante la stretta connessione, non meritano accoglimento, atteso che: a) non può affermarsi in astratto un dovere del giudice di verificare l'esistenza di ulteriori elementi di prova a sostegno delle conclusioni del consulente d'ufficio: si tratta di una valutazione che il giudice di merito deve operare in concreto, insindacabile in sede di legittimità ove congruamente motivata; b) la valutazione, compiuta nella specie dalla corte distrettuale, in ordine alla esaustività delle conclusioni peritali risulta genericamente criticata dal ricorrente (senza alcuno specifico riferimento al contenuto della c.t.u. e della relazione integrativa) evidenziando elementi di segno contrario senza tuttavia precisare se, e come, questi elementi siano stati da lui indicati in sede di appello incidentale (oltre che in primo grado); c) la sentenza impugnata non ha mancato di giustificare il suo convincimento esponendo congruamente l'argomento - non privo di logica - secondo cui alcune differenze tra la firma in verifica e le scritture di comparazione menzionate nell'appello incidentale siano spiegabili con la forma abbreviata adottata nella firma in calce all'atto di fideiussione: su tale argomento centrale non è dato rinvenire alcuna specifica censura in ricorso.

2. Il terzo motivo investe la questione relativa alla determinazione dell'ambito di operatività della garanzia fideiussoria: lamenta il ricorrente che la corte distrettuale, pur confermando che la entrata in vigore, il 9 luglio 1992, del nuovo art. 1938 ha prodotto, per il periodo successivo, la nullità o inefficacia sopravvenuta delle fideiussioni per obbligazioni future stipulate (come quella in esame) in data anteriore, ove le parti non abbiano espressamente concordato l'importo massimo della garanzia, ha illegittimamente (violando cioè gli artt. 1937 e 1938 cod. civ., oltre all'art. 1325 cod. civ., n. 1 ed all'art. 1418 cod. civ.) escluso la ricorrenza nella specie di tale ipotesi, facendo riferimento ad una mera dichiarazione unilaterale inviata dalla banca nel giugno 1992 e non rilevando che il conto corrente garantito (n.(OMISSIS)) fu chiuso dalla banca in data 30.9.1994, quindi oltre due anni dopo l'entrata in vigore della nuova norma.

La doglianza è fondata.

Questa corte di legittimità ha avuto modo più volte di affermare (Cass. nn.21101/05; 2871/07; 26064/08) che la fideiussione "omnibus" stipulata anteriormente alla data di entrata in vigore dell'art. 10 della L. 17 febbraio 1992, n. 154 - il quale, sostituendo il testo originario dell'art. 1938 cod. civ., ha subordinato la validità della fideiussione per obbligazioni future all'indicazione dell'importo massimo garantito-conserva efficacia unicamente per i debiti verso la banca sorti a carico del debitore principale prima della predetta data, e non anche per quelli successivi: per questi ultimi, occorrendo una nuova convenzione fideiussoria nelle forme richieste dall'art. 1937 cod. civ., l'indicazione dell'importo massimo garantito presuppone un'espressa dichiarazione di volontà, che non può mai risultare da un comportamento attuativo o dal silenzio serbato dal garante, il quale sia rimasto inerte di fronte ad una lettera raccomandata recante la comunicazione dell'importo massimo garantito unilateralmente indicato dalla banca. Da questo orientamento, condiviso dal Collegio, si è discostata la corte distrettuale là dove ha ravvisato la ricorrenza della nuova convenzione fideiussoria richiesta dal novellato art. 1938 cod. civ., non già in una espressa manifestazione di comune volontà delle parti del negozio di garanzia (art. 1937 cod. civ.), bensì in una mera comunicazione unilaterale (la cui copia integrale risulta inserita nel ricorso) della limitazione a lire 2 miliardi della garanzia, inviata nel giugno 1992 dalla banca al fideiussore D.M.G., senza che quest'ultimo abbia manifestato alcuna volontà in tal senso. In tal modo la corte distrettuale, considerando erroneamente la perdurante validità ed efficacia della fideiussione anche per il periodo

