

Sent. n. 2283/03

1

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO di ROMA

-sezione III civile-

composta dai Magistrati:

| | | | |
|----------|-----|----------|------------------|
| FUCILLI | dr. | Nicola | Presidente |
| LOREFICE | dr. | Paolo | Consigliere est. |
| CAPOZZI | dr. | Raffaele | Consigliere |

Riunita in camera di consiglio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta in grado di appello ai nn. 3116 di ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2000, posta in deliberazione all'udienza collegiale del 15 aprile 2003,

TRA

Bertoni Carlo Cesare e Porro Maria Caterina, elettivamente domiciliati in Roma, p.za dei Caprettari n. 70, presso lo studio dell'Avv. B. Guardascione, che li rappresenta e difende in virtù di procura ~~in causa~~ ^{di pp.} ~~quasi esclusiva~~ a margine ~~quasi esclusiva~~ ^{di pp.} ~~dei~~ atti di citazione in appello;

APPELLANTI

E

IntesaBci Gestione Crediti S.p.A., in persona del procuratore R. Della Lucilla, come da procure a rogito notar Scalamogna rep. nn. 18363 e 18239, elettivamente domiciliata in Roma, via Val Gardena n. 35, presso

lo studio dell'Avv. D. Guidi, che la rappresenta e difende in virtù di procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta in appello;

APPELLATA

OGGETTO: opposizione a D. I.

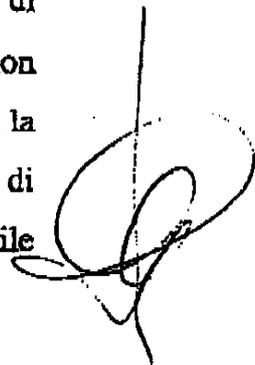
All'udienza di precisazione delle conclusioni del 15 aprile 2002, i procuratori delle parti concludevano come da relativo verbale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, notificato il 20 maggio 1993, la Sagittario Leasing S.p.A., quale debitrice principale, Bertoni Carlo Cesare e Porro Maria Caterina, quali fideiussori, convenivano in giudizio avanti al tribunale di Roma l'istituto di credito Cariplo - Cassa di Risparmio delle Province Lombarde, proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n. 8800/1993, emesso dal presidente del tribunale di Roma il 21 aprile 1993 per il pagamento di £. 300.701.114, per scoperto di conto corrente oltre interessi legali dalla domanda e spese di procedura.

Al riguardo, gli opposenti deducevano quanto appresso.

La debitrice principale Sagittario Leasing S.p.A.: il mancato conteggio dei pagamenti dei canoni di *leasing* effettuati, l'addebito di interessi ultra legali con capitalizzazione trimestrale, le valute d'uso non dovute. I fideiussori: la nullità delle fideiussioni assunte e, comunque, la loro liberazione per il comportamento in malafede tenuto dall'istituto di credito, oltre al difetto di prova scritta, non essendo a loro opponibile l'estratto notarile allegato dall'intimante.



Costituitosi, l'istituto di credito contestava la fondatezza della opposizione, di cui chiedeva il rigetto.

Intervenuto in corso di causa il fallimento della Sagittario Leasing S.p.A., con comparsa dell'1 marzo 1999 si costituiva il suo fallimento, che riproponeva le deduzioni già svolte dalla società suddetta.

All'esito dell'istruttoria, il tribunale decideva con sentenza 11-27 gennaio 2000 n. 2223/00, con cui rigettava la opposizione proposta, ritenendo provato il credito portato dal decreto ingiuntivo, e del tutto infondate le ragioni, eccezioni e deduzioni, quali articolate dagli opposenti.

Avverso la indicata decisione con distinti atti, rispettivamente notificati il 12 giugno 2000 e il 14 giugno 2000, proponevano appello il Fallimento e i sigg. Porro e Bertoni, i quali a fondamento dei rispettivi gravami riproponevano le ragioni articolate in sede di opposizione, che il primo giudice aveva disattese con motivazione erronea e comunque illegittima.

In entrambi i procedimenti, che venivano riuniti all'udienza di prima comparizione, si costituiva la Cariplo - Cassa di Risparmio delle Province Lombarde, la quale deduceva la infondatezza dei gravami, di cui chiedeva la reiezione.

All'udienza del 5 marzo 2001 la causa era interrotta per la incorporazione della Cariplo in Banca Intesa S.p.A.

