

Civile Sent. Sez. 3 Num. 20205 Anno 2016

Presidente: AMENDOLA ADELAIDE

Relatore: ROSSETTI MARCO

Data pubblicazione: 07/10/2016

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

m

2016

- *ricorrente* -

1252

contro

- *intimato* -

avverso l'ordinanza n. 3322/2013 della CORTE

D'APPELLO di MILANO, depositata il 03/10/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 27/05/2016 dal Consigliere Dott. MARCO
ROSSETTI;

udito l'Avvocato _____ ;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. IGNAZIO PATRONE che ha concluso per
l'inammissibilità, in subordine il rigetto del *me*

ricorso.





SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Nel 2008 la società _____ chiese ed ottenne dal Tribunale di Milano un decreto ingiuntivo nei confronti di _____ fideiussore della _____ a sua volta debitrice della _____. L'opposizione al decreto proposta da _____ venne rigettata dal Tribunale di Milano con sentenza 4.2.2013 n. 1583.

2. Proposto appello dal soccombente, il gravame venne dichiarato dalla Corte d'appello di Milano inammissibile ex art. 348 *ter* c.p.c., con ordinanza 3.10.2013 n. 3322.

3. La sentenza di primo grado è stata impugnata per cassazione, ai sensi dell'art. 348 *ter* c.p.c., da _____ con ricorso fondato su tre motivi. La _____ non si è difesa in questa sede.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Questioni preliminari.

1.1. Sebbene il ricorrente non abbia indicato nel ricorso quando gli sia stata comunicata l'ordinanza ex art. 348 *ter* c.p.c. (momento dal quale decorre sempre e comunque il termine di cui all'art. 325 c.p.c. per impugnare la sentenza di primo grado: così Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 25115 del 14/12/2015, Rv. 638297), il ricorso è comunque tempestivo, in quanto notificato il 29.11.2013, ovvero entro i 60 giorni dalla data di pronuncia dell'ordinanza ex art. 348 *ter* c.p.c. (avvenuta il 3.10.2013).

mi

2. Il primo motivo di ricorso.

2.1. Col primo motivo di ricorso il ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.. Lamenta, in particolare, la violazione degli artt. 1198, 1267, 2697 c.c..

Deduce, al riguardo, che il debitore principale (la _____ poi fallita) aveva ceduto alla _____ vari crediti a titolo di garanzia della propria esposizione, per oltre 2,3 milioni di euro. Attraverso tale cessione la banca



dunque era stata soddisfatta del proprio credito verso la _____ per lo scoperto di conto, e non poteva escutere la fideiussione.

Soggiunge che spetta al cessionario, il quale non abbia potuto incassare il credito cedutogli, dimostrare questa infruttuosa escussione, e nella specie la banca non aveva dato questa prova.

2.2. Il motivo è infondato.

E' lo stesso ricorrente ad allegare che la cessione di credito dalla _____ alla _____ avvenne a scopo di garanzia, e non *solutionis causa*. Dunque la banca, per effetto della cessione, venne ad avere due "garanti": i debitori della _____ "ceduti" ad essa, e il fideiussore. E non essendo mai stato allegato che quest'ultimo potesse vantare un *beneficium excussionis*, la banca poteva avvalersi tanto dell'una, quanto dell'altra garanzia.

V'è solo da aggiungere che la giurisprudenza invocata dal ricorrente sull'onere della prova non è pertinente.

Il ricorrente infatti invoca la giurisprudenza formatasi sul problema del riparto dell'onere della prova *tra cessionario e cedente*, per l'ipotesi in cui il primo non abbia potuto realizzare il credito cedutogli: ipotesi in cui è ovvio che spetta al cessionario dimostrare l'infruttuosa escussione, quale fatto costitutivo della pretesa verso il cedente.

Nel nostro caso, invece, la lite non verte tra cedente e cessionario, ma tra creditore garantito (la banca) e fideiussore.

Pertanto, anche ad ammettere che la banca avesse l'onere di escutere per primi i debitori cedutigli dalla _____, la mancata escussione di essi costituiva un *fatto impeditivo* della domanda verso il fideiussore, che come tale andava provato da quest'ultimo.

3. Il secondo motivo di ricorso.

3.1. Col secondo motivo di ricorso il ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c..

Lamenta, in particolare, la violazione degli artt. 1939 c.c.; 117 d. lgs. 1.9.1993 n. 385.



Deduce, al riguardo, che il rapporto di conto corrente tra la banca e la debitrice principale prevedeva un affidamento massimo complessivo di 800.000 euro a favore della correntista.