successivo alla entrata in vigore del nuovo art. 1938 cod. civ., ha omesso di verificare se - ed in quale misura - in tale periodo successivo, dal 10 luglio 1992 sino alla chiusura del conto corrente oltre due anni dopo, il debito della società titolare del conto, per effetto di nuove operazioni, si sia incrementato di nuove poste debitorie, delle quali come detto il fideiussore non deve rispondere dovendo la garanzia valere per la sola debitoria esistente al 9 luglio 1992.

3. Con tale verifica interferisce del resto anche la questione, cui fa riferimento il quarto motivo, concernente la inclusione, nel saldo richiesto dalla Banca tanto in relazione al conto corrente della società (n. (OMISSIS)) quanto a quello personale di D.M.G. (n. (OMISSIS)), di interessi determinati in applicazione delle clausole dei contratti stessi che consentivano alla Banca di variare - senza alcun preventivo avviso - il tasso di interesse adeguandone la misura a quella usualmente praticata dalle aziende di credito sulla piazza, e di applicare l'anatocismo trimestrale sui conti debitori. Anche qui a ragione il ricorrente si duole della violazione di norme di diritto nella quale è incorsa la corte distrettuale nel confermare l'accertamento dei due debiti operato dal tribunale sulla base della sola risultanza dell'ultimo estratto conto dei due conti correnti (in copia riprodotto in ricorso), pur essendo in grado di verificare, attraverso la lettura dei contratti di conto corrente in atti (uno dei quali interpolato in copia al ricorso), la presenza in essi delle clausole sopra richiamate, la cui nullità, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, è ormai ius receptum nella giurisprudenza di questa corte di legittimità (cfr. ex multis S.U. n. 21095/04; n. 24418/10). Non condivisibili, invero, si mostrano gli argomenti esposti al riguardo nella sentenza impugnata, nella quale la corte distrettuale ha ritenuto che la presenza in atti di solo una parte della documentazione contabile relativa ai rapporti di conto corrente (estratti conto) e la mancata precisazione, da parte degli appellanti, della incidenza della illegittima capitalizzazione degli interessi sul saldo finale di ciascun conto debbano comportare il rigetto della doglianza, espressa in atto di appello, circa il mancato rilievo d'ufficio della nullità da parte del primo giudice, non avendo gli appellanti offerto gli elementi a sostegno della stessa. Va invece osservato che, premesso il dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole dei contratti di conto corrente costituenti il fondamento della domanda, grava ex art. 2697 cod. civ. sulla parte attrice, cioè nella specie sulla Banca che ha chiesto la condanna dei convenuti al pagamento in suo favore dei saldi dei due rapporti contrattuali, dimostrare l'esistenza e l'importo esatto di tali crediti, epurati delle somme corrispondenti ad interessi non dovuti ove per l'appunto determinati in applicazione di clausole contra legem; ed a tal fine non può limitarsi a produrre (come nella specie) un estratto delle sue scritture contabili dal quale risulti il mero saldo del conto corrente, essendo invece tenuta a produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto stesso, così consentendo al giudice (anche mediante l'ausilio di consulenza tecnica d'ufficio) la rideterminazione del saldo sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni registrate nel conto (cfr. ex multis: Cass. n. 23974/10; n.21466/13; 21597/13).

4. La sentenza impugnata è dunque cassata in relazione ai due motivi accolti, e la causa viene rinviata alla Corte d'appello di Napoli perchè, in diversa composizione, provveda agli accertamenti sopra indicati, previa eventuale integrazione della istruttoria documentale, provvedendo altresì a regolare le spese di questo giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo e quarto motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte d'appello di Napoli in diversa composizione, anche per il regolamento delle spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della sezione prima civile della Corte Suprema di Cassazione, il 25 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 20 gennaio 2017