A seguito di rituale riassunzione, si costituiva il detto Istituto di credito, che, in prosieguo, rappresentava di aver modificato la ragione sociale in IntesaBci S.p.A., nonché di aver ceduto i crediti a IntesaBci Gestione Crediti S.p.A., per cui chiedeva la sua estromissione dal giudizio.

Sulle conclusioni, quali rassegnate all'udienza del 15 aprile 2002, la



causa era trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Gli appelli, riuniti come in narrativa indicato, vanno previamente separati in considerazione della autonomia e del differente contenuto, nonché della diversa natura delle questioni implicate, e del conseguente non corrispondente contenuto delle decisioni loro afferenti, che determina, unitamente alle difformi esigenze processuali, la opportunità di procedere alla (indicata) separazione del procedimento n. 3115/2000 riguardante il rapporto principale, per il quale si impone la pronuncia di sentenza non definitiva, dal presente portante il n. 3116/2000, riguardante il rapporto accessorio di garanzia, al cui riguardo va invece pronunciata sentenza definitiva.

Venendo, quindi, all'esame di detto ultimo procedimento, gli appellanti Bertoni e Porro deducono quale primo motivo la nullità della garanzia prestata.

A giudizio della Corte territoriale il motivo dedotto è fondato e come tale giustifica l'accoglimento dell'appello.

Le "condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni senza indicazioni di limite massimo a garanzia di qualunque operazione", predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana, pubblicate in Banca, Borsa, 1964, 1, pagina 460, prevedono, all'articolo 7, che: "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente all'azienda di credito a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovuto per capitali, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio..."; e, all'articolo 4, che "... in deroga all'articolo 1939 codice civile, la



fideiussione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida..." nelle clausole ora riportate si compendia l'essenza della (così detta) fideiussione *omnibus*, come fideiussione generale con la quale è data garanzia in favore di una banca per tutte le obbligazioni, presenti e future, che nei confronti della stessa sono o saranno assunte da un determinato soggetto.

Emerge di tutta evidenza la diversità strutturale tra la fideiussione disciplinata dal codice civile e quella *omnibus* (diversità, da ultimo, esaminata da Cass. 7 marzo 2002, n. 3326, che esattamente rileva che: è escluso che il garante possa opporre al creditore eccezioni attinenti alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, ma non anche le eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia), il cui negozio costitutivo, in ogni caso, si pone come un contratto diverso e atipico, in quanto non espressamente previsto e regolamentato. Ne segue che non risponde ad una corretta applicazione dei canoni ermeneutici il fare passivo e acritico riferimento alla disciplina relativa alla prima per regolare la seconda (emblematiche, infatti, sono le difficoltà della dottrina e della giurisprudenza per giustificare la deroga al disposto di cui all'articolo 1939 codice civile). In particolare, proprio quanto alla fideiussione *omnibus*, preme alla Corte territoriale rilevare come, al momento della conclusione di tale contratto, risulti in generale indeterminato il suo oggetto: infatti, la garanzia è, in questo caso, concessa per tutte le (eventuali e) future obbligazioni, che saranno assunte nei confronti di una banca dal debitore principale. Al riguardo, è da ricordare che taluno in dottrina si è preoccupato di osservare che è da escludere che la sussistenza dell'indeterminatezza dell'oggetto debba necessariamente



risolversi nella sua indeterminabilità. Infatti, i debiti futuri, oggetto della fideiussione *omnibus*, sebbene non direttamente determinati al momento del contratto, lo sarebbero, comunque, per relazione (in giurisprudenza, Cassazione 20 maggio 1997, n. 4469), essendo sufficiente il generico riferimento alle eventuali obbligazioni di volta in volta assunte dal debitore principale nei confronti della banca. Più specificatamente, nella fideiussione *omnibus* troverebbe applicazione il principio di progressiva integrazione del contratto, di cui all'articolo 1349 codice civile (tra le altre, Cassazione 18 luglio 1997 n. 6635), per la quale norma la determinazione dell'oggetto del contratto può essere operata successivamente alla sua conclusione. In proposito, ritiene la Corte territoriale (in tal senso anche la precedente sua pronuncia dell'1 luglio 1999, in Vita Notarile, 1/2000 pp. 153 e ss.) che è da dubitare della fondatezza del richiamo generico dell'articolo 1346 codice civile, nonché di quello specifico dell'articolo 1349 stesso codice, da ultimo citato. Nella fideiussione *omnibus*, infatti, la determinazione dell'oggetto è affidata non ad un terzo, come previsto dal citato articolo 1349, come tale in posizioni di obiettiva imparzialità, ma al debitore principale e all'istituto di credito, entrambi portatori di interessi confliggenti con quelli del garante. Il riferimento all'articolo 1349 cit. risulta, dunque, certamente non corretto. Inoltre, quanto al generico rinvio all'articolo 1346 codice civile, neppure può essere trascurato che la completezza della fattispecie in questione deve essere valutata non solo con riferimento all'esistenza o meno dell'oggetto del contratto, come finora si è preteso di fare, ma anche e soprattutto con riguardo alla sussistenza della volontà negoziale al momento della conclusione del contratto. È pacifico, infatti, che dire



“voglio se vorrò (tipica forma di realizzazione della condizione sospensiva meramente potestativa, sanzionata con la nullità dall’articolo 1355 codice civile), equivale ad escludere la volontà negoziale attuale, e quindi rinviare ad un momento successivo ed eventuale la manifestazione della volontà effettiva, la sola idonea a produrre effetti giuridici. Parimenti dire: “voglio se e come altri vorrà” è dichiarazione che, nel momento in cui è resa, non esprime alcuna effettiva ed attuale volontà di regolamentazione dei propri interessi.

È singolare che l’applicazione dell’indicato principio alla fattispecie in esame, da anni sottoposta al vaglio della giurisprudenza, non sia stato oggetto di specifica considerazione.

La intervenuta modifica in materia all’articolo 1938 codice civile, posta dalla L. 154/1992, entrata in vigore nel giugno di quello stesso anno, in data, quindi, posteriore alla conclusione ^{del} contratto di cui è causa, è, comunque, utile alla interpretazione della fattispecie in esame. Detta norma esprime, infatti, la necessità, che, in conformità ai requisiti generali del contratto, quali posti dall’art. 1325 codice civile, anche nel caso della fideiussione *omnibus*, vi sia la compiuta determinazione dell’oggetto del contratto costitutivo, e, con essa, la completa espressione della volontà negoziale.

In tal senso, l’articolo 1938 cod. civ. -novellato-, ora cit., non può esprimere, almeno in modo assoluto, il limite temporale applicativo, al quale sembra essere confinato dall’art. 11 L. 154/1992 e dall’interpretazione ^{che di quest’ultimo è} data ~~da~~ da certa giurisprudenza (Cass. 23 settembre 2002, n. 13823). Infatti, è palesemente fuor di luogo ammettere che possa avere esistenza una fattispecie che, pur essendo contrattuale, manchi dei

principi essenziali, che, in quanto tali, connotano la categoria logico-giuridica del contratto, cui la fattispecie viene ricondotta.

Al fine, dunque, di poter ammettere che un soggetto possa validamente obbligarsi alla garanzia personale di tutte le obbligazioni, quali di seguito eventualmente assunte da un terzo, a mente dell'articolo 1325 citato, occorre, la determinazione dell'oggetto del contratto, e, ancora prima, la compiuta formazione e manifestazione da parte sua dell'effettiva e attuale (sua) volontà, possibile solo attraverso la preventiva determinazione dell'oggetto del negozio, e quindi delle (future) obbligazioni.

La conclusione indicata, quindi, si giustifica non per una pretesa ultra attività della normativa d'innanzi citata, ma, sempre e comunque, in ragione dei requisiti del contratto, di cui al citato articolo 1325.

Nel quadro ora indicato si manifestano inadeguate le considerazioni svolte da parte dell'ente appellato, per cui (pg. 5 della comparsa di costituzione e risposta in appello) *le circostanze di fatto e in diritto hanno portato al riconoscimento che la clausola in questione ottemperava al precetto della pattuizione scritta degli interessi e della loro determinabilità sulla base di dati obiettivi come quello delle condizioni usuali*, attesochè la questione riguarda (non la sola pattuizione degli interessi ultra legali, al fine di stabilire la loro determinabilità attraverso una relazione ad elementi estrinseci, o, piuttosto, quello di individuare i limiti entro i quali è, al fine indicato, possibile il ricorso alla *ratio* dell'ambito dell'articolo 1284, III comma codice civile, ma) l'intera negoziazione (di cui gli interessi costituiscono accessorio).

Le ragioni, che precedono, convincono la Corte territoriale che è da

ritenere la nullità del contratto in questione, e che la loro considerazione esaurisce l'analisi degli ulteriori motivi di gravame in oggetto, rendendo, con ciò, superflua quella di tali questioni ed eccezioni, quali sollevate dalle parti.

Solo per completezza, la Corte territoriale rileva che di certo l'istituto di credito ha omesso di provare di aver agito secondo buona fede ^{necessaria} (oltre a Cass., tutta risalente al 1989, cit. a p. 5 del gravame dagli appellanti, più di recente e analogamente Cass. 6 agosto 2002, n. 11772), in relazione alla reale situazione patrimoniale della debitrice principale (-quale documentalmente risultante dagli atti, ed al cui proposito valgono senz'altro le considerazioni svolte dagli appellanti e di cui alle pp. 5 e 6-) evidentemente confidando sulla garanzia prestata dai fideiussori, attuali appellanti. Pur risalendo ai primordi della -ragionata, e come tale consapevole- applicazione del principio di buona fede al contratto, può solo sorprendere l'attenzione posta dal notaro rogante (atto del 1011, reg. Farf., IV, doc. 650), che nel suo tardo latino, espressamente nel proemio dell'atto fa riferimento alla *communis conscientiae et bonae voluntatis*, che è il fondamento della *fides*, che deve improntare il negozio nei due momenti di giuridico rilievo, e quindi sia in quello della sua conclusione, ~~ma~~ anche della sua esecuzione, che nell'atto cit. sono rispettivamente individuati nella *deliberatio* o *decretio voluntatis*, e in quello della *securitas*.

Sfuggono alla Corte di appello le ragioni giuridiche su cui, per di più con riferimento ad un contratto atipico, come tale regolato non da norme specifiche, ma alla stregua dei principi generali, si pretenda di disapplicare proprio questi ultimi, e così di trascurare quelle regole, che, attraverso la tradizione giuridica, costituiscono il dato caratterizzante il nostro

ordinamento in materia di contratto (artt. 1321 c.c., pieno accordo delle parti sulla consapevole regolamentazione da essi data ai loro contrapposti interessi; 1176 c.c., 1337 c.c., buona fede nelle trattative; buona fede nella sua interpretazione; buona fede nella sua esecuzione del contratto; 1366 c.c.).

Per i sopra indicati motivi, che comprovano la nullità del negozio costitutivo della garanzia fatta valere dall'appellata, la Corte territoriale ritiene fondata la censura dagli appellanti Bertoni Carlo Cesare e Porro Maria Caterina mossa alla sentenza gravata, per cui l'appello merita accoglimento, sicché, il decreto ingiuntivo n. 8800/1993, emesso dal presidente del tribunale di Roma il 21 aprile 1993, e dai medesimi opposto, è da revocare.

Le spese del giudizio, da liquidarsi come in dispositivo indicato, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **Bertoni Carlo Cesare e Porro Maria Caterina**, con atto notificato il 14 giugno 2000, avverso la sentenza del Tribunale di Roma, n. 2223, depositata il 27 gennaio 2000, nel contraddittorio con **IntesaBci Gestione Crediti S.p.A.**, in persona del procuratore, così provvede:

1) accoglie l'appello e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo n. 19462/1993, emesso il 21 aprile 1993;

2) condanna l'appellata al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in complessivi €. 11.623,00 quanto al primo grado, di cui €



8.800,00 per onorari ed € 1.200,00 per diritti, e in complessivi € 15.230,00 quanto al presente grado, di cui € 11.000,00 per onorari ed € 2.260,00 per diritti, incluso rimborso forfettario spese ex art. 15 T. F., oltre iva e c.p.A. se dovuti.

Gli importi, sopra specificati, vengono distratti in favore del costituito procuratore Avv.to B. Guardascione, il quale ha dichiarato di esserne antistario.

Così deciso in Roma, il 18 aprile 2003.



IL Consigliere Est.
(Dr. F. LOREFICE)

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
Dott.ssa Caterina De Angelis

IL PRESIDENTE
(Dr. N. FUCILLI)

Depositata in Cancelleria

Roma, il 3 MAG 2003

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
dott.ssa Caterina De Angelis

Copia conforme all'originale

Roma

13 MAG 2003

IL CANCELLIERE
IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
Dott.ssa Caterina De Angelis