La banca, tuttavia, aveva erogato finanziamenti alla ben oltre tale limite, per oltre due milioni di euro, ed in assenza di un patto scritto. Di conseguenza il rapporto principale tra creditore e debitore era nullo ai sensi dell'art. 117 d. lgs. 1.9.1993 n. 385, per vizio di forma, e conseguentemente anche la fideiussione doveva ritenersi nulla in via derivata, ex art. 1939 c.c..

Affermando invece la validità del rapporto, il Tribunale avrebbe violato le due suddette norme.

3.2. Il motivo è infondato.

Il Tribunale ha accertato che un contratto scritto di conto corrente tra la banca e la esisteva ed era stato stipulato per iscritto (il Tribunale lo ravvisa nell'allegato *sub* 1 al fascicolo della banca per la fase monitoria), né tale affermazione è stata validamente censurata. Il rapporto di conto corrente dunque non era nullo per difetto di forma, e nulla non poteva dichiararsi conseguentemente la fideiussione stipulata a garanzia di esso.

L'allegazione del ricorrente secondo cui il contratto di conto corrente di cui all'art. 1852 c.c. "è una mera modalità di regolazione di operazioni bancarie", sicché la prova di esso non basta a dimostrare l'esistenza d'un affidamento o d'una apertura di credito tra banca e correntista, trascura di considerare che il contratto comunemente detto di "conto corrente bancario", quale palesemente quello stipulato tra la banca e la pelletterie 1907, non ha nulla a che vedere con l'istituto di cui all'art. 1852 c.c., e costituisce un contratto atipico la cui causa è composta dalla fusione della causa del deposito, del mandato e del conto corrente (principio ribadito da questa Corte da quarant'anni, a partire da Sez. 1, Sentenza n. 4043 del 06/12/1974, Rv. 372648).

Un contratto scritto dunque esisteva, e nulla rileva ai fini della nullità di esso che la banca abbia in tesi erogato credito oltre il limite ivi pattuito, giacché



la legge richiede a pena di nullità la forma scritta del contratto, non dei negozi esecutivi di esso.

In ogni caso, sarebbe stato onere del fideiussore, nel giudizio di merito, dedurre e dimostrare che c'era un limite *insuperabile* all'affidamento, ovvero l'esistenza di altre clausole contrattuali che esoneravano, oltre certi limiti, il fideiussore da responsabilità: deduzione che non risulta compiuta ovvero – il che, ai nostri fini, è lo stesso – la cui corretta formulazione non è stata debitamente indicata nel ricorso, ai sensi dell'art. 366, n. 6, c.p.c..

4. Il terzo motivo di ricorso.

4.1. Col terzo motivo di ricorso il ricorrente, pur formalmente invocando il vizio di violazione di legge, denuncia nella sostanza un vizio di nullità processuale, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c..

Deduce, al riguardo, che la _____ nella fase di merito produsse il contratto di fideiussione in copia. Di tale copia l'opponente contestò la conformità all'originale. Pertanto la _____, se avesse inteso avvalersi di quel contratto, aveva l'onere di produrre l'originale.

L'originale tuttavia è stato prodotto tardivamente, addirittura dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 183 c.p.c., ed all'udienza di "ammissione mezzi istruttori".

Il Tribunale pertanto non poteva ritenere validamente proposta l'istanza di verifica di scrittura privata, né poteva disporre una consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'autenticità della sottoscrizione del contratto di fideiussione, perché la produzione dell'originale del documento era inammissibile.

4.2. Il motivo è infondato.

Questa Corte ha già più volte stabilito che non costituisce una produzione "nuova" il deposito in originale di un documento la cui copia è stata già in precedenza depositata, trattandosi della regolarizzazione formale del precedente deposito tempestivamente avvenuto. (Sez. 1, Sentenza n. 1366 del 26/01/2016, Rv. 638327; sostanzialmente nello stesso senso Sez. 1, Sentenza n. 2125 del 31/01/2014, Rv. 629674).



Pertanto, poiché è lo stesso ricorrente ad ammettere che la fotocopia del contratto di fideiussione era stata tempestivamente depositata, irrilevante fu la circostanza che l'originale venne depositato alla prima udienza successiva alla scadenza dei termini di cui all'art. 183 c.p.c..

5. Le spese.

5.1. Non è luogo a provvedere sulle spese, attesa la *indefensio* della società intimata.

5.2. Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228).

P.q.m.

la Corte di cassazione, visto l'art. 380 c.p.c.:

(-) rigetta il ricorso;

(-) dà atto che sussistono i presupposti previsti dall'art. 13, comma 1 *quater*, d.p.r. 30.5.2002 n. 115, per il versamento da parte di Filippo Tarocco di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte di cassazione, addì 27 maggio 2